Universiteit Leiden
The Netherlands

Onderwijsovereenkomst : contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs

Voskamp, S.

Citation
Voskamp, S. (2018, December 13). *Onderwijsovereenkomst : contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*. *Meijers-reeks*. Boom Juridisch, Den Haag. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/68025

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/68025

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/68025 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Voskamp, S.
Title: Onderwijsovereenkomst : contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs
Issue Date: 2018-12-13

Onderwijsovereenkomst

Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 13 december 2018
klokke 16.15 uur

door

Stijn Voskamp

geboren te Haarlem

in 1989

Promotor:	prof. mr. A.G. Castermans
Co-promotor:	mr. dr. M.W. Knigge
Promotiecommissie:	prof. mr. Jac. Hijma
	mr. dr. I.S.J. Houben
	prof. dr. K. Willems (KU Leuven, België)
	prof. dr. P.J.J. Zoontjens (Tilburg University)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2018 S. Voskamp | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-585-6
ISBN 978-94-6274-976-4 (e-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

Aan mijn ouders en Martijn

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XI

1 INLEIDING 1
1.1 Rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs: contractenrechtelijk perspectief 1
1.2 De wetgever: ruimte voor de overeenkomst 2
1.3 De flexibele rechter 5
1.4 Debat in de literatuur 8
1.5 Vraagstelling, doelstelling en afbakening: de overeenkomst als uitgangspunt 19
1.6 Verantwoording en methode 21
1.7 Plan van behandeling 22
1.8 Terminologie 23

2 TOTSTANDKOMING VAN EEN ONDERWIJSOVEREENKOMST: HOE EN TUSSEN WIE? 27
2.1 Inleiding 27
2.2 Algemeen vermogensrechtelijk kader: totstandkoming overeenkomst 29
2.3 Aanmelding, toelating, inschrijving, plaatsing – weigering 31
2.4 Wilsovereenstemming, beperkte contractsvrijheid en partijautonomie in het onderwijs 36
2.5 Algemeen vermogensrechtelijk kader – in wiens naam: *pro se* of namens een ander? 41
2.6 Het *Baby Joost*-criterium in het onderwijs 47
2.7 Visies in de literatuur omtrent partijen bij onderwijsovereenkomst 50
2.8 Onderwijsrechtelijke jurisprudentie betreffende 'totstandkoming' en 'partijen' 54
2.9 Afronding 60

3 INHOUD VAN EEN ONDERWIJSOVEREENKOMST 63
3.1 Inleiding 63
3.2 Contractenrechtelijk kader: vaststellen rechtsgevolgen overeenkomst 64
3.2.1 Artikel 6:248 lid 1 BW 64
3.2.2 Door partijen overeengekomen rechtsgevolgen 65
3.2.2.1 Inleiding 65
3.2.2.2 *Haviltex*-maatstaf voorop 66

3.2.2.3 Subjectief, objectief, normatief 67
3.2.2.4 Ruimte voor een meer objectieve benadering, maar *Haviltex*-norm blijft centraal vertrekpunt 69
3.2.2.5 Contra proferentem en dynamische uitleg in het onderwijs 73
3.2.3 Aanvulling op grond van de wet 75
3.2.3.1 Inleiding 75
3.2.3.2 Regelend of dwingend recht en aanvulling op grond van de wet 76
3.2.3.3 Kan de onderwijswetgeving aanvullend werken? 77
3.2.3.4 Wat als partijen een afwijkende regeling zijn overeengekomen? 83
3.2.3.5 Wat als school geen bekostiging nodig heeft? 90
3.2.4 Aanvulling op grond van gewoonte en redelijkheid en billijkheid 92
3.2.5 Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid art. 6:248 lid 2 BW 93
3.2.6 Concretisering aan de hand van onderwijswetgeving 94
3.2.6.1 Onderverdeling wettelijke bepalingen in vier categorieën 94
3.2.6.2 Doorwerkingsmechanismen van de bepalingen uit onderwijswetgeving 97
3.2.7 Afrondende opmerkingen betreffende het vermogensrechtelijk kader ter vaststelling van de inhoud van de onderwijsovereenkomst 100
3.3 Karakteristieken onderwijsovereenkomst 102
3.3.1 Inleiding 102
3.3.2 Schets hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten van partijen 103
3.3.3 Rechtskarakter: Verbintenissen of Obliegenheiten? 107
3.3.3.1 Inleiding 107
3.3.3.2 Verbintenissen 108
3.3.3.3 Obliegenheiten 111
3.3.3.4 Verplichtingen van de school 113
3.3.3.5 Verplichtingen van de leerling 116
3.3.3.6 Afronding rechtskarakter 121
3.3.4 Wederkerige overeenkomst en schakelbepaling 121
3.3.5 Inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting 123
3.3.6 Duurovereenkomst 124
3.3.7 Geen overeenkomst van opdracht 128
3.3.8 Afronding karakteristieken onderwijsovereenkomst 130
3.4 Buitencontractuele benadering 130
3.5 Onderwijsrechtelijke jurisprudentie 135
3.5.1 Kader en karakteristieken terug te zien? 135
3.5.2 Algemeen vermogensrechtelijke kader: uitleg, aanvulling, beperking? 135
3.5.3 Rechtskarakter: inspanningsverbintenissen? 145
3.5.4 Vordering tot nakoming en afdwingbaarheid? 148
3.5.5 Karakteristieken: wederkerigheid, duur, opdracht? 150
3.5.6 Afronding jurisprudentie 152
3.6 Afronding 153

4 OPSCHORTING VAN EEN VERPLICHTING UIT EEN ONDERWIJSOVEREENKOMST 157
4.1 Inleiding 157
4.2 Opschorting in het onderwijs 158
4.2.1 De vereisten van artikel 6:262 lid 1 en 2 BW 158
4.2.2 'Uitstel en geen afstel' 159
4.2.3 Praktische uitwerking in het onderwijs 162
4.3 Schorsing in het onderwijs 165
4.4 Vergelijking en verhouding opschorting en schorsing 170
4.5 Schorsing en opschorting voor de civiele rechter 176
4.6 Afronding 183

5 BEËINDIGINGSMOGELIJKHEDEN VAN EEN ONDERWIJSOVEREENKOMST 185
5.1 Inleiding 185
5.2 Ontbinding van een onderwijsovereenkomst? 186
5.2.1 Vereisten: wederkerige overeenkomst en het begrip tekortkoming 186
5.2.2 Hoofdregel en uitzondering: 'recht op ontbinding, tenzij…' 191
5.2.3 Een rol voor de redelijkheid en billijkheid? 199
5.2.4 Gevolgen van gedeeltelijke (temporele) ontbinding in het onderwijs 201
5.2.5 Wijze van gedeeltelijke ontbinding in het onderwijs 204
5.2.6 Afronding ontbinding onderwijsovereenkomst 206
5.3 Opzegging van een onderwijsovereenkomst? 207
5.3.1 Algemeen kader van opzegging van duurovereenkomsten 207
5.3.2 Wettelijke regeling van diverse benoemde overeenkomsten 210
5.3.3 Opzegging van een onderwijsovereenkomst? 213
5.4 Verwijdering van een leerling in het primair en voortgezet onderwijs 215
5.4.1 De bevoegdheid tot verwijdering van een leerling 215
5.4.2 Verwijdering in het primair onderwijs en voortgezet onderwijs: Wpo en Awb? Wvo, Inrichtingsbesluit Wvo en Awb? 216
5.4.3 Waarom overgaan tot verwijdering? 222
5.4.4 Verwijderingsgeschillen voor de rechter 225
5.4.4.1 Verwijderingsgeschillen voor de bestuursrechter 225
5.4.4.2 Verwijderingsgeschillen voor de civiele rechter 237
5.4.4.3 Vergelijking bestuurs- en civielrechtelijke toetsing van verwijdering 243
5.5 Vergelijking en verhouding tussen ontbinding, opzegging en verwijdering 244
5.6 De civiele rechter en de beëindiging van de onderwijsverhouding: verwijdering, ontbinding én opzegging? 251
5.7 Afronding 257

6 SLOTBESCHOUWING 261
6.1 Uitgangspunt en vraagstelling 261
6.2 De toepassing van het contractenrecht in het primair en voortgezet onderwijs 261

6.3 Reflectie: terug naar het debat in de literatuur 268
6.4 Aanvullende observaties 271
6.5 Naar een regeling in Boek 7 BW? 273
6.6 Afronding en aanbeveling 275

SUMMARY 277
LITERATUUR 293
RECHTSPRAAKREGISTER 309
WETGEVINGS- EN ARTIKELENREGISTER 317
RAPPORTEN EN THEMABRIEVEN 319
CURRICULUM VITAE 321

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
aant.	aantekening
AB	*Administratiefrechtelijke Beslissingen*
A-G	advocaat-generaal
art.	artikel(en)
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awgb	Algemene wet gelijke behandeling
Bb	*Bedrijfsjuridische berichten*
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	*BW-krant Jaarboek*
c.s.	cum suis
d.d.	de dato
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
e.a.	en anderen
EP EVRM	Eerste Protocol Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
ESH	Europees Sociaal Handvest
e.v.	en volgende
FJR	*Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*
GPO	Geschillencommissie passend onderwijs
GW	Grondwet
hbo	Hoger beroepsonderwijs
havo	Hoger algemeen voortgezet onderwijs
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JA	*Jurisprudentie Aansprakelijkheid*
JB	*Jurisprudentie Bestuursrecht*
jo.	juncto
JOR	*Jurisprudentie Onderneming & Recht*
KG	Kort Geding
KNMG	Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst

LKC	Landelijke Klachtencommissie Onderwijs
Lpw	Leerplichtwet 1969
mbo	Middelbaar beroepsonderwijs
m.nt.	met noot
Mon.	Monografieën
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	*Maandblad voor Vermogensrecht*
NbBW	*Nieuwsbrief BW*
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NJF	*Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak*
nr.	nummer
NTBR	*Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*
NTOR	*Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*
NVOR	Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PECL	Principles of European Contract Law
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RM Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	*Rechtspraak van de Week*
SR	*Tijdschrift voor Sociaal Recht*
Stb.	*Staatsblad*
TM	Toelichting Meijers
TvGR	*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*
TvO	*Tijdschrift voor het openbaar bestuur*
UPICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
vgl.	vergelijk
VRA	Vermogensrechtelijke Analyses
vwo	Voorbereidend wetenschappelijk onderwijs
Wam	Wet aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen
Wbo	Wet op het basisonderwijs
Web	Wet educatie en beroepsonderwijs
Wec	Wet op de expertisecentra
Weo	Wet op de erkende onderwijsinstellingen
Wms	Wet medezeggenschap op scholen
Wot	Wet op het onderwijstoezicht
Wpo	Wet op het primair onderwijs
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*
Wvo	Wet op het voortgezet onderwijs

1 Inleiding

1.1 Rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs: contractenrechtelijk perspectief

Wanneer een leerling zich aanmeldt bij een school voor primair of voortgezet onderwijs en wordt toegelaten, ontstaat er *een* rechtsverhouding tussen beide. Ook ouders zijn hierbij tot op zekere hoogte betrokken. Deze verhouding lijkt op het eerste gezicht op consensus te zijn gebaseerd. Er ontstaat in beginsel een duurzame relatie, waarbij het niet draait om partijen die elkaar toevallig treffen. Uit de relatie vloeien diverse rechten en verplichtingen voort van zowel de school als de leerling en mogelijk ook de ouders. Wat de precieze aard van de rechtsverhouding is, is evenwel geen uitgemaakte zaak. De wet zwijgt hierover. Rechtspraak en doctrine bieden evenmin uitsluitsel.

De duiding van de rechtsverhouding heeft de laatste jaren aan relevantie gewonnen. In toenemende mate lijken ouders en leerlingen voor een conflict met de school zich tot de rechter te wenden: de rechtsverhouding tussen leerling, school en ouders zou verzakelijken en juridiseren.[1] Mondige leerlingen en ouders worden als 'kritische onderwijsconsument' gekenschetst.[2] Zij halen verhaal ter zake van de toegang tot de school, de inhoud en de kwaliteit

---

1 Zie bijv. de volgende nieuwsberichten: 'Ouders starten sneller procedure tegen school', *Trouw* 16 juni 2013: www.trouw.nl/tr/nl/4492/Nederland/article/detail/3459815/2013/06/16/Ouders-starten-sneller-procedure-tegen-school.dhtml. 'Ouders schakelen vaker advocaat in bij ruzie met school', NOS bericht 5 juni 2015: www.nos.nl/artikel/2039627-ouders-schakelen-vaker-advocaat-in-bij-ruzie-met-school.html onder verwijzing naar 'Steeds meer conflicten tussen ouders en school', het *Algemeen Dagblad* 5 juni 2015: www.ad.nl/binnenland/steeds-meer-conflicten-tussen-ouders-en-school~ac499134/. 'Meer juridische geschillen tussen ouders en onderwijsinstellingen', Stichting Achmea Rechtsbijstand (SAR) 5 juni 2015: www.achmearechtsbijstand.nl/actueel/consument-en-wonen/Paginas/Meer-juridische-geschillen-tussen-ouders-en-onderwijsinstellingen.aspx; 'Contract voor ouders en school. Afspraken voorkomen geweld niet, maar kunnen confrontaties tegengaan', *de Volkskrant* 20 maart 2015; 'Juridische geschillen tussen ouders en scholen namen toe', overzicht SAR 25 januari 2017: www.achmearechtsbijstand.nl/SiteDocumenten/juridische-barometer-2016-2017.pdf. Zie ook de tv-uitzendingen: 'School in de beklaagdenbank', KRO Brandpunt 16 juni 2013: www.npo.nl/brandpunt/21-10-2017/WO_KRO_795056; 'Is de leraar nog veilig?' AVROTROS EenVandaag 5 oktober 2015: tvblik.nl/eenvandaag/5-oktober-2015; 'Onderwijs en mondige ouders', De Wereld Draait Door 12 september 2017: dewereldraaitdoor.bnnvara.nl/media/376796. Zie ook Huisman (red.) 2017, p. 7; Paijmans 2013, p. 3; Huisman & Noorlander 2004, p. 151.

2 Vgl. Huisman & Noorlander 2004, p. 151.

van het onderwijs, de veiligheid van de leerling, bevordering of verwijdering. Ook wensen zij schade te verhalen op de school.

De grondslag van de vorderingen tot nakoming of schadevergoeding, geboden of verboden, is niet altijd duidelijk. Aangezien sommige onderwijsinstellingen zijn aan te merken als bestuursorganen, dient de bestuursrechtelijke context zich aan. Andere zijn louter privaatrechtelijke rechtspersonen, functionerend binnen een privaatrechtelijke context. Voor beide instellingen geldt dat de rechtsverhouding tussen school en leerling voorwerp kan zijn van publiekrechtelijke regelingen en civielrechtelijke leerstukken, tegen de achtergrond van de Grondwet en verdragen.

Elk kind zou aanspraak moeten kunnen maken op onderwijs – passend onderwijs preciezer gezegd – en op sociale veiligheid.[3] Zijn of haar 'leerrechten'[4] vinden hun grenzen in de belangen van klasgenoten en in de vrijheid van scholen om het onderwijs naar eigen inzicht in te richten. In deze veellagige context waarbij verschillende belangen een rol spelen moet de aard van de rechtsverhouding tussen school en leerling vorm krijgen en dient de grondslag van onder andere vorderingen jegens de school te worden gevonden.

Dit proefschrift onderzoekt wat toepassing van het contractenrecht in de onderwijsverhouding meebrengt en wat het de onderwijsverhouding te bieden heeft. Het gaat uit van de vooronderstelling dat de rechtsverhouding tussen school, leerlingen en eventueel ook hun ouders in het primair en voortgezet onderwijs wordt gekwalificeerd als een overeenkomst, beheerst door het overeenkomstenrecht zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek (BW). Zowel de wetgever als de rechter laat ruimte voor de kwalificatie als een overeenkomst en ook het debat in de literatuur geeft aanleiding om van deze vooronderstelling uit te gaan (par. 1.2-1.4).

1.2 De wetgever: ruimte voor de overeenkomst

De wetgever schrijft geen overeenkomst voor als basis voor de rechtsverhouding tussen school, leerling en eventueel ouders. Zowel de Wet op het primair onderwijs (Wpo) als de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) mist een desbetreffende bepaling. In het Burgerlijk Wetboek ontbreekt het aan enige aandacht voor rechtsverhoudingen in het onderwijs.

Dat is anders in de regelgeving ten aanzien van het beroepsonderwijs en volwasseneducatie. Artikel 8.1.3 van de Wet educatie beroepsonderwijs (Web)[5]

3 Nolen geeft aan dat er een groeiend aantal wettelijke zorgplichten die rusten op onderwijsinstellingen is waar te nemen, Nolen 2016, p. 93.

4 Huisman & Zoontjens 2016.

5 De Web regelt het wettelijk kader van het beroepsonderwijs en volwasseneducatie en ziet op het door overheidsgeld bekostigd beroepsonderwijs en op het niet-bekostigde particuliere beroepsonderwijs. De Web ziet op bijzonder én openbaar beroepsonderwijs. Hoewel in de praktijk geen openbaar beroepsonderwijs meer bestaat (zie Sperling 2009, p. 58), is de

schrijft een schriftelijke onderwijsovereenkomst voor: aan de inschrijving ligt een overeenkomst tussen het bevoegd gezag en de deelnemer ten grondslag.[6] Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de wetgever met het voorschrijven van een overeenkomst beoogt meer rechtszekerheid te creëren en de deelnemer een sterkere positie te verschaffen:

> 'Teneinde instellingen en deelnemers over en weer helderheid ten aanzien van de wederzijdse rechten en plichten te bieden en daardoor de rechtspositie van, vooral, de deelnemers te versterken, verdient het aanbeveling om, binnen het wettelijk raam, de relatie tussen instelling en deelnemer contractueel te regelen. Een dergelijke overeenkomst verschaft in concrete situaties meer houvast om rechten en plichten van betrokkenen vast te stellen dan bepalingen in wetgeving, die algemeen toepasbaar moeten zijn en uit dien hoofde een meer globaal karakter dragen. Een op schrift gestelde overeenkomst biedt de deelnemer meer mogelijkheden dan onder vigeur van de huidige wetgeving het geval is om, wanneer de instelling in gebreke blijft, op nakoming aan te dringen en desnoods de rechter te adiëren. Het contract biedt anderzijds de instelling een instrument om de verplichtingen die de deelnemer bij inschrijving op zich neemt, bijvoorbeeld in termen van deelname aan het onderwijs en studieresultaten, te expliciteren.'[7]

Ook in het particulier onderwijs wordt van een onderwijsovereenkomst uitgegaan. Zo schrijft artikel 11 van de Wet op de erkende onderwijsinstellingen

---

Web destijds wel mede voor openbare onderwijsinstellingen geschreven. Dus ook voor het openbaar beroepsonderwijs wordt van een onderwijsovereenkomst uitgegaan, vgl. Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 7, p. 16.

6 Lid 3 van dit artikel bepaalt dat de overeenkomst de rechten en verplichtingen van partijen regelt, ook die voortvloeien uit de wet. Verder schrijft het voor welke onderwerpen de overeenkomst ten minste moet bevatten.

7 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 778, nr. 3 (MvT), p. 142. De termen die de regering gebuikt – zoals overeenkomst, nakoming en in gebreke blijven – duiden erop dat er wordt gedacht aan een privaatrechtelijke overeenkomst. Ook in de literatuur wordt de overeenkomst een privaatrechtelijk karakter toegedicht. Bijv. Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 7, p. 16 geven aan te veronderstellen dat de onderwijsovereenkomst in de Web 'een civielrechtelijk karakter heeft, ongeacht of sprake zou zijn van bijzonder of openbaar onderwijs'. Ook later schrijft Zoontjens met Huisman dat de rechtsverhouding in het mbo 'bij (privaatrechtelijke) overeenkomst' wordt geregeld. Volgens hen is 'de functionaliteit van deze figuur evenwel niet onomstreden', Huisman & Zoontjens 2009, p. 206, 211. Noorlander constateert dat de wet en de desbetreffende Kamerstukken zich niet uitlaten over het rechtskarakter van de onderwijsovereenkomst; publiekrechtelijk of privaatrechtelijk. In voorzichtige bewoordingen schrijft Noorlander vervolgens dat uit de passage in de MvT 'wellicht blijkt dat de onderwijswetgever dacht aan een privaatrechtelijke overeenkomst', zonder hier een nadere toelichting op te geven; Noorlander 2005, p. 236. Zie m.b.t. de evaluatie van de onderwijsovereenkomst in het mbo: 'WEB: Werk in Uitvoering. Een voorlopige evaluatie van de Wet educatie en beroepsonderwijs', advies Onderwijsraad, september 2001. Zie ook Baas e.a. 2017.

(Weo) bijvoorbeeld een schriftelijke overeenkomst tussen onderwijsinstelling en cursist voor.[8]

Een dergelijke bepaling ontbreekt in het primair en voortgezet onderwijs, maar de regering is wel uitgedaagd iets over de aard van de rechtsverhouding te zeggen. In de Memorie van Antwoord ter wijziging van de Wvo beantwoordde zij de vraag of er in het bijzonder onderwijs sprake is van een overeenkomst. Het zou gaan om een overeenkomst naar burgerlijk recht:

> 'Nadat door het bestuur van de rechtspersoon waarvan een bijzondere school uitgaat over de toelating van een leerling positief is beslist en de wettelijk vertegenwoordiger van de leerling deze heeft laten inschrijven c.q. de leerling zich heeft laten inschrijven, is er sprake van wilsovereenstemming en is naar het oordeel van de ondergetekenden een overeenkomst (naar burgerlijk recht) tot stand gekomen.'[9]

Ten aanzien van de verhouding met een openbare school houdt de regering zich op de vlakte. Wel houdt zij de mogelijkheid open dat ook ten aanzien van het openbaar onderwijs sprake is van een overeenkomst:

> 'Voor wat betreft het openbaar onderwijs is het niet geheel duidelijk of er sprake is van een overeenkomst of andere rechtsbetrekking. Rechtspraak en literatuur zijn op dit punt niet eenduidig. Uit bedoelde rechtsbetrekkingen vloeien voor beide partijen rechten en verplichtingen voort welke deels worden bepaald door de onderwijsregelgeving.'[10]

De regering laat het aan de rechter over om in het voorliggend geval te oordelen over de aard van de rechtsbetrekking:

> 'Indien zich met betrekking tot deze rechten en verplichtingen conflicten tussen partijen voordoen en deze niet in der minne kunnen worden geschikt, zal de rechter in de hem voorgelegde gevallen beslissen, van welke rechtsbetrekking er naar zijn oordeel sprake is.'[11]

---

8 De Weo is van toepassing op het onderwijs dat niet volledig en rechtstreeks uit 's Rijks kas wordt bekostigd en is gericht op het afleggen van een examen als genoemd in art. 2 Weo (betreffende de reikwijdte van de wet): een staatsexamen als bedoeld in artikel 60 van de Wvo, een examen ter verkrijging van een diploma als bedoeld in artikel 30 van de Wvo en een examen als bedoeld in artikel 115 dan wel 116 van de Overgangswet Wvo. Het particuliere onderwijs waar de Weo op ziet, betreft instellingen die uitgaan van natuurlijke personen dan wel privaatrechtelijke rechtspersonen die tegen betaling onderwijs verschaffen. Naar alle waarschijnlijkheid betreft ook deze overeenkomst een privaatrechtelijke overeenkomst. Zo Pors 1990, p. 156. Bij het karakter ervan is in de parlementaire geschiedenis niet stilgestaan. In verschillende Kamerstukken wordt louter gesproken over 'de overeenkomst', bijv. *Kamerstukken II* 1983/84, 18 197, nr. 3 (MvT), p. 14,15.

9 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53 (MvA).

10 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53 (MvA).

11 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53 (MvA).

Zo gezien laat de regering ruimte voor een contractenrechtelijk perspectief.

1.3 De flexibele rechter

Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter buigt zich over onderwijszaken.

Bestuursrechtelijke noch civielrechtelijke uitspraken geven uitsluitsel over de kwalificatie van de rechtsverhouding in het onderwijs. De civiele feitenrechter laat in zijn uitspraken wel ruimte voor het bestaan van een overeenkomst en gaat in sommige gevallen ook van een overeenkomst uit. De Hoge Raad is nog niet gevraagd zich over de kwalificatie van de rechtsverhouding in het primair of voortgezet onderwijs uit te laten en heeft nog geen aanleiding gezien dat op eigen gezag te doen.[12]

De bestuursrechter richt zijn blik op besluiten. Daarvan kan sprake zijn indien het geschil een schorsing- of verwijderingsbeslissing van een openbare school betreft. In het openbaar onderwijs worden, anders dan in het bijzonder onderwijs, dergelijke beslissingen als besluiten in de zin van de Awb aangemerkt. Na bezwaar zal de leerling zich in de regel tot de bestuursrechter moeten wenden.[13] Aangezien het besluit centraal staat, zal er niet snel aanleiding zijn de rechtsverhouding te kwalificeren.

De kwalificatievraag zal zich eerder voordoen wanneer de leerling zich tot de civiele rechter wendt. Bijvoorbeeld in het geval van schade als gevolg van een ongeval, of pesten, of van de kwaliteit van het onderwijs. De bevoegdheid van de civiele rechter hangt af van de ingestelde vordering. Zo komt de civiele rechter in beeld wanneer een leerling van een bijzondere dan wel van een openbare school schadevergoeding verlangt wegens een tekortkoming

---

12 In bijv. HR 9 april 1976, *NJ* 1976/409 (*Terheijden*) spreekt de Hoge Raad van de bevoegdheid een leerling die weigert een of meer lessen van het door de school voorgeschreven lesprogramma te volgen, niet langer tot de school toe te laten. Deze bevoegdheid vloeit voort 'uit de aard van de rechtsverhouding' tussen een bijzondere lagere school en de leerling en zijn ouders. De Hoge Raad gaat niet nader op de aard van de rechtsverhouding in. De Hoge Raad heeft zich wel gebogen over een overeenkomst tot opleiding in de autohandel tegen betaling van lesgeld, zie HR 16 mei 1952, *NJ* 1953/67 (*Monsjou/Instituut voor Autohandel*); In HR 12 februari 1988, *NJ* 1988/44 (*Tuithof/ECS*) buigt de Hoge Raad zich over dwaling bij het sluiten van een overeenkomst over een cursus tegen betaling; In HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, r.o. 3.3.3 merkt de Hoge Raad op dat in cassatie 'terecht niet wordt bestreden' dat het hof de tussen Tio Teach B.V. en de cursist gesloten overeenkomst als een overeenkomst van opdracht heeft aangemerkt.

13 Wanneer de leerling bij de civiele rechter aanklopt, wordt de leerling soms niet-ontvankelijk verklaard: Rb. Arnhem (vzr.) 17 augustus 2001, ECLI:NL:RBARN:2001:AB6598, overweegt expliciet dat nu de stichting belast is met openbaar onderwijs, dat wil zeggen overheidsonderwijs, zij op die grond moet worden geacht in een publiekrechtelijke rechtsverhouding met eiser te staan, de betreffende beslissing dient te worden aangemerkt als een besluit van een bestuursorgaan in de zin van de Awb, waarvoor de leerling zich tot de bestuursrechter (had) moet(en) richten, met als gevolg dat eiser niet ontvankelijk werd verklaard. Vgl. Rb. Almelo 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873.

in de nakoming van een overeenkomst (art. 6:74 BW) dan wel een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het aanvoeren van deze dubbele grondslag biedt geen garantie dat de civiele rechter zich uitlaat over de kwalificatie van de rechtsverhouding, noch in gevallen van bijzonder noch van openbaar onderwijs. In diverse gevallen stapt de civiele feitenrechter namelijk over de kwalificatievraag heen.[14] Soms doet hij dit uitdrukkelijk en overweegt hij dat wanneer de schadevergoedingsvordering zowel op wanprestatie als op onrechtmatig handelen is gebaseerd, de precieze kwalificatie in het midden kan blijven.[15] De Rechtbank Midden-Nederland overweegt bijvoorbeeld:

> 'Naar het oordeel van de rechtbank kan de precieze kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden blijven, omdat tussen partijen niet (wezenlijk) ter discussie staat dat het handelen van (school) moet worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt. Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen (eisers c.s.) en het CVO [bevoegd gezag van de school; SV] een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan, dan wordt deze overeenkomst zozeer beheerst door dezelfde normen dat de uitkomst niet anders is bij de subsidiair gestelde grondslag, namelijk onrechtmatige daad.'[16]

Er zijn ook gevallen waarin door de rechter het bestaan van een onderwijsovereenkomst wel degelijk wordt aangenomen. Een goed voorbeeld biedt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2016 waarin het hof uitgebreid aandacht besteedt aan de vraag of sprake is van een (wederkerige) overeenkomst tussen de vmbo-leerling en de bijzondere school voor voortgezet onderwijs en deze

14 Zonder dit expliciet te overwegen bijv.: Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9107; Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015; Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417; Rb. Amsterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7002; Hof Den Haag 9 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6073; Hof Amsterdam 24 december 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:4787, vervolg van Rb. Amsterdam 27 juni 2012 ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929.

15 Zie voor het expliciet in het midden laten van de kwalificatiekwestie bijv.: Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*); Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, *NJ* 2005/438, vervolg: Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, *NJF* 2008/260, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans; Rb. Maastricht (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, *NJF* 2010/169, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782; Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134; Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9909.

16 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2. Volgens het hof heeft de rechtbank het bij het rechte eind, zie vervolg: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.3. De rechtbank verwijst hierbij naar een deel van de in de voetnoot hiervoor genoemde uitspraken met een dergelijke overweging en heeft deze overweging een maand later ook in een ander geval herhaald: Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2.

bevestigend beantwoordt.[17] Het bestaan van een overeenkomst wordt niet altijd met zoveel woorden onderbouwd. Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat de aanname van de rechter samenhangt met wat door partijen is gesteld en al dan niet betwist. Soms beschouwen partijen het bestaan van een overeenkomst kennelijk als vanzelfsprekend of gebruikelijk en stellen zij dit uitgangspunt voor de rechter niet ter discussie. Ook de rechter gaat dan van de overeenkomst uit.[18] Soms blijkt uit de uitspraak evenwel niet duidelijk dat partijen van het bestaan van een overeenkomst uitgaan of dat zij dit ter discussie hebben gesteld, maar stelt de rechtbank het bestaan hiervan wel voorop. Niet alleen in uitspraken betreffende bijzondere scholen,[19] maar ook

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.1-7.12. In onderwijstermen gaat het hier om de Stichting, die als onderwijsorganisatie onderwijs aanbiedt en de school in stand houdt; zie nader voor de terminologie par. 1.8.

18 Maar niet altijd, zie Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, *JA* 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.2: 'Tussen partijen is niet in geschil dat tussen hen een onderwijsovereenkomst geldt. Voor de beoordeling (…) kan echter in het midden blijven van welke grondslag dient te worden uitgegaan (…). De rechtbank laat de kwalificatie dan ook in het midden.'

19 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, NJ 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89): Vereniging voor protestants Christelijk Basisonderwijs: partijen zijn het er over eens dat er een onderwijsovereenkomst bestaat tussen de ouders van de leerling en het bevoegd gezag van de school. Naar het oordeel van de rechtbank betreft het een privaatrechtelijke overeenkomst, aangezien het bevoegd gezag een vereniging voor bijzonder onderwijs is.
Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539: de ds. Pierson Stichting is een protestants-christelijke school voor voortgezet onderwijs: de rechtbank stelt voorop dat tussen een school als het Piersoncollege en een leerling (en diens ouders, voogden of verzorgers) een contractuele relatie bestaat, r.o. 4.6.
Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947: Christelijk Voortgezet onderwijs: de school heeft verweer gevoerd, maar de rechtbank gaat toch zonder meer van een overeenkomst uit; wellicht heeft de rechtbank het betoog van de school niet als verweer opgevat vanwege het voorwaardelijke karakter ervan, zie r.o. 4 en 5.2.1.
Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720: Scholengemeenschap voor bijzonder onderwijs: de voorzieningenrechter oordeelt dat een eenmaal gesloten onderwijsovereenkomst niet de verplichting tot doorstroming van leerlingen die dat wensen met zich brengt, r.o. 4.

in uitspraken betreffende openbare scholen[20] is een onderwijsovereenkomst aangenomen.[21]

Feitenrechters houden de mogelijkheid open dat aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt. Zo beschouwd laten zij ruimte: aan de rechtsverhouding kan een overeenkomst ten grondslag liggen. Ook gaan zij in sommige gevallen van een overeenkomst uit. De rechtspraak lijkt er daarom bij gediend inzicht te krijgen in de mogelijkheden die het contractenrecht biedt.

1.4 Debat in de literatuur

Het debat in de literatuur wordt beheerst door het onderscheid tussen bijzonder en openbaar onderwijs. De overeenkomst neemt in dit debat een centrale plaats in. Voor het bijzonder onderwijs wordt in de regel van een privaatrechtelijke overeenkomst uitgegaan. Over het openbaar onderwijs zijn de meningen verdeeld. Verschillende kwalificaties van de rechtsverhouding worden gehanteerd: een privaatrechtelijke overeenkomst, een gemengd publiek- en

20 Hof Amsterdam 14 december 1989, KG 1990/43: Piet Mondriaan lyceum, openbare school: zonder voorafgaande opmerking spreekt het hof van de contractuele relatie tussen gemeente (resp. de school) en de moeder van de leerling.
Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, NJF 2006, 541, School en Wet november 2006, afl. 5, p. 29-35, m.nt. C.W. Noorlander: Gemeente Eindhoven: tussen partijen is niet in geschil dat er een onderwijsovereenkomst tot stand is gekomen met de gemeente. Wel twisten zij over de vraag of de niet-nakoming van de overeenkomst aan de vordering ten grondslag kan worden gelegd. Volgens de rechtbank kan dit niet omdat de in het geding zijnde verbintenissen niet voldoende bepaalbaar werden geacht, r.o. 4.8. Openbare scholen kunnen in stand worden gehouden door stichtingen voor openbaar onderwijs, zie art. 1 Wpo onder openbare school 'c' dat verwijst naar art. 17 en 48 Wpo of art. 1 Wvo onder openbare school 'c', dat verwijst naar art. 42b en 53c Wvo. Ook t.a.v. deze stichtingen voor openbaar onderwijs heeft de rechtbank het bestaan van een overeenkomst aangenomen: Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400: Stichting Minkema voor openbaar voortgezet onderwijs: de rechtbank overweegt dat met de inschrijving een overeenkomst tot stand is gekomen, r.o. 4.5.
Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636: Stichting openbaar voortgezet onderwijs Utrecht: de rechtbank constateert o.a. dat eisers aan hun vordering een onderwijsovereenkomst ten grondslag leggen en dat de stichting niet betwist partij te zijn; derhalve gaat ook de rechtbank hier vanuit, r.o. 4.3.

21 Er is echter ook een geval waarin de rechter het bestaan van een overeenkomst niet aanneemt, nadat dit door de openbare school is betwist. Zie de in voetnoot 13 genoemde uitspraak Rb. Almelo 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873: Min of meer ten overvloede overweegt de rechter dat ook voor zover de leerling aan zijn vordering een toerekenbare tekortkoming van de onderwijsovereenkomst ten grondslag legt, de vordering moet worden afgewezen omdat van een civielrechtelijke overeenkomst tussen partijen geen sprake is geweest. Volgens de rechter wordt de rechtsverhouding primair door het bestuursrecht beheerst. Pas als een besluit is vernietigd dan wel onrechtmatig handelen dat geheel los staat van welk besluit dan ook, is gesteld, kan een rol voor de civiele rechter zijn weggelegd, aldus Rechtbank Almelo, zie r.o. 4 onderaan.

privaatrechtelijke overeenkomst, een publiekrechtelijke overeenkomst, en een publiekrechtelijke niet contractuele rechtsverhouding.

Overeenkomst in het bijzonder onderwijs?
Eind jaren '70 betoogde Stoop dat in het bijzonder onderwijs sprake is van een verbintenisrechtelijke onderwijsovereenkomst.[22] In het bijzonder onderwijs kunnen de overeenkomsten slechts van privaatrechtelijke aard zijn:

> 'nu ze telkens het private belang van iedere leerling afzonderlijk betreffen en ook omdat beide partijen, de vereniging of stichting waarvan het bevoegd gezag uitgaat, en de leerling als natuurlijke persoon bij het verrichten van rechtshandelingen nu eenmaal onder de werking van de regels van het burgerlijk recht vallen'.[23]

Hij observeerde daarbij dat partijen zich er vaak niet bewust van zullen zijn een overeenkomst te sluiten. Het gaat volgens hem om een 'nog in het rechtsonderbewustzijn verkerend rechtsfiguur'.[24]

Volgens Trietsch – in een overigens kritische reactie op Stoop – verschaft de onderwijsovereenkomst de basis van de rechten en verplichtingen van de school en de leerling.[25] Weliswaar is er sprake van specifieke onderwijswetgeving maar die behelst volgens Trietsch voor het bijzonder onderwijs slechts bekostigingsvoorwaarden. De vrijheid van onderwijs zorgt ervoor dat het bijzonder onderwijs zich afspeelt in een private, staatsvrije sfeer. Er is dan ook sprake van volkomen contractsvrijheid.[26]

Hennekens laat zich voornamelijk uit over de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs (waarover hierna meer) en merkt op dat deze gelijk is aan die in het bijzonder onderwijs. Volgens hem ontleent de rechtspersoon bevoegdheden aan het burgerlijk recht en is zij als 'eigenaar' van de school bevoegd om regels te stellen, zij het met inachtneming van de, met name op publiekrecht gebaseerde, bepalingen van dwingend recht.[27] Naar zijn oordeel zijn besluiten bijvoorbeeld tot toelating van een kind daarmee beslissingen binnen een privaatrechtelijke relatie, zodat het om 'een in het privaatrecht gegronde contractuele relatie' gaat. De invloed van de publiekrechtelijke regels doet volgens Hennekens aan de context van de verhouding niet toe of af. Ook

22 Stoop 1977, p. 457 e.v. zie voorts Stoop 1978, p. 505 e.v.
23 Stoop 1977, p. 457.
24 Stoop 1977, p. 457, zoals wordt opgemerkt door hem in het kader van openbaar onderwijs.
25 Trietsch 1978, p. 489, 490. Evenzo Drop 1985, p. 305-307. In navolging van Drop ook Postma 1995, p. 361 (die de uitgave van Drop heeft bewerkt). Vervolgens wordt er in beide edities licht op de strekking van de overeenkomst geworpen en wordt de discussie in de literatuur kort aangestipt.
26 Trietsch 1978, p. 490. Trietsch wijst er wel op dat de bijzondere instellingen veel voorschriften wel moeten naleven, willen zij voor bekostiging in aanmerking komen en bekostigd blijven.
27 Hennekens 1988, p. 133; Hennekens 1989, p. 318 waarin hij uit zijn eerdere naschrift citeert.

in andere situaties is dit niet het geval, zo merkt hij op: 'Ook al wordt huur van woonruimte of pacht van landbouwgrond in overgrote mate door regels van publiekrecht beheerst, de grondslag van huur en pacht is er een van privaatrechtelijke aard'.[28]

Pors volgt een vergelijkbare redenering. Ook volgens hem hoeven de vele bepalingen in onder andere wetten in formele zin die de rechtsverhouding tussen leerling en school dwingend regelen, geen belemmering te vormen voor een eventuele onderwijsovereenkomst, immers ook de huur en de arbeidsovereenkomst worden voor een groot deel beheerst door regels van dwingend recht.[29]

Ook Noorlander meent dat de 'vergaande normering door de onderwijswetgeving' niet aan aanvaarding van de onderwijsovereenkomst in de weg staat.[30] De rechtsverhouding betreft volgens Noorlander een privaatrechtelijke verhouding die als overeenkomst moet worden gekwalificeerd. Het bevoegd gezag van een school voor bijzonder onderwijs is geen bestuursorgaan in de zin van de Awb, maar een privaatrechtelijke rechtspersoon en bij de toelating gaat zij een privaatrechtelijke rechtsverhouding aan.[31] Het aangaan van de rechtsverhouding heeft volgens Noorlander een tweezijdig karakter, de wederzijdse verplichtingen die hieruit voortvloeien kunnen als verbintenissen worden gezien, er is sprake van een wederkerige overeenkomst.

Tot slot constateert ook Sperling dat het om een privaatrechtelijke overeenkomst gaat.[32] Volgens Sperling kan deze als overeenkomst van opdracht in de zin van Boek 7 BW worden gekwalificeerd.[33]

Uit de besproken literatuur kunnen drie punten worden afgeleid. Allereerst lijkt in de ogen van genoemde auteurs van belang de juridische status van degene die de bijzondere school in stand houdt, dat wil zeggen de privaatrechtelijke rechtspersoon (de stichting of de vereniging) dan wel de natuurlijke persoon. Aangezien deze onder de werking van het burgerlijk recht valt, is

28 Hennekens 1988, p. 133.
29 Pors 1990, p. 157.
30 Noorlander 2005, p. 279.
31 De rechtsverhouding in het bijzonder onderwijs moet volgens Noorlander niet als publiekrechtelijk worden beschouwd, nu de toelating een publiekrechtelijk karakter ontbeert. Er is volgens hem geen sprake van het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid in het bijzonder onderwijs, de regelingen over bijv. toelating in de onderwijswetgeving betreffen bekostigingsvoorwaarden die in beginsel de school alleen raken in relatie tot de overheid, bijzondere scholen hebben de voorwaarden vrijwillig aanvaard. Ook is er volgens Noorlander geen publieke taakuitoefening in het geding. Voorts verdraagt een publiekrechtelijke aard zich volgens hem niet met de vrijheid van onderwijs. Daarnaast zou de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtsverhouding ten onrechte impliceren dat het bijzonder onderwijs overheidsonderwijs zou zijn. Noorlander 2005, p. 269-279.
32 Zo constateert ook Tjong Tjin Tai 2017, p. 556: de relatie tussen school en ouders c.q. kinderen is gebaseerd op een overeenkomst, deze relatie kan niet zonder overeenkomst tot stand komen; de relatie is immers de bron van de verbintenissen over en weer en er is wilsovereenstemming.
33 Sperling 2009, p. 61.

ook de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag en de leerling privaatrechtelijk. Ten tweede geven deze auteurs aan dat publiekrechtelijke normering aan het bestaan van een privaatrechtelijke overeenkomst niet in de weg hoeft te staan. En ten derde ontbreken volgens hen tot dusverre bezwaren tegen de kwalificatie van de rechtsverhouding als een overeenkomst.

Er zijn echter ook tegengeluiden te horen. Volgens Vermeulen & Zoontjens heeft de privaatrechtelijke overeenkomst in het bijzonder onderwijs 'beduidend betere papieren dan in het openbaar onderwijs',[34] maar toch geven zij aan te twijfelen. Hun twijfel zit hem in het gegeven dat de rechtsverhouding tussen een leerling en een bijzondere school inhoudelijk sterk door het publiekrecht wordt genormeerd.[35] Dit geldt volgens hen voor de toelating en verwijdering maar meer nog voor wat betreft de kwaliteitseisen die in acht genomen moeten worden.[36] Hoe Vermeulen & Zoontjens de verhouding dan wel zouden kwalificeren geven zij niet concreet aan. Er zijn argumenten voor en tegen, zo ronden zij af. De rechtsverhouding beschouwen als een overeenkomst lijkt evenwel niet hun voorkeur te hebben, omdat zij zich onder andere afvragen wat de meerwaarde van het aannemen van een overeenkomst is.[37]

Overeenkomst in het openbaar onderwijs?

Een deel van de auteurs die in het bijzonder onderwijs de rechtsverhouding als onderwijsovereenkomst kwalificeert, merkt ook de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs als een *privaatrechtelijke onderwijsovereenkomst* aan.

Volgens Stoop zijn er twee mogelijkheden denkbaar om in het openbaar onderwijs de rechtsbetrekking tussen het Rijk of de gemeente als bevoegd gezag van de school en de leerling te duiden: er is of sprake van een privaatrechtelijke overeenkomst of van een publiekrechtelijke overeenkomst.[38] Direct geeft hij aan geen aanleiding te zien de overeenkomst als een publiekrechtelijke aan te merken. De onderwijsovereenkomst is volgens hem naar zijn oorsprong en algemene aard een privaatrechtelijke. Dat de onderwijsovereenkomst een publiekrechtelijk karakter krijgt door het enkele feit dat de school door het Rijk of een gemeente in stand wordt gehouden lijkt Stoop zeer onaannemelijk.[39] De onderwijsovereenkomsten in het openbaar en het bijzonder onderwijs onderscheiden zich zo gezegd niet van elkaar: de rechtsbevoegdheid betreffende het sluiten van de overeenkomst is inhoudelijk volgens Stoop identiek aan

34 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 110.
35 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111.
36 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111.
37 Minder aarzelend is Vermeulen in het kader van het hoger bijzonder onderwijs: 'Overigens ben ik het met de Afdeling eens dat sprake is van een privaatrechtelijke rechtsverhouding; en dat deze rechtsverhouding door een privaatrechtelijke overeenkomst (een onderwijsovereenkomst) beheerst wordt komt mij plausibel voor'. ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34 m.nt. Vermeulen onder punt 6.
38 Stoop 1977, p. 458.
39 Stoop 1977, p. 458.

die in het bijzonder onderwijs.[40] Het mogelijke bezwaar tegen het bestaan van een privaatrechtelijke overeenkomst, gericht op het 'als zodanig' handelen van het Rijk of de gemeente – dat wil zeggen het handelen in de uitoefening van een overheidstaak – snijdt volgens Stoop geen hout, aangezien de overheid alleen dan als zodanig kan optreden indien dit ter uitvoering van een bestuurstaak is, een taak die exclusief aan de overheid is toebedeeld. Daar is bij het in stand houden van een school evenwel geen sprake van, het betreft namelijk een dienstverlening, een activiteit die niet exclusief aan de overheid is toebedeeld.[41]

Ook Hennekens ziet geen verschil in rechtsverhouding binnen het openbaar of bijzonder onderwijs. De gemeente als rechtspersoon ontleent bevoegdheden aan het burgerlijk recht, zij is bevoegd een school te stichten en als eigenaar van de school is zij bevoegd regels te stellen, rekening houdende met dwingendrechtelijke regels van publiekrecht. Besluiten tot toelating of weigering, of overplaatsing zijn volgens Hennekens dan ook beslissingen binnen een privaatrechtelijke relatie, zodat sprake is van 'een in het privaatrecht gegronde contractuele relatie tussen gemeente en de wettelijke vertegenwoordigers van het kind'.[42] Dat de verhouding in vergaande mate publiekrechtelijk is genormeerd, doet hier niet aan af.[43] Ook acht Hennekens de argumentatie dat deze nagenoeg volledig publiekrechtelijke normering met zich zou brengen dat toelating 'dus' een besluit in de zin van de Awb is, niet draagkrachtig.[44] Het gaat er volgens Hennekens om of de toelating van de leerling al dan niet als een publiekrechtelijke rechtshandeling kan worden aangemerkt, inhoudende 'dat door die daad publiekrechtelijke rechtsgevolgen beoogd worden in het leven te roepen welke zonder die daad niet ontstaan'.[45] Het enkele feit dat er publiekrechtelijke regels zijn waaraan men zich moet houden wil niet zeggen dat de verhouding binnen dat kader daarom publiekrechtelijk zou zijn. Hennekens vat zijn standpunt samen: een publiekrechtelijke rechtsverhouding wordt

40 Stoop 1977, p. 458. Nergens uit de onderwijswetgeving blijkt volgens Stoop dat de wetgever een speciale regeling voor de leerling heeft gewild, terwijl de wetgever voor het personeel van een bijzondere en openbare school wel onderscheid heeft gemaakt (een arbeidsovereenkomst respectievelijk een aanstelling). Voorts geeft Stoop weer dat er een vreemde splitsing in rechtshandelingen ter uitvoering van de onderwijsovereenkomst zou ontstaan wanneer er van een publiekrechtelijke overeenkomst wordt uitgegaan. De handelingen van de school zouden dan als publiekrechtelijk worden aangemerkt, maar die van de leerling zouden als privaatrechtelijk bestempeld moeten blijven. Ook deze discongruentie zet het bestaan van een publiekrechtelijke overeenkomst volgens Stoop op losse schroeven.

41 Stoop 1977, p. 459.

42 Hennekens 1988, p. 133.

43 Hennekens 1988, p. 133.

44 Hennekens 2000, p. 546; Ook huur van huizen, het huwelijksrecht en het rechtspersonenrecht is vrijwel geheel door het publiekrecht genormeerd. Twee andere voorbeelden van Hennekens: de compatibiliteitswet geeft regels voor het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en de Gemeentewet regelt het nemen van conservatoire maatregelen: is er dus sprake van publiekrechtelijke beslissingen? Volgens Hennekens niet.

45 Hennekens 2000, p. 546.

door publiekrechtelijke rechtshandelingen tot stand gebracht en niet door publiekrechtelijke normen.[46]

Andere auteurs zijn niet geneigd de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs in termen van een overeenkomst te plaatsen. Er zou enkel sprake zijn van een *publiekrechtelijke – niet contractuele – rechtsverhouding*. Dit hangt samen met het overheidskarakter van openbare scholen.[47]

Zo verlenen volgens Trietsch de wettelijke voorschriften uit de onderwijswetgeving het bevoegd gezag van een openbare school publiekrechtelijke bevoegdheden, omdat bij het openbaar onderwijs publieke belangen in het geding zijn. Daardoor zijn de beslissingen van het bevoegd gezag evenzovele beschikkingen, aldus Trietsch. Hij meent dat er tussen het bevoegd gezag van een openbare school en een leerling een gezagsverhouding van bestuur tot burger bestaat, omdat de overheid juist wel 'als zodanig' handelt, namelijk optredend ter uitoefening van een bestuurstaak die de overheid exclusief is toebedeeld. De overheid handelt volgens Trietsch ter uitoefening van een publieke taak, omdat datgene wat verricht wordt door de rechtsorde in het algemeen belang aan de overheid is opgedragen.[48]

Ook Snel & Postma vinden de kwalificatie als overeenkomst onjuist en daarnaast onwenselijk.[49] Hoewel zij een overeenkomst die een verdergaande aansprakelijkheid op de gemeente legt – in tegenstelling tot een overeenkomst die leidt tot beperking van aansprakelijkheid – niet geheel uitgesloten achten, menen zij dat de vraag of dan wel gesproken kan worden van een overeenkomst in de zin van een door het privaatrecht beheerste verhouding waarop de regels van Boek 3 en 6 van toepassing zijn, ontkennend moet worden beantwoord. Snel & Postma kunnen zich ten eerste niet met een overeenkomstenrechtelijke opvatting verenigen omdat echte, positieve argumenten vóór de onderwijsovereenkomst (nagenoeg) ontbreken.[50] De keuze voor een privaatrechtelijke constructie in een (vrijwel) uitputtend door het publiekrecht beheerste rechtsverhouding zou volgens hen juist met klem moeten worden beargumenteerd en zich niet slechts moeten beperken tot de vaststelling dat er tegen het aannemen van een overeenkomst geen bezwaar zou bestaan.[51] Ten tweede menen zij dat er wel bezwaren aan de kwalificatie kleven, omdat de contractuele maatstaf zou kunnen leiden tot rechtsongelijkheid en rechts-

46 Hennekens 2000, p. 546. Zie voor andere auteurs die ook van een privaatrechtelijke overeenkomst in het openbaar onderwijs uitgaan: Drop 1985, p. 306 (in navolging van hem Postma 1995, p. 360-361); Sperling 2009, p. 61.

47 Vgl. Paijmans 2013, p. 45: Paijmans geeft in het kader van de diversiteit aan kwalificaties voor het openbaar onderwijs weer dat de problemen optreden daar waar het gaat om het overheidskarakter van openbare scholen en daarmee de vraag naar privaat- dan wel publiekrechtelijke verhoudingen.

48 Trietsch 1977, p. 487.

49 Snel & Postma 1999, p. 58.

50 Snel & Postma 1999, p. 64.

51 Snel & Postma 1999, p. 65.

onzekerheid, nu deze volgens hen geheel afhankelijk zou zijn van toevallige en individuele omstandigheden.[52] Ten derde hebben zij vanuit dogmatisch oogpunt moeite om van een overeenkomst in de zin van Boek 6 BW te spreken. Zij betwijfelen of de relatie wel als een 'verbintenis' valt te kwalificeren, nu deze relatie een vermogensrechtelijk karakter zou ontberen.[53] Nog meer moeite hebben zij met de aanvaarding van een overeenkomst aangezien er volgens hen geen sprake is van wilsovereenstemming in de relatie tussen leerling en/of ouders en school, hetgeen op grond van artikel 6:217 BW (aanbod en aanvaarding daarvan) voor de totstandkoming van een overeenkomst wel is vereist.[54] Er is volgens hen voor de openbare school geen enkele ruimte voor een op rechtsgevolg gerichte privaatrechtelijke wil: op grond van onderwijswetgeving moet de openbare school in beginsel elke leerling accepteren.[55] De duur van het onderwijs en de toelating en verwijdering worden uitputtend en dwingend door het publiekrecht (in onderwijsregelgeving) geregeld.[56] Daarnaast zijn de beslissingen van het bevoegd gezag omtrent toelating en verwijdering besluiten in de zin van de Awb waartegen bezwaar en beroep open staat. Waar de wil van een van de partijen volstrekt door het publiekrecht wordt beheerst, kan volgens Snel & Postma niet van een overeenkomst in de zin van Boek 6 BW worden gesproken.[57]

Vermeulen & Zoontjens sluiten zich bij de opvatting van Snel & Postma aan. De beslissing tot toelating of verwijdering genomen door een openbare school is aan te merken als een besluit, meer precies een beschikking in de zin van de Awb. Dergelijke beslissingen betreffen daden van openbaar gezag.[58] Vermeulen & Zoontjens stellen zichzelf evenwel de vraag hoe de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs te duiden buiten de zaken van toelating, schorsing of verwijdering. Volgens Vermeulen & Zoontjens is er onvoldoende reden om daar van een onderwijsovereenkomst uit te gaan. Zij voelen zogezegd meer voor de benadering van Snel & Postma dat geen sprake is van een onderwijsovereenkomst omdat de verhouding vrijwel geheel door het publiekrecht wordt genormeerd en ook het vereiste element van wilsovereenstemming voor de ouders gezien de Leerplichtwet nagenoeg en voor het bevoegd gezag van het openbaar onderwijs, gezien de grondwettelijke garantieplicht, geheel ontbreekt.[59] Zij concluderen te opteren voor een publiekrechtelijke verhouding in het openbaar onderwijs. Evenwel sluiten zij daarbij niet uit

52 Snel & Postma 1999, p. 65.
53 Vgl. Paijmans 2013, p. 45: 'Het begrip 'verbintenis' kan op problemen stuiten, omdat hieraan doorgaans een vermogensrechtelijke betekenis wordt toegekend, die niet rijmt met het geven en ontvangen van onderwijs'.
54 Snel & Postma 1999, p. 65.
55 Snel & Postma 1999, p. 66.
56 Snel & Postma 1999, p. 66.
57 Snel & Postma 1999, p. 66.
58 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 103.
59 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 107.

dat in deze verhouding elementen van wederkerigheid zitten opgesloten.[60] Vermeulen merkt later ook op 'dat uit de onderwijswetten volgt dat de beslissing tot toelating niet een privaatrechtelijke rechtshandeling is, genomen door de publiekrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt, maar een krachtens een bij wettelijk voorschrift verleende bevoegdheid genomen beslissing van het bevoegd gezag van de openbare school, een bestuursorgaan'. Het lijkt Vermeulen tamelijk voor de hand te liggen dat door het nemen van een dergelijk toelatingsbesluit, een publiekrechtelijke rechtshandeling, ook een publiekrechtelijke rechtsverhouding tot stand wordt gebracht.[61]

Ook Huisman lijkt in eerste instantie binnen het openbaar onderwijs van een publiekrechtelijke rechtsverhouding uit te gaan. De drie door hem geformuleerde wezenskenmerken van het openbaar onderwijs – de algemene toegankelijkheid, de levensbeschouwelijke neutraliteit en de overwegende invloed van de overheid – maken dat de overheid bij de toelating van een leerling 'als zodanig' optreedt. Hierdoor oefent het bevoegd gezag van een openbare school een bevoegdheid uit die het exclusief toekomt, zodat de hieruit resulterende rechtsverhouding noodzakelijk publiekrechtelijk van aard is, aldus Huisman.[62]

In de literatuur worden al met al vijf argumenten aangevoerd voor het aannemen van een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Ten eerste lijkt volgens de auteurs de overwegende overheidsinvloed tot resultaat te hebben dat de verhouding in het openbaar onderwijs als publiekrechtelijke, niet contractuele rechtsverhouding moet worden aangemerkt. Het bevoegd gezag van een openbare school handelt 'als zodanig', inhoudende in de uitoefening van een overheidstaak. Ten tweede betreffen toelating en verwijdering publiekrechtelijke bevoegdheden, uitgeoefend door een bestuursorgaan, zodat dergelijke beslissingen aan te merken zijn als besluiten in de zin van de Awb. Hieruit vloeit volgens de auteurs een publiekrechtelijke verhouding voort. Voorts is ten derde een wederkerend argument tegen het aannemen van een overeenkomst dat de rechtsverhouding in het openbaar onderwijs nagenoeg geheel door het publiekrecht wordt genormeerd. Verder zijn er bezwaren tegen de kenmerken van de privaatrechtelijke overeenkomst, bijvoorbeeld in verband met de voorwaarden voor een overeenkomst in de zin van een verbintenisscheppende overeenkomst (art. 6:213 BW). Zo zou, ten vierde, het vereiste element van op rechtsgevolg gerichte wilsovereenstemming (art. 3:33 en 3:35 BW) in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst (art. 6:217 BW) tussen leerling dan wel ouders en de school ontbreken. En, ten vijfde, zou het begrip verbintenis op problemen stuiten. Art. 6:213 BW bepaalt dat een obligatoire overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling is, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een *verbintenis* aangaan. Vanwege het

60 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 108.
61 Vermeulen 2001, p. 167.
62 In een artikel met Noorlander, Huisman & Noorlander 2004, p. 153.

vermogensrechtelijke karakter dat doorgaans aan dit begrip wordt gegeven zou er geen sprake kunnen zijn van een verbintenis en ook niet van een verbintenisscheppende (obligatoire) overeenkomst.

Maar niet volgens iedereen zijn deze bezwaren zodanig dat er op voorhand al niet van een overeenkomst in het onderwijs uit dient te worden gaan. Er zijn auteurs die een tussenpositie innemen. Volgens Pors bijvoorbeeld is het niet noodzakelijk dat door het nemen van een toelatingsbesluit een publiekrechtelijke rechtsverhouding ontstaat.[63] Pors (en met hem Hermans en Backx) meent namelijk dat beschikking en overeenkomst elkaar niet uit hoeven te sluiten: het toelatingsbesluit kan gericht zijn op het tot stand brengen van een overeenkomst.[64] Pors gaat dan ook uit van een splitsbare rechtsverhouding en betoogt dat aan het openbaar onderwijs deels een publiekrechtelijke en deels een privaatrechtelijke aard toegekend kan worden. Volgens hem zijn de toelating en de verwijdering publiekrechtelijke bevoegdheden, maar de verhouding zelf is een overeenkomst die van privaatrechtelijke aard is. De splitsbare rechtsverhouding waar Pors van spreekt is later door anderen ook wel als *gemengd publiek- en privaatrechtelijke overeenkomst* bestempeld.[65] De rechtsverhouding zou volgens Pors kort gezegd dus ook slechts deels een publiekrechtelijke aard/invulling kunnen hebben.[66] In zekere zin meent Pors ook dat de sterke publiekrechtelijke normering van de verhouding in het openbaar onderwijs niet direct wil zeggen dat er geen sprake kan zijn van een privaatrechtelijke overeenkomst. Pors lijkt hier aan te sluiten bij Hennekens. Overigens geeft Vermeulen wat dit punt betreft Hennekens ook gelijk: 'Op zich terecht merkt Hennekens op dat het enkele gegeven dat een rechtsverhouding vergaand door het publiekrecht genormeerd wordt die rechtsverhouding nog niet per definitie een publiekrechtelijk karakter verleent'.[67]

Noorlander houdt vast aan het publiekrechtelijke karakter dat van het openbaar onderwijs uitgaat en meent dat de verhouding met een openbare school er een van publiekrechtelijke aard is omdat de openbare school bij toelating en bij het aanbieden van het onderwijs 'als zodanig' optreedt. De toelatingsbeslissing binnen het openbaar onderwijs kenmerkt Noorlander als een Awb-besluit waaraan een instemming van de leerling voorafgaat.[68] Materieel vertoont de verhouding ook volgens Noorlander evenwel de kenmerken

63 Vgl. Stoop 1978, p. 507: Volgens Stoop kan het gebruikmaken van een publiekrechtelijke bevoegdheid tot een overeenkomst (met een wettelijke geregelde inhoud) leiden.

64 Pors 1990, p. 156; Hermans, Backx & Pors 1993.

65 Zie bijv. Paijmans 2013, p. 45.

66 Vergelijk hiermee de opmerking van de regering in het kader van het openbaar onderwijs, besproken in par. 1.2.

67 Vermeulen 2001, p. 166, in reactie op Hennekens. Vermeulen wijst evenwel op de andere aangevoerde argumenten (in zijn preadvies met Zoontjens, zie Vermeulen & Zoontjens 2000) en geeft weer dat het punt van vrijwel volledige publiekrechtelijke normering niet hun kernargument was.

68 Noorlander 2005, p. 264.

van een privaatrechtelijke overeenkomst: zij komt op basis van wilsovereenstemming tot stand, de totstandkomingshandeling en de rechtsbetrekking hebben een tweezijdig karakter en van de overeenkomst maken verbintenissen deel uit. Zodoende gaat Noorlander in het openbaar onderwijs ook van een overeenkomst uit. Hij bestempelt deze na een uitgebreide exercitie echter niet als een privaatrechtelijke maar als een *publiekrechtelijke overeenkomst*. Hoewel hij aangeeft dat er in de literatuur geen overeenstemming is over wat een publiekrechtelijke overeenkomst precies is, kan er volgens Noorlander in de meest letterlijke zin van een publiekrechtelijke overeenkomst worden gesproken wanneer 'een publiekrechtelijke verhouding tussen overheid en burger aan de vereisten van het overeenkomstenbegrip voldoet'.[69] De ontstane publiekrechtelijke overeenkomst heeft volgens Noorlander evenwel nog steeds privaatrechtelijke trekken. Er ontstaat volgens Noorlander namelijk een publiekrechtelijke overeenkomst met een gemengd privaatrechtelijk/publiekrechtelijk karakter. Zo kan volgens hem ook gesproken worden van een gemengde overeenkomst. Wel ligt het zwaartepunt vanwege de publiekrechtelijke inbedding volgens hem bij het publiekrecht.

Daar waar de bezwaren van sommigen tegen het aannemen van een overeenkomst betrekking hebben op de kenmerken van de overeenkomst, ziet Noorlander zogezegd geen problemen in de vervulling van de materiële vereisten waaraan een overeenkomst in de zin van 6:213 BW moet voldoen. Volgens Noorlander is er geen sprake van het ontbreken van wilsovereenstemming, maar is de beperking in de vrijheid de overeenkomst aan te gaan eerder een kwestie van contractsvrijheid en (gerechtvaardigde) contractdwang. De rechtvaardiging van de contractdwang die een openbare school ervaart, kan volgens Noorlander gevonden worden in de levensbeschouwelijke neutraliteit, de garantiefunctie van het openbaar onderwijs en het gelijkheidsbeginsel, de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs.[70] Ook de tegenwerping betreffende het vermogensrechtelijke karakter van het begrip verbintenis vormt volgens Noorlander geen beletsel voor de acceptatie van een onderwijsovereenkomst. Volgens hem hebben de verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst geen vermogensrechtelijk object omdat ze niet op geld waardeerbaar zouden zijn. Dit hoeft volgens Noorlander evenwel niet aan het aanvaarden van een onderwijsovereenkomst in de weg te staan, omdat een verbintenis niet per se op geld waardeerbaar hoeft te zijn.[71]

Onderwijsovereenkomst wettelijk regelen?

In het verlengde van het debat over de aard van de rechtsverhouding is bepleit de onderwijsovereenkomst te voorzien van een eigen regeling. Voorstander

69 Noorlander 2005, p. 261.
70 Noorlander 2005, p. 251.
71 Noorlander 2005, p. 252.

is Noorlander die de onderwijsovereenkomst wil incorporeren in de sectorwetgeving, te weten in de Wpo en de Wvo. In zijn proefschrift heeft hij een voorstel opgenomen waarin hij de minimale inhoud van de onderwijsovereenkomst omschrijft, en de belangrijkste rechten en verplichtingen van partijen codificeert, zowel voor het bijzonder als het openbaar onderwijs.

Huisman daarentegen voelt meer voor een beknopte regeling in het BW dan in de onderwijswetgeving.[72] Volgens hem kan de onderwijsovereenkomst in lijn met de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 BW worden vormgegeven.[73] Naar zijn idee paste een privaatrechtelijke benadering van het onderwijs in de wetgevingstrend van 2006 waarbij de invloed van het publiekrecht afnam. Huisman wijst daarbij onder andere op de privaatrechtelijke benadering van bestuur waarbij het openbaar onderwijs in stichtingen of samenwerkingsbesturen wordt vormgegeven.[74] Huisman pleit kort gezegd voor een privaatrechtelijke regeling, ook voor het openbaar onderwijs.[75]

Ook Sperling opteert voor het opnemen van een regeling in Boek 7 BW. Zij meent dat de rechtsverhouding in het bijzonder en openbaar onderwijs beheerst wordt door een civielrechtelijke overeenkomst, die kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. De onderwijsovereenkomst is ook volgens haar vergelijkbaar met de geneeskundige behandelingsovereenkomst. De inhoud van de overeenkomst wordt volgens Sperling onder andere vormgegeven door de bepalingen van de betreffende sectorwet, maar omdat niet altijd duidelijk is of de sectorwet ook verplichtingen voor het bevoegd gezag ten opzichte van ouders en leerling in het leven roept, verdient het haar aanbeveling om bepaalde rechten en verplichtingen expliciet in een wettelijke regeling in Boek 7 BW op te nemen.[76]

Paijmans juicht het idee van Sperling toe. Het vastleggen van een overeenkomst met een open norm lijkt Paijmans geen nuttige toevoeging, maar naar haar idee kan een wettelijke invulling van de verplichtingen binnen de onderwijsovereenkomst wel uitkomst bieden voor scholen, leerling en ouders, omdat er zo duidelijkheid kan worden geboden over specifieke (overige) rechten en plichten van scholen, leerlingen en ouders en die zouden dan ook afdwingbaar zijn. Zo bezien zou volgens haar de kwalificatie van onderwijsovereenkomst en de invulling daarvan een meerwaarde bieden ten opzichte van de huidige situatie.[77]

72 Huisman 2006b, p. 66, nt. 43.
73 Huisman 2006a, p. 43.
74 Huisman 2006a, p. 37.
75 Huisman 2006a, p. 43.
76 Zie voor de visie van Sperling, Sperling 2009, p. 61-62 en p. 164.
77 Zie voor de visie van Paijmans, Paijmans 2013, p. 48-49.

Stand van het debat en contractueel uitgangspunt
Duidelijk is dat het in de literatuur geen uitgemaakte zaak is hoe de rechtsverhouding tussen school en leerling moet worden gekwalificeerd. Dat geldt voor het openbaar onderwijs weliswaar meer dan voor het bijzonder onderwijs, maar voor beide terreinen geldt dat de discussie zich tot nu toe vooral heeft geconcentreerd op de vraag of er sprake is van een overeenkomst, gegeven de publiekrechtelijke kanten van het onderwijsterrein. Het debat zou kunnen worden verrijkt door na te gaan wat het betekent om van een overeenkomst uit te gaan. Dat is te meer nuttig aangezien sommige auteurs ervoor pleiten de onderwijsovereenkomst als bijzondere overeenkomst op te nemen in Boek 7 BW.

1.5 VRAAGSTELLING, DOELSTELLING EN AFBAKENING: DE OVEREENKOMST ALS UITGANGSPUNT

In dit proefschrift beoog ik na te gaan wat toepassing van het contractenrecht in de onderwijsverhouding meebrengt en tegelijkertijd wat het contractenrecht de onderwijsverhouding te bieden heeft. Door van de vooronderstelling uit te gaan dat de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs kwalificeert als een onderwijsovereenkomst, dat aan de verbintenissen tussen partijen een privaatrechtelijke overeenkomst ten grondslag ligt en de vraag te stellen wat dit uitgangspunt betekent, ontvouwt zich een waaier aan vragen over kernleerstukken van het overeenkomstenrecht, onder andere op het gebied van de totstandkoming, de inhoud, de uitvoering en de beëindiging.

Voor de vraag wat het contractenrecht meebrengt in het onderwijs is het nodig te weten hoe de contractenrechtelijke leerstukken kunnen worden toegepast in de rechtsverhouding tussen school en leerling, en eventueel ouders. Aan de hand daarvan kan vervolgens worden nagegaan wat het contractenrechtelijke instrumentarium de onderwijsverhouding te bieden heeft.

Hiertoe zal ik kijken naar fundamentele leerstukken op het gebied van het contractenrecht:

- *Totstandkoming:* Hoe komt een onderwijsovereenkomst tot stand, in acht nemende de leerplicht en de werkwijze in het onderwijs omtrent aanmelding, toelating, inschrijving en plaatsing van een kind? Wie is er partij bij een onderwijsovereenkomst en hoe is dat te bepalen?

- *Inhoud:* Hoe kan worden vastgesteld wat de inhoud van een onderwijsovereenkomst is? En hoe verhoudt toepassing van het contractenrechtelijk kader hiervoor zich tot publiekrechtelijke onderwijswetgeving?

- *Opschorting:* Kan de bevoegdheid tot opschorting van een verplichting uit een onderwijsovereenkomst worden gebruikt? Zo ja, in hoeverre? Hoe

verhoudt dit middel zich tot het instrument van schorsing dat in onderwijswetgeving is opgenomen?

- *Beëindiging:* Kan de bevoegdheid tot ontbinding of opzegging worden gebruikt? Zo ja, in hoeverre? Hoe verhouden deze middelen zich tot het instrument van verwijdering dat in onderwijswetgeving is opgenomen?

Door deze leerstukken in de context van het onderwijs in kaart te brengen, wil ik bijdragen aan het debat over de rechtsverhouding tussen school, kind en ouders in het primair en voortgezet onderwijs. Dat debat wordt in zekere mate op abstract niveau gevoerd, gericht op de vraag of al dan niet sprake is van een overeenkomst. Tegelijkertijd is het antwoord op deze vraag vermengd met de vraag of de kwalificatie als overeenkomst wenselijk is. Ik hoop met dit proefschrift te concretiseren wat een contractenrechtelijke invalshoek meebrengt of mee kan brengen. Op basis van de verkregen inzichten kan een keuze voor of afwijzing van de privaatrechtelijke overeenkomst beter worden gefundeerd.

In deze insteek ligt de toegevoegde waarde ten opzichte van twee proefschriften waarin de rechtsverhouding tussen leerling en school een prominente plaats heeft. Noorlander heeft in zijn proefschrift (2005) vanuit zijn staats- en bestuursrechtelijke achtergrond de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs onderzocht en kwam kort gezegd uit op een overeenkomst, met toepassing van het privaatrecht.[78] Hij liet (grotendeels) open de vraag of en hoe diverse leerstukken van het overeenkomstenrecht zouden kunnen worden toegepast. Paijmans onderzocht in haar proefschrift (2013) de grondslag en reikwijdte van de zorgplicht van scholen jegens leerlingen met als invalshoek de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm in de context van de onrechtmatige daad.[79] Mijn onderzoek onderscheidt zich van beide door de focus op de toepassing van enkele belangrijke leerstukken van het contractenrecht.

Ik pretendeer niet de toepassing van het overeenkomstenrecht over de volledige bandbreedte te onderzoeken. De beperking tot leerstukken die de 'levensloop' van een contract kenmerken – begin, inhoud, uitvoering, einde – vormt de eerste afbakening van dit proefschrift. De verbintenis tot schadevergoeding wegens wanprestatie ontbreekt, omdat deze niet kenmerkend is voor de levensloop van een overeenkomst. De tweede afbakening is te vinden in de onderwijssectoren die ik onderzoek; het onderzoek richt zich op de verhouding in het primair en voortgezet onderwijs en in beginsel niet op het middel-

78 C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en voortgezet onderwijs* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

79 B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013.

baar beroepsonderwijs of het hoger onderwijs.[80] Slechts zijdelings komt het beroepsonderwijs aan bod wanneer een uitstapje hiernaar ter illustratie of vergelijking dienstig kan zijn. De derde afbakening houdt in dat het onderzoek zich richt op het uit publieke middelen bekostigd onderwijs. Het particulier onderwijs komt wederom slechts zijdelings ter illustratie of vergelijking aan bod. Een van de redenen waarom ik mij richt op het primair en voortgezet bekostigd onderwijs is te vinden in de spanning die bestaat met het leerplichtige karakter van het funderend onderwijs en de sectorale regelgeving waarmee de overheid invloed uitoefent op de inhoud van het onderwijs enerzijds en het instrument van een overeenkomst anderzijds. Het klassieke onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs speelt een belangrijke rol in mijn onderzoek. Hoewel het onderscheid tussen openbare en bijzondere scholen minder scherp te trekken is daar waar er bestuurlijke fusies plaatsvinden en gebruik wordt gemaakt van samenwerkingsbesturen of –scholen,[81] brengt het onderscheid onder meer een verschil in de wijze van juridische organisatie of structuur van een school mee.[82] Zie hierover nader onder terminologie (par. 1.8).

1.6 Verantwoording en methode

Het onderzoek is als juridisch-dogmatisch te bestempelen.[83] Ik maak gebruik van drie klassieke bronnen: wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur. Ontegenzeggelijk is er sprake van een wisselwerking tussen het algemene vermogensrecht enerzijds en het publieke onderwijsrecht anderzijds. Er wordt daarom niet alleen gekeken naar het algemene vermogensrecht zoals dat is neergelegd in wetgeving en jurisprudentie en beschreven in de literatuur, maar ook naar het publieke onderwijsrecht zoals neergelegd in elk van die drie bronnen. Het onderzoek is daarbij toegespitst op de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs[84] en het Inrichtingsbesluit Wvo.[85]

---

80 In het middelbaar beroepsonderwijs wordt zoals weergegeven een schriftelijke onderwijsovereenkomst voorgeschreven. In het hoger onderwijs is de kwalificatie net als in het primair en voortgezet onderwijs onduidelijk.

81 Zie art. 1 Wpo over openbare school onder c jo. art. 17 (bestuurlijke fusie openbare en bijzondere scholen) en art. 17d (samenwerkingsschool), zie ook art. 1 Wvo over openbare school onder c jo. art. 53c Wvo (bestuurlijke fusie openbare en bijzondere scholen) en art. 53d Wvo (samenwerkingsschool). Op deze varianten ga ik niet nader in.

82 Zie over complexe onderwijsorganisaties en de positie van bestuurders daarvan het proefschrift van Nolen, Nolen 2017.

83 Zie hierover Vranken 2014.

84 Voorstel van Wet Modernisering Wvo (Wet voortgezet onderwijs 20xx) is opgezet en in december 2015 aangeboden ter internetconsultatie (te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/moderniseringwvo/details). De Onderwijsraad heeft inmiddels geadviseerd de modernisering te beperken tot een louter technische herziening en het wetsvoorstel meer

Waar nodig refereer ik aan de Leerplichtwet, artikel 23 van de Grondwet, de Algemene wet bestuursrecht en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

Bij elk contractenrechtelijk leerstuk wordt allereerst nagegaan wat het leerstuk inhoudt naar positief recht. Vervolgens transponeer ik het juridisch kader naar het onderwijs en ga ik na wat toepassing van dat kader in het onderwijs meebrengt, mede gelet op de publiekrechtelijke onderwijswet- en regelgeving, bestuursrechtelijke rechtspraak[86] en visies in de literatuur. Het resultaat wordt vergeleken met uitspraken van de civiele rechter op het gebied van het onderwijs. Aldus wordt niet alleen inzichtelijk gemaakt hoe leerstukken van contractenrecht zouden kunnen werken in het onderwijs maar ook of en zo ja hoe zij dit in de praktijk – blijkens de jurisprudentie – doen, en of de toepassing van nut kan zijn bij de aanpak en beoordeling van geschillen tussen leerling, ouders en school in de toekomst.

De hoofdstukken 2 en 4 zijn geactualiseerde versies van artikelen die in de loop van het onderzoek zijn gepubliceerd.[87]

1.7 Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 staat de totstandkoming van de onderwijsovereenkomst en met name de vraag wie partij is bij een onderwijsovereenkomst of beter gezegd hoe dat vast kan worden gesteld centraal.

Aan de inhoud van de onderwijsovereenkomst wordt aandacht besteed in hoofdstuk 3. Direct wordt duidelijk dat het hoofdstuk niet draait om het

---

in lijn met deze primaire bedoeling te brengen, zie advies 'Wetsvoorstel modernisering WVO', Onderwijsraad, 3 oktober 2017.

85 Dit geldt ook voor de Wet op de expertisecentra, voor zover wordt aangesloten bij de Wpo en de Wvo. Aldus heb ik ervoor gekozen aan de Wec geen zelfstandige plek toe te kennen.

86 Naast rechtspraak wordt ten dele ook gekeken naar adviezen en uitspraken van de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs (LKC, ondergebracht bij de Stichting Onderwijsgeschillen) gelet op toegankelijkheid van de uitspraken en het brede draagvlak van scholen dat bij de LKC is aangesloten.

87 S. Voskamp, 'Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *De meerpartijenovereenkomst,* BWKJ deel 29, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 211-233. Deze bijdrage is grotendeels terug te vinden in hoofdstuk 2 van dit proefschrift.
S. Voskamp, 'Opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW toegepast in verhouding onderwijsinstelling en leerling', Overmeester 2016/1, p. 16-20; S. Voskamp, 'Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?', in: J. Hijma (red.), *Een kwart eeuw – privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. Mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat,* Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 425-451; S. Voskamp, 'De opschortingsbevoegdheid in het onderwijs', *NTBR* 2017/31, p. 212-219. Deze bijdragen over de opschortingsbevoegdheid zijn terug te vinden en hierop is voortgebouwd in hoofdstuk 4 van dit proefschrift.

schetsen van 'de' inhoud maar dat het gaat om de vraag hoe de inhoud kan worden vastgesteld. Om in de vervolghoofdstukken de slag naar de remedies die het contractenrecht biedt concreet te kunnen maken, zal ik in het hoofdstuk over de inhoud een weergave geven van de mogelijke hoofdverplichtingen en rechten die uit een onderwijsovereenkomst voortvloeien en zal ik stilstaan bij het rechtskarakter van deze verplichtingen en bij de karakteristieken van een onderwijsovereenkomst.

In hoofdstuk 4 en 5 worden de bevoegdheden opschorting, ontbinding en opzegging bekeken en wordt onderzocht hoe deze contractenrechtelijke bevoegdheden in het onderwijs kunnen worden toegepast. Of een verplichting uit een onderwijsovereenkomst kan worden opgeschort, wordt nagegaan in hoofdstuk 4. De opschortingsbevoegdheid wordt vergeleken met het instrument van schorsing. Na wordt gegaan hoe beide zich tot elkaar verhouden en of het instrument opschorting het onderwijs wat kan bieden.

In hoofdstuk 5 staat de beëindiging van de rechtsverhouding centraal en wordt onderzocht of een onderwijsovereenkomst kan worden ontbonden of opgezegd. Ook wordt toepassing van deze bevoegdheden door een school vergeleken met het instrument van verwijdering van een leerling.

In een slotbeschouwing in hoofdstuk 6 wordt afgerond met wat het contractenrechtelijke instrumentarium meebrengt en heeft te bieden, bezien vanuit de door mij behandelde leerstukken. Er wordt teruggegaan naar en gereflecteerd op het debat in de literatuur en het contractenrechtelijke uitgangspunt van dit proefschrift.

1.8 TERMINOLOGIE

Ten behoeve van de leesbaarheid en overzichtelijkheid gebruik ik in dit proefschrift het begrip school.[88] Een school, zoals men dat begrip in het dagelijks leven gebruikt, is evenwel geen juridische entiteit, geen rechtssubject. Een school op zichzelf heeft geen rechtspersoonlijkheid. Preciezer moet er worden gesproken van de publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt, of, wanneer men doelt op het bestuur van de school, van het bevoegd gezag.[89] Beide kunnen ook samenvallen.

De instandhouding van een openbare school geschiedt van oudsher door de gemeente.[90] Bij een openbare school kan als bevoegd gezag in beginsel een bestuursorgaan zoals het College van B&W worden aangemerkt. Gaat een

88 Kanttekening: de definitie van het begrip 'school' is erg breed en diffuus, denk bijv. aan voor-, tussen- en naschoolse opvang aangeboden door scholen. Op dit aspect wordt echter niet ingegaan.

89 Zie – tevens voor nuanceringen en diverse toepassingen van het begrip bevoegd gezag – Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 75 e.v.; Paijmans 2013, p. 33-34.

90 Zie over instandhouding door de gemeente art. 1 Wpo over openbare school onder a; art. 1 Wvo over openbare school onder a.

geschil over een besluit tot toelating, schorsing of verwijdering dan kan na bezwaar in beroep worden gegaan bij de bestuursrechter. Een dergelijk besluit wordt aangemerkt als besluit in de zin van de Awb en hierop zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Het is het bestuursorgaan dat ten aanzien van het besluit in rechte kan worden betrokken. Bij schade aan een leerling is de instandhouder, de gemeente, echter de aansprakelijk te stellen rechtspersoon en kan in beroep worden gegaan bij de civiele rechter.[91] De instandhouding van openbare scholen kan ook geschieden door een openbare rechtspersoon (publiekrechtelijk)[92] of, zoals veelvoorkomend, een (overheids)stichting (privaatrechtelijke rechtspersoon).[93]

Bijzondere scholen daarentegen gaan uit van private partijen, en worden in stand gehouden door natuurlijke personen dan wel privaatrechtelijke rechtspersonen zoals een vereniging of een stichting.[94] Bij bijzondere scholen zou het bestuur ook het bevoegd gezag kunnen worden genoemd. Dit bevoegd gezag valt evenwel samen met de privaatrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt; hiervoor gelden de vertegenwoordigingsregels uit Boek 2 BW. Het is dan ook niet het bestuur dat voor de civiele rechter kan worden gedaagd voor een beslissing omtrent niet-toelating, schorsing of verwijdering of vanwege schade. Het is de rechtspersoonlijkheid bezittende privaatrechtelijke rechtspersoon die daarvoor in rechte moet worden betrokken. Een dergelijke beslissing genomen in het bijzonder onderwijs wordt aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht en is geen besluit in de zin van de Awb, zodat de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hierop in beginsel niet van toepassing zijn.[95]

Er bestaat tussen het openbaar en bijzonder onderwijs niet alleen een verschil in de organisatiestructuur, ook de grondslag en toegankelijkheid van een openbare en bijzondere school zijn verschillend. Omdat ik de termen openbaar en bijzonder onderwijs meerdere keren heb laten en nog zal laten terugkomen, sta ik hierbij in het kort nader stil. Het openbaar onderwijs wordt van overheidswege gegeven, het onderwijs is neutraal en openbare scholen zijn toegankelijk voor eenieder. Bijzondere scholen daarentegen zijn scholen

91 Vgl. art. 1:1 lid 4 Awb.

92 Art. 1 Wpo over openbare school onder b jo. art. 47 Wpo; art. 1 over openbare school onder b jo. art. 42a Wvo. Als bevoegd gezag wordt de openbare rechtspersoon aangemerkt, zie art. 1 Wpo en Wvo onder bevoegd gezag sub a onder 3.

93 Art. 1 Wpo over openbare school onder c jo. 48 (instandhouding door stichting) Wpo; art. 1 over openbare school onder c jo. art. 42b Wvo. Als bevoegd gezag wordt stichting aangemerkt, zie art. 1 Wpo en Wvo onder bevoegd gezag sub a onder 4.

94 Art. 1 Wpo en art. 1 Wvo over bijzondere school.

95 Huisman & Zoontjens 2009, p. 44 en p. 46. De vaststelling van het cijfer voor een centraal examen van een vak, de vaststelling van de uitslag van het eindexamen en het al dan niet uitreiken van een diploma betreffen in het voortgezet bijzonder onderwijs (net als in het openbaar onderwijs) wel besluiten als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb, zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:BL:GHARL:2018:1817, r.o. 3.11.

met een bepaalde confessionele of levensbeschouwelijke grondslag.[96] Dit onderwijs is niet toegankelijk voor eenieder. Bijzondere scholen zijn immers niet onderwijsneutraal en in het licht van de vrijheid van richting (als onderdeel van de vrijheid van onderwijs) wordt er in beginsel van leerling en ouders gevergd dat zij de grondslag van de school onderschrijven.[97] 'Bijzonder onderwijs' moet hier niet worden verward met 'speciaal onderwijs', waarmee het onderwijs wordt bedoeld voor leerlingen van wie vaststaat dat overwegend een orthopedagogische en orthodidactische benadering aangewezen is.[98]

Daar waar in dit proefschrift het begrip overeenkomst wordt gebruikt, doel ik op de obligatoire ofwel de verbintenisscheppende overeenkomst zoals is uitgewerkt in Titel 5 van Boek 6 BW.

96 Zie over de vraag of er ruimte bestaat voor het aanwijzen van een pedagogisch-didactische signatuur als richting: Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens 2011. Een pedagogisch-didactische methode wordt niet als richting erkend, wel biedt het naar eigen inzicht vormgeven van het onderwijs – in het bijzonder onderwijs voortvloeiend uit de vrijheid van inrichting en in het openbaar onderwijs uit het ongeschreven beginsel van pedagogische autonomie – de mogelijkheid een pedagogische of onderwijskundige methode op een bijzondere of openbare school aan te hangen, zoals de gedachten van Montessori of Dalton, daarnaast is te denken aan Jenaplan en vrije scholen. Zie par. 6 van Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013; Huisman (red.) 2017, p. 20; Paijmans 2013, p. 30.

97 Over het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs onder andere Paijmans 2013, p. 27-30; Huisman (red.) 2017, p. 20-21, p. 32-35.

98 Zie art. 2 Wec, waarvan het tweede lid omschrijft dat het speciaal onderwijs wordt verdeeld in onderwijs aan: dove kinderen, slechthorende kinderen, kinderen met ernstige spraakmoeilijkheden, visueel gehandicapte kinderen, lichamelijk gehandicapte kinderen, langdurig zieke kinderen, zeer moeilijk lerende kinderen, zeer moeilijk opvoedbare kinderen, kinderen in scholen verbonden aan pedologische instituten en meervoudig gehandicapte kinderen.

2 Totstandkoming van een onderwijsovereenkomst: hoe en tussen wie?

2.1 INLEIDING

Vanwege de slechte relatie tussen moeder en zoon, trekt de zoon tegen de zin van de moeder, in bij het gezin van een vriend. Zijn school, het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium, onderhoudt vervolgens contact met de 'nieuwe verzorgers' en overlegt niet langer met de moeder. De school verschaft wel enige informatie aan haar, waaronder het bericht dat een andere school bereid is gevonden de zoon een sprintopleiding op havo-niveau te bieden. De zoon krijgt vervolgens uitschrijfformulieren mee, te ondertekenen door zijn moeder. De zoon laat de uitschrijfformulieren en de inschrijfformulieren voor de nieuwe school echter ondertekenen door zijn nieuwe verzorgers. Hij gaat havo volgen en haalt zijn diploma, waarna hij aan een hbo-opleiding begint. De moeder voelt zich tekortgedaan en vordert bij de rechtbank onder meer een verklaring voor recht dat de school toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met haar – ten behoeve van haar zoon – gesloten onderwijsovereenkomst. De moeder verwijt de school dat zij onvoldoende is geïnformeerd over de ontwikkelingen van haar zoon en dat de school haar zoon zonder haar toestemming heeft uitgeschreven.[1]

Deze casus roept de vraag op wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst. Daarmee verband houdend rijst de vraag hoe een onderwijsovereenkomst tot stand komt. Om als eerste deze laatste vraag te beantwoorden zal ik kort stil staan bij de vraag hoe een overeenkomst in algemene zin tot stand komt (par. 2.2). In het onderwijs is sprake van een werkwijze die een aanmelding, toelating, inschrijving en plaatsing van een leerling kent (par. 2.3). Hoe ziet de totstandkoming eruit wanneer deze werkwijze in acht wordt genomen? Vanuit contractenrechtelijk oogpunt is interessant dat kinderen verplicht naar school moeten en dat scholen slechts beperkt de mogelijkheid hebben om kinderen te weigeren. Deze beperking van de contractsvrijheid hoeft evenwel aan de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst niet in de weg te staan (par. 2.4).

1 Zie Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947.

Tussen wie geldt een onderwijsovereenkomst? Aan de ene kant staat de school.[2] Dat spreekt in de regel vanzelf.[3] Maar wie staat er aan de andere kant: is, de besproken casus als voorbeeld nemend, de moeder partij, de zoon of zijn beiden dit? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden vastgesteld in welke hoedanigheid de moeder heeft gehandeld. Handelt zij voor zichzelf (*pro se*), of handelt zij namens haar zoon (als wettelijk vertegenwoordiger, *q.q.*), of handelt zij in beide hoedanigheden tegelijk? Bij de totstandkoming van de onderwijsovereenkomst is de moeder zeker *handelende* partij, hetzij voor zichzelf, hetzij in verband met de minderjarigheid en handelingsonbekwaamheid van haar zoon. 'Partij' vat ik evenwel op als degene die door de overeenkomst wordt getroffen ofwel gebonden, die rechten en verplichtingen aan de overeenkomst kan ontlenen.[4] Dan staat de positie van de moeder en zoon niet bij voorbaat vast.

Denkbaar is dat sprake is van een meerpartijenovereenkomst, tussen school, moeder en zoon. Hoe wordt bepaald wie partij is, in het bijzonder in onderwijsverhoudingen? Deze vraag is van belang aangezien het relevant is te weten ten opzichte van wie de overeenkomst rechten en verplichtingen schept. Wie kan zich in de 'meerpartijencirkel' waarop beroepen; kan een moeder zich *pro se* beroepen op een verplichting die de school jegens het kind zou hebben? Eveneens is voor een school van belang vooraf te weten wat er van haar kan

2 Preciezer gezegd: de rechtspersoon die de school in stand houdt. Bij een bijzondere school is de natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt als partij aan te wijzen, de vereniging of de stichting, die gebonden raakt door middel van vertegenwoordiging door haar bestuur (vertegenwoordigingsregels Boek 2 BW, zie art. 2:45 en 2:292 BW). Bij een openbare school zijn er meerdere mogelijkheden, wel is het telkens de rechtspersoon die de openbare school in stand houdt die als partij is aan te wijzen. In geval van instandhouding door de gemeente zal deze gemeente partij worden, ook al neemt het bevoegd gezag de beslissing over toelating, zij valt onder de rechtspersoonlijkheid van de gemeente (vgl. art. 1:1 lid 4 Awb). In geval van een openbare rechtspersoon zal deze rechtspersoon als partij aan te merken zijn (ter zijde: het bevoegd gezag hiervan valt samen met de openbare rechtspersoon (zie art. 1 Wpo en art. 1 Wvo)). Betreft het een openbare school die in stand gehouden wordt door een stichting, dan is deze stichting als privaatrechtelijke rechtspersoon als partij aan te merken (ter zijde, hier valt eveneens volgens de onderwijswetgeving het bevoegd gezag van de stichting samen met de stichting zelf). De rechtspersoonlijkheid bezittende instandhouder is derhalve aan de zijde van de school als partij bij een onderwijsovereenkomst aan te merken. Zie over deze terminologie nader par. 1.8.

3 Er zijn ook mogelijk andere 'partijen', denk aan de inschakeling van begeleiders (remedial teachers, intern begeleiders, onderwijsconsulenten, etc.).

4 Het onderscheid tussen degene die de handeling verricht en degene die gebonden is, ontleen ik o.a. aan: Witteman 1932, p. 410; Dit onderscheid hangt samen met de twee kanten die het begrip overeenkomst kent (de verbintenisscheppende handeling en het resultaat, de uiteindelijke rechtsverhouding): Köster noemt de begrippen overeenkomst en rechtshandeling afgeleid uit een Engelse bron, een *Janus woord*: woorden die in het algemeen tweeërlei functies kunnen vervullen, Köster 1979, p. 210. Hijma noemt het een term met twee gezichten, Hijma 2016, nr. 8. Zie over verschillende betekenissen van het begrip partij ook Du Perron 1999, p. 37 e.v.; Ernes & Lamers 2012, p. 29.

worden verwacht. Daarnaast is het relevant te weten tot wie partijen zich juridisch gezien kunnen dan wel moeten richten, en bijvoorbeeld procesrechtelijk gezien in welke hoedanigheid dat door ouders dient te geschieden. Ook rijst de vraag of ouders schadevergoeding direct op grond van de overeenkomst kunnen vorderen in plaats van uit te moeten wijken naar de meer algemene onrechtmatige daad grondslag.

Het is dus zeer relevant om te weten wie partij zijn bij de onderwijsovereenkomst. Ik beperk mij tot de voorfase: hoe kan er bepaald worden wie er partij zijn? Deze vraag wordt beantwoord vanuit het algemene vermogensrechtelijk kader, aan de hand van bekende arresten als *Kribbebijter* en *Baby Joost* (par. 2.5). Daarna transponeer ik dit kader naar het onderwijs (par. 2.6) en bekijk ik de onderwijsrechtelijke literatuur hierover (par. 2.7).

Vanuit de geschetste perspectieven – betreffende het totstandkomingskader van een onderwijsovereenkomst en het kader voor de vraag wie partij is bij een onderwijsovereenkomst – analyseer ik vervolgens de onderwijsrechtelijke jurisprudentie van de civiele rechter (par. 2.8). Mijn conclusie is dat de geschetste kaders ten aanzien van de totstandkoming en de vraag wie er partij is bij een overeenkomst kunnen worden gehanteerd in het onderwijs. Het laatste kader helpt de positie van betrokkenen vast te stellen en geeft aanleiding aan te nemen dat het kind partij wordt en in beginsel niet mede de ouders (par. 2.9).

2.2 ALGEMEEN VERMOGENSRECHTELIJK KADER: TOTSTANDKOMING OVEREENKOMST

Hoe komt een overeenkomst tot stand? Het antwoord hierop is terug te vinden in artikel 6:217 BW in combinatie met de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Een overeenkomst komt volgens artikel 6:217 BW tot stand door een aanbod en aanvaarding daarvan. Zowel aanbod als aanvaarding zijn rechtshandelingen; een overeenkomst wordt aangemerkt als een meerzijdige rechtshandeling (zie ook art. 6:213 lid 1 BW). Dat verklaart de link naar de artikelen 3:33 en 3:35 BW, de wilsvertrouwensleer, waarin de twee grondslagen voor het tot stand komen van een rechtshandeling staan opgenomen.

Artikel 3:33 BW brengt mee dat voor een rechtshandeling een op rechtsgevolg gerichte wil is vereist die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Komen wil en verklaring overeen dan komt de rechtshandeling, bijvoorbeeld het aanbod, tot stand. Bij discrepantie tussen wil en verklaring, als gevolg van bijvoorbeeld verspreking, verschrijving, vergissing of voor misverstand vatbaar/dubbelzinnig woordgebruik, komt in beginsel de rechtshandeling niet tot stand, want er is niet voldaan aan artikel 3:33 BW. Wel kan er alsnog geldig een rechtshandeling tot stand komen via artikel 3:35 BW. Aldus rijst de vraag of de wederpartij er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de verklaring gold als uiting van de wil. Mocht de wederpartij in de gegeven

omstandigheden de verklaring redelijkerwijs opvatten als verklaring van een bepaalde strekking dan kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil en komt de rechtshandeling dus alsnog tot stand.

Wil en verklaring moeten in beginsel overeenstemmen om een geldige rechtshandeling, een aanbod of aanvaarding, te doen ontstaan. Op hun beurt moeten aanbod en aanvaarding ook met elkaar overeenstemmen: artikel 6:217 BW spreekt immers van aanbod en aanvaarding *daarvan*. Zo is wilsovereenstemming van beide partijen een belangrijk kenmerk (voor het tot stand brengen) van de overeenkomst.[5] De wil van beide partijen is hierbij gericht op het teweegbrengen van een bepaald rechtsgevolg. In praktijk is niet altijd even goed uit elkaar te houden wie het aanbod doet en wie de aanvaarding, desondanks werkt het stelsel van aanbod en aanvaarding. Soms zal er sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Dat is het geval wanneer het voorstel onvoldoende duidelijkheid geeft over de belangrijkste verplichtingen en dus niet alle essentiële elementen van de te sluiten overeenkomst bevat.[6] Ook de persoon van de gegadigde kan van belang zijn.[7] Op de uitnodiging kan een ander reageren door daadwerkelijk een aanbod te doen, dit aanbod kan vervolgens door degene die de ander hiertoe heeft uitgenodigd desgewenst worden aanvaard.

Het vereiste van wilsovereenstemming kan worden beschouwd als uitwerking van het beginsel van contractsvrijheid. Contractsvrijheid ziet kort gezegd op de vrijheid van een partij te beslissen *of* zij een overeenkomst aangaat, *met wie* en *met welke inhoud*.[8] Deze contractvrijheid kan beperkt worden, bijvoorbeeld doordat de overheid ten aanzien van de inhoud van een bepaald contract met dwingende wetgeving ingrijpt om één van de partijen te beschermen. Ziet het ingrijpen op de mogelijkheid zelf te beslissen een contract aan te gaan en dus op de vrijheid al dan niet een contract te sluiten – óf men een overeenkomst aangaat – dan kan er gesproken worden van contractdwang.[9] In deze zin wordt contractdwang aangemerkt als de verplichting te contracteren: het betreft een contracteerplicht.[10] Uit de bespreking hierna zal blijken dat ook in het onderwijs sprake is of kan zijn van contractdwang. Contractdwang kan vervolgens ook de andere elementen van de contractsvrijheid – de vrijheid

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/9 en 119, 163, 164. Zoals Hijma & Olthof 2017, nr. 465 omschrijven, kan ook als op geen enkel moment daadwerkelijk wilsovereenstemming bestond – bijv. omdat een van de partijen de overeenkomst niet wilde maar de ander het tegendeel mocht aannemen (het eerder weergegeven gerechtvaardigd vertrouwen uit art. 3:35 BW) of omdat sprake is van een onherroepelijk aanbod dat wordt aanvaard op een moment waarop de aanbieder niet meer wilde – een overeenkomst tot stand zijn gekomen.

6 Nieuwenhuis 2015, p. 13; Hijma & Olthof 2017, nr. 466.

7 HR 10 april 1981, *NJ* 1981/532, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hofland/Hennis*).

8 Houben 2005, p. 2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

9 Houben 2005, p. 2. Zie over contractdwang ook Klik 1992.

10 Houben 2005, p. 3.

om te kiezen met wie en met welke inhoud er wordt gecontracteerd – beperken.

Contractsvrijheid ligt in het verlengde van het beginsel van partijautonomie.[11] Partijautonomie kan worden omschreven als het zelfbeschikkingsrecht van burgers en de mogelijkheid tot zelfontplooiing.[12] Dit zelfbeschikkingsrecht strekt zich niet alleen uit over het contractenrecht. De mogelijkheid overeenkomsten te sluiten biedt wel bij uitstek een manier voor iemand om zichzelf te ontplooien.[13]

Om deze theorie op de relatie in het onderwijs toe te kunnen passen, is het relevant eerst de gang van zaken omtrent aanmelding, toelating (en de ruimte voor weigering), inschrijving en plaatsing in het onderwijs na te gaan.

2.3 AANMELDING, TOELATING, INSCHRIJVING, PLAATSING – WEIGERING

De Leerplichtwet brengt mee dat een kind op een school dient te worden ingeschreven (en dat de leerling de school na inschrijving geregeld dient te bezoeken, art. 2 Lpw). Op degene die het gezag uitoefent of degene die de feitelijke verzorging heeft over een kind rust een inschrijvingsplicht, het kind moet als een leerling van een school ingeschreven staan. Deze inschrijving vindt plaats door de school en niet door de ouders of leerling.[14] Het zijn de ouders (of de leerling) die een verzoek tot toelating (moeten) doen aan de school, die het kind dus aanmelden bij de school naar keuze, maar het is de school die de leerling al dan niet inschrijft. De aanmelding levert kortom nog geen inschrijving op, het gaat om een verzoek tot toelating. Ouders zullen hiervoor gebruik maken van de door scholen beschikbaar gestelde aanmeldingsformulieren (die ook wel inschrijfformulieren worden genoemd).[15] De aanmelding dient schriftelijk te gebeuren (art. 40 lid 2 Wpo en art. 27 lid 2a Wvo).

Het bevoegd gezag honoreert vervolgens al dan niet de aanmelding en beslist dus over de toelating van het kind (art. 40 lid 1 Wpo en art. 27 Wvo

11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41; Houben 2005, p. 222. Zie over de verhouding tussen partijautonomie en contractsvrijheid Houben 2017, p. 602 (kader) onder verwijzing naar Vranken 2000, p. 146-149. Vranken bespreekt onder andere de visie van Nieskens-Isphording (in haar proefschrift Nieskens-Isphording 1991, p. 28 e.v.) en zet deze af tegen die van Nieuwenhuis (in zijn proefschrift Nieuwenhuis 1979, p. 6).

12 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

14 Storimans spreekt van een eigenaardig karakter van deze zorgplicht tot inschrijving, aangezien deze op (kort gezegd) de ouders rust terwijl de school degene is die al dan niet tot inschrijving over gaat, de ouder kan niet zelf bewerkstelligen dat hij aan de verplichting voldoet en geen strafbaar feit begaat, zie Storimans 2009 par. 2.3, p. 54.

15 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3 (MvT), p. 15 'Een schriftelijke aanmelding betekent meestal dat ouders een inschrijfformulier van de school waar zij zich aanmelden, invullen en ondertekenen.'

jo. art. 2 Inrichtingsbesluit Wvo). Wordt het kind toegelaten dan zal hij vervolgens als leerling van die school worden ingeschreven. In het openbaar onderwijs wordt, in tegenstelling tot het bijzonder onderwijs, de toelating of weigering van het kind als een besluit in de zin van de Awb aangemerkt. Wordt het kind toegelaten dan brengt deze beslissing zowel in het bijzonder als openbaar onderwijs het recht mee om als leerling te worden ingeschreven en om deel te nemen aan het onderwijs.[16] De inschrijving van de leerling kan worden aangemerkt als administratieve handeling die een bevestiging is van het door de toelating in het leven geroepen recht op deelname aan het onderwijs.[17] Tot slot zal het kind daadwerkelijk in een bepaalde groep of klas worden geplaatst waarin onderwijs gevolgd zal worden.[18]

Openbare en bijzondere scholen zijn niet geheel vrij in hun beslissing de leerling al dan niet toe te laten. Zo gelden er wettelijke voorwaarden waar de leerling aan moet voldoen. Artikel 39 lid 1 Wpo vereist voor toelating tot een basisschool dat de leerling de leeftijd van vier jaar heeft bereikt. Artikel 27 lid 1 jo. art. 3 (lid 1 onder a-c) Inrichtingsbesluit Wvo vereist dat de toe te laten leerling een bepaald niveau heeft, dat wil zeggen dat de directeur van de school waar de leerling van af komt oordeelt dat de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs in voldoende mate is gelegd, of dat de toe te laten leerling afkomstig is van een (speciale) school voor basisonderwijs en de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt. De beslissing om de leerling toe te laten wordt gebaseerd op het schooladvies (zie het tweede lid van art. 3 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 27 lid 1c Wvo).[19] Het is in het primair noch voortgezet onderwijs toegestaan de toelating afhankelijk te stellen van een geldelijke bijdrage (art. 40 lid 1 Wpo en art. 27 lid 2 Wvo). Toelating kan verder pas plaatsvinden als de ouders of de leerling gegevens omtrent de naam, voorletters, geboortedatum, geslacht en het persoonsgebonden nummer hebben overgelegd (art. 40b Wpo en art. 27b Wvo).[20]

Naast de wettelijke voorwaarden kunnen scholen binnen bepaalde grenzen zelf een toelatingsbeleid hanteren.[21] Bijvoorbeeld ten aanzien van de grootte

16 Storimans 2009, p. 58.
17 Storimans 2009, p. 58.
18 Zie over de begrippen aanmelding, toelating, inschrijving en plaatsing Storimans 2009 par. 2.4, p. 57 e.v.; Huisman (red.) 2017, p. 123.
19 Art. 4 Inrichtingsbesluit Wvo regelt een aanvullende toelatingsvoorwaarde indien geen schooladvies is vastgesteld, dan kan de school een onderzoek naar de geschiktheid van de kandidaat afnemen. Volgens art. 6 Inrichtingsbesluit Wvo is er afwijking van de artikelen 3 en 4 mogelijk. Art. 8 Inrichtingsbesluit Wvo kent een bijzondere toelatingsvoorwaarde, te weten dat de school zich ervan gewist of het onderwijs voor de leerling het meest aangewezen is, gelet op de bijzondere aard en doelstelling van het desbetreffende onderwijs (het artikel verwijst naar art. 24 lid 5 Wvo, maar dat lid staat niet in de huidige Wvo).
20 Voor het voortgezet onderwijs regelt art. 27 lid 1a nog de eis dat een leerling de Nederlandse nationaliteit bezit dan wel de voorwaarden waaronder een vreemdeling kan worden toegelaten tot het voortgezet onderwijs.
21 Huisman & Noorlander 2009, par. 4.5, p. 113.

van de klassen en de opnamecapaciteit van de school; een school kan een kind weigeren omdat zij 'vol' is.[22] Daarnaast kan de veiligheid van andere leerlingen reden zijn de leerling niet toe te laten. Scholen kunnen ook vergen dat ouders en leerlingen de grondslag van de school respecteren dan wel onderschrijven. Ook is het mogelijk dat een school een leerling met een extra ondersteuningsbehoefte de vereiste zorg niet kan bieden en hem daarom weigert (wel komt er op de school van aanmelding een zorgplicht te rusten om een andere passende plek voor het kind te vinden[23]). Voorts is het toegestaan een spreidings-, schoolgrenzen- ofwel schoolwijkenbeleid te voeren.[24] De ruimte om leerlingen te weigeren betreft een geval van interne organisatorische huishouding van de school ofwel in onderwijstermen de (pedagogische en) organisatorische autonomie die een school toekomt.[25] Deze autonomie komt ook toe aan een openbare school. Voor wat betreft een bijzondere school wordt van de vrijheid van inrichting gesproken.[26]

Desondanks blijft de mogelijkheid om leerlingen te weigeren voor *openbare* scholen beperkt gelet op het beginsel van algemene toegankelijkheid en van algemene beschikbaarheid van het openbaar onderwijs. Op grond van artikel 23 lid 3 Gw zal een openbare school een leerling niet op grond van zijn godsdienst of levensovertuiging mogen weigeren. Openbare scholen zijn toegankelijk zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing, zo volgt nader uit artikel 46 lid 2 Wpo en artikel 42 Wvo. Voor het openbaar onderwijs kan voor zover het de godsdienst of levensbeschouwing betreft van een toelatingsplicht of acceptatieplicht worden gesproken.[27] De gedachte hierachter is dat ouders niet gedwongen mogen worden om hun kind naar een bijzondere school te laten gaan. Daar komt bij dat de overheid op grond van artikel 23 lid 4 Gw gehouden is om in elke gemeente voldoende openbaar onderwijs

22 Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2005/06, 30 417, nr. 3, p. 3 (MvT): 'Scholen kunnen zelf zekere grenzen trekken dat de school (onderwijskundig, pedagogisch, ruimtetechnisch) <vol> is.'

23 Zorgplicht passend onderwijs, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3 (MvT), p. 11, 14, 17. Zie art. 40 lid 4 (met uitzondering in lid 5) Wpo, art. 27 lid 2c (met uitzondering in lid 2d) Wvo, art. 40 lid 5 (met uitzondering in lid 6) Wec. Geschillen hierover kunnen aan de Geschillencommissie Passend Onderwijs die hiervoor in het leven is geroepen worden voorgelegd. Zie 'Themabrief Toelating van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte', Onderwijsgeschillen februari 2017; Sperling & Wigger 2016, p. 4-11.

24 Zie voor genoemde voorbeelden en mogelijke andere omstandigheden Huisman & Zoontjens 2009, p. 32; Huisman & Noorlander 2009, p. 113; Paijmans 2013, p. 50; Huisman (red.) 2017, p. 120 en 111. Zie art. 65 Wpo dat voor openbare scholen de mogelijkheid tot een schoolwijkenbeleid biedt.

25 Huisman & Mentink 2009, par. 3.1.3, p. 90-91; Huisman (red.) 2017, p. 120, 121.

26 Zie hierover nader p. 12-15 van Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013.

27 Huisman & Mentink 2009, p. 91; Paijmans 2013, p. 50.

aan te bieden.[28] Deze algemene beschikbaarheid wordt ook wel de garantiefunctie van het openbaar onderwijs genoemd.[29] De algemene toegankelijkheid en algemene beschikbaarheid van het openbaar onderwijs tezamen brengen mee dat een leerling die voldoet aan de wettelijke voorwaarden in beginsel tot de openbare school moet worden toegelaten.[30] In beginsel want er kunnen zwaarwegende omstandigheden zijn die mogelijkheid tot weigering geven, te denken valt aan de in de alinea hiervoor gegeven voorbeelden; er rust dan ook geen absolute plicht tot toelating op een openbare school.[31]

Een *bijzondere* school heeft ten opzichte van een openbare school meer ruimte om te selecteren en kinderen toelating te weigeren. De mogelijkheid berust op de vrijheid van inrichting en richting die bijzondere scholen genieten.[32] Zo kan de (pedagogisch-organisatorische) inrichtingsvrijheid meebrengen dat het kind op grond van zoals hiervoor genoemd bijvoorbeeld ruimtelijke overwegingen niet wordt toegelaten. Ook kunnen er eisen worden gesteld aan geschiktheid van leerlingen en bijvoorbeeld het minimumniveau waaraan leerlingen in het voortgezet onderwijs moeten voldoen. Anders dan in het openbaar onderwijs kunnen bijzondere scholen leerlingen daarnaast weigeren op religieuze gronden. De vrijheid van richting brengt namelijk mee dat bijzondere scholen van ouders kunnen vragen dat zij de richting of grondslag van de school onderschrijven. Doen ouders dit niet dan kan het kind worden geweigerd omdat zij een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging hebben die niet overeenstemt met die van de school.[33] Het *Maimonides*-arrest van de Hoge Raad – waaruit volgt dat een bijzondere school behoudens bijzondere omstandigheden een leerling op door de school gehanteerde religieuze toelatingsnormen de toegang kan weigeren – heeft hier te gelden.[34] Wel moet sprake zijn van een consistent aan de richting van de school ontleend toelatingsbeleid. De selectie mag voorts niet tot een ongerechtvaardigd ongelijke

28 Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2005/06, 30 417, nr. 3, p. (2 en) 3 (MvT): 'Indien een gemeente openbare en pc-basisscholen telt, die allemaal zeggen <vol> te zijn, dan is een verschil tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs dat uiteindelijk uitbreiding van het openbaar onderwijs moet worden gerealiseerd en kan worden afgedwongen op basis van de grondwettelijke zorgplicht om te voorzien in voldoende openbaar onderwijs.'

29 Huisman & Mentink 2009, p. 93.

30 Zijn er in een gemeente meerdere openbare scholen aanwezig dan heeft een kind geen recht op toelating tot elk van deze scholen, maar het zal wel moeten worden toegelaten tot een school in de gemeente. Zie Huisman & Mentink 2009, p. 91.

31 Huisman & Mentink 2009, p. 94.

32 Dit zijn twee van de drie onderdelen van de vrijheid van onderwijs, de derde is de vrijheid van oprichting/stichting.

33 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 13.

34 HR 21 januari 1988, *NJ* 1988/891 (*Maimonides).*

behandeling of tot discriminatie leiden.[35] Ook de Awgb en met name artikel 7 lid 2 stelt grenzen aan de mogelijkheid leerlingen te weigeren.[36]

De mogelijkheid tot weigering ofwel de selectievrijheid berustend op vrijheid van richting is dus niet onbegrensd. Daarnaast kunnen de artikelen 58 Wpo en 48 Wvo aan weigering op grond van godsdienst of levensbeschouwing in de weg staan: indien binnen een redelijke afstand van de woning van de leerling geen gelegenheid bestaat tot het volgen van openbaar onderwijs, mag de toelating tot de school niet geweigerd worden op grond van godsdienstige gezindheid of levensbeschouwing.

In 2005 is er een wetsvoorstel ingediend dat de positie van ouders in de vrije schoolkeuze wil versterken door een acceptatie- of toelatingsrecht in het leven te roepen zodra de ouders de levensbeschouwelijke grondslag van een school respecteren (dus niet is vereist dat zij de grondslag onderschrijven).[37] Dit brengt vervolgens een toelatings- of acceptatieplicht mee voor alle scholen, zowel in het bijzonder als openbaar onderwijs. Het voorstel is na meer dan een decennium nog steeds aanhangig maar niet aangenomen, dus vooralsnog geldt er een onderscheid tussen algemeen en bijzonder onderwijs dat kan worden getypeerd als 'in beginsel algemene toegankelijkheid' respectievelijk 'in beginsel beperkte toegankelijkheid'.

Kort samengevat brengt de Leerplichtwet mee dat kinderen verplicht naar school moeten. Wel zijn ouders en kinderen vrij in hun keuze ten aanzien van welk soort onderwijs zij willen volgen (openbaar of bijzonder) en bij welke school (bijvoorbeeld een met een specifieke pedagogisch didactische of levens-

---

35 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 13, die vervolgen met: 'Uit het Maimonidesarrest wordt wel afgeleid dat een weigering tot toelating door het bestuur van een bijzondere school wil zij gerechtvaardigd zijn, aan twee voorwaarden moet voldoen. In de eerste plaats moet de grond tot weigering overeenstemmen met de in de statuten (…) neergelegde doelstellingsbepaling. In de tweede plaats moet er ook een toelatingsbeleid zijn gevoerd dat consistent is met de geformuleerde doelstelling.'

36 Art. 7 lid 2 Awgb luidt sinds 2015: 'Het eerste lid, onderdeel c, laat onverlet dat een instelling van bijzonder onderwijs bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of geslacht, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van het onderwijs een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Onderscheid op grond van geslacht is slechts toegestaan, indien voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van leerlingen mag worden verlangd en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.'

37 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 417, nr. 2 (Voorstel van wet) en nr. 3 (MvT). In september 2014 is een brief aan de kamer gestuurd waarin wordt aangegeven door welke (nieuwe) personen het wetsvoorstel wordt verdedigd, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 30 417, nr. 10. In april 2017 is het voortstel controversieel verklaard. Er is aan de Kamer voorgesteld het wetsvoorstel van de lijst van controversiële onderwerpen te halen. De behandeling ligt nog stil. Dit is terug te vinden op de website van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Vgl. in het mbo art. 8.1.1c Web toelatingsrecht voor studenten.

beschouwelijke grondslag). Daar komt in het voortgezet onderwijs bij dat er keuze is ten aanzien van het niveau waarop een leerling, mits geschikt, onderwijs volgt. Een openbare school is in beginsel algemeen toegankelijk en algemeen beschikbaar. Indien een aangemelde leerling voldoet aan de wettelijke voorwaarden en er geen beletsel bestaat op grond van een gevoerd toelatingsbeleid dan heeft de school de plicht om het kind als leerling te accepteren en is de mogelijkheid om de leerling niet toe te laten beperkt. Een bijzondere school is binnen de lijnen van de wettelijke voorwaarden vrij in het maken van een selectie, maar hier zitten wel bepaalde grenzen aan.

Wat brengt deze deels beperkte vrijheid aan de kant van leerling en ouders enerzijds en scholen anderzijds mee wanneer in termen van contract wordt gesproken? En hoe past het model van aanbod en aanvaarding in het onderwijs: kunnen de aanmelding en toelating van een leerling worden gezien in termen van aanbod en aanvaarding? Vormt wilsovereenstemming de basis voor de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst?

2.4 WILSOVEREENSTEMMING, BEPERKTE CONTRACTSVRIJHEID EN PARTIJAUTONOMIE IN HET ONDERWIJS

Het uitgangspunt in acht genomen dat van een contract in het onderwijs sprake is, kan de plicht tot inschrijving uitmondend in een verzoek tot toelating en het al dan niet verplicht toelaten uitmondend in inschrijving worden gezien in termen van (beperkte) contractsvrijheid. De leerplicht kan worden gezien als contracteerplicht. Aan de zijde van de ouders en de leerling zal sprake zijn van contractdwang: het kind moet immers naar school. Ouders en kinderen zijn gehouden met een school te contracteren. De keuze met welke school (ofwel de vrijheid te beslissen met wie) er gecontracteerd wordt is echter niet beperkt.

Ook openbare scholen ervaren contractdwang, aangezien zij in vergaande mate gehouden zijn het kind toe te laten. De contractdwang brengt hier tevens een beperking in de keuze met wie te contracteren mee. Op openbare scholen rust in beginsel een (contracteerplicht in de zin van) acceptatieplicht wanneer er zich een leerling meldt die voldoet aan de wettelijke voorwaarden. Zij kunnen niet weigeren de overeenkomst aan te gaan. Anders is dit daar waar een openbare school de mogelijkheid heeft op basis van een toelatingsbeleid toelating te weigeren; deze acceptatieplicht is dus niet absoluut. En dus is er niet in iedere situatie sprake van contractdwang.

Bij een bijzondere school zal minder snel van contractdwang worden gesproken nu haar selectievrijheid en daarmee contractsvrijheid toekomt.[38]

38 Noorlander geeft in het kader van het bijzonder onderwijs aan dat een gebrek aan contractsvrijheid niet aan de orde is (en dat dit dus geen argument kan zijn tegen de onderwijsovereenkomst in het bijzonder onderwijs), Noorlander 2005, p. 276-277.

Onder omstandigheden kan echter ook op een bijzondere school een contracteerplicht rusten, bijvoorbeeld vanwege het zich voordoen van discriminatie in een specifiek geval. De contracteerplicht beperkt in een dergelijk geval niet alleen de keuze wel of niet een overeenkomst aan te gaan, maar houdt ook in dat de vrijheid van keuze met wie er wordt gecontracteerd, is beperkt. De bijzondere school zal immers moeten contracteren met degene die zij op discriminatoire gronden de toegang had geweigerd.

Kortom, zowel aan de zijde van de ouders als de school is de contractsvrijheid (soms) beperkt en kan er in die gevallen worden gesproken van contractdwang.

Ik sta bij deze beperkte contractsvrijheid stil aangezien er in de onderwijsrechtelijke literatuur geredeneerd lijkt te worden dat deze beperkte vrijheid meebrengt dat er geen wilsovereenstemming kan bestaan en dat dus van een overeenkomst geen sprake kan zijn. Snel en Postma menen dat, aangezien er aan de kant van de ouders en de leerling weinig ruimte is om de eigen 'wil' te bepalen en er voor een openbare school 'geen enkele ruimte wordt gelaten voor een op rechtsgevolg gerichte privaatrechtelijke wil', er in het openbaar onderwijs van 'wilsovereenstemming in de relatie tussen ouders en/of leerling en de gemeente geen sprake is'.[39] Zij menen kennelijk dat er een absolute toelatingsplicht op openbare scholen rust en concluderen:

> 'Waar de 'wil' van ten minste één van de daarbij betrokken partijen terzake van het aangaan, de duur en de tussentijdse beëindiging van een relatie volstrekt door het publiekrecht wordt beheerst, kan naar ons inzicht niet worden gesproken van een 'overeenkomst' in de zin van boek 6 BW, nu aan de meest essentiële bestaansvoorwaarde daarvoor niet is voldaan.'[40]

Ook Paijmans merkt zowel voor het openbaar als bijzonder onderwijs op dat deze 'wilsovereenstemming gezien de zeer beperkte contractsvrijheid van beide partijen in het onderwijsveld problematisch is'.[41]

De regering heeft daarentegen in het aannemen van wilsovereenstemming in het bijzonder onderwijs geen problemen gezien:

> 'Nadat door het bestuur van de rechtspersoon waarvan een bijzondere school uitgaat over de toelating van een leerling positief is beslist en de wettelijk vertegenwoordiger van de leerling deze heeft laten inschrijven c.q. de leerling zich heeft laten inschrijven, is er sprake van *wilsovereenstemming* en is naar het oordeel van

39 Snel & Postma 1999, p. 65 en 66. Zie ook: Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 107-108.
40 Snel & Postma 1999, p. 66.
41 Paijmans 2013, p. 46.

de ondergetekenden een overeenkomst (naar burgerlijk recht) tot stand gekomen.'[42] [cursivering: SV]

Voor het openbaar onderwijs laat de regering de kwalificatie van de rechtsverhouding, en daarmee de vraag of sprake is van wilsovereenstemming, open omdat niet geheel duidelijk is – in rechtspraak en literatuur – of sprake is van een overeenkomst of andere rechtsbetrekking.[43]

In navolging van Houben meen ik dat beperking van de contractsvrijheid of contractdwang niet in de weg staat aan de geldigheid van een overeenkomst en geen inbreuk maakt op het element van wilsovereenstemming.[44] Kijkend naar de totstandkoming van overeenkomsten en teruggrijpend op de artikelen 3:33 en 3:35 BW, kan wel degelijk een geldige rechtshandeling op grond van artikel 3:33 BW ontstaan. De wil en verklaring kunnen ondanks het feit dat de wil gestuurd wordt zeer wel overeenstemmen. Bijvoorbeeld omdat iemand ongeacht de dwang de wil ook had. Maar ook indien de wil voortkomt uit de dwang kunnen wil en verklaring overeenstemmen. Houben merkt in dit kader op dat 'de wil zoals die vereist wordt in artikel 3:33 BW niets anders betekent dan dat iemand een verklaring aflegt zoals hij die bedoelt'.[45] Er is geen sprake van discrepantie tussen wil en verklaring, het betreft geen geval van verschrijving of vergissing. De verklaring van degene die contractdwang ervaart, stemt wel overeen met zijn wil, ondanks het feit dat die wil gestuurd is of is ingegeven door gehoor te geven aan de dwang, zodat er van een geldig aanbod kan worden gesproken. Wordt het aanbod aanvaard, dan zullen ook bij de aanvaarding de wil en verklaring overeenstemmen, ondanks het feit dat de partij gedwongen wordt te aanvaarden. Beperkte contractsvrijheid staat aan het aannemen van wilsovereenstemming en derhalve aan het tot stand komen van een contract niet in de weg. Aan de regels uit de artikelen 6:217 en 3:33 BW kan aldus wel degelijk worden voldaan.

Ook in het onderwijs houdt de redenering dat daar waar de wil wordt opgelegd geen sprake kan zijn van wilsovereenstemming en dus niet van een onderwijsovereenkomst, mijns inziens geen stand.[46] Voor wat betreft de verhouding in het onderwijs kan worden volgehouden dat de wilsovereenstem-

42 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, 6, p. 53 (MvA). Vooruitlopend op de vraag naar wie er partij is: De regering werd de vraag gesteld of er sprake is van een overeenkomst tussen ouders en school, nadat een leerling is aangemeld en ingeschreven. Uit het geciteerde antwoord blijkt dat er niet expliciet wordt aangegeven wie er als partij is aan te merken.

43 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, 6, p. 53 (MvA).

44 Houben 2005, p. 219-222.

45 Houben 2005, p. 220. De wil is ook niet gebrekkig gevormd, er is dan ook geen sprake van wilsgebreken, zie hierover Houben 2005, p. 248.

46 Tjong Tjin Tai schrijft over de onderwijsovereenkomst en wilsovereenstemming: 'Er is wilsovereenstemming: een kind kan niet tegen diens wil althans de wil van de ouders worden ingeschreven, en kan ook niet tegen de wil van de school in onderwijs verkrijgen (behalve op grond van een rechterlijk vonnis)', zie Tjong Tjin Tai 2017, p. 556.

ming aanwezig kan zijn;[47] dat deze wil mogelijk gestuurd is omdat ouders en/of school verplicht zijn het contract aan te gaan doet aan de geldige totstandkoming via de artikelen 3:33 en 6:217 BW niet af. Ook in andere situaties waarin men verplicht wordt te contracteren komen er overeenkomsten tot stand.[48] Te denken valt aan de verplichte ziektekosten- of Wam-verzekering, deze plichten zijn – mutatis mutandis – te vergelijken met de leerplicht die het kind ondervindt. De contracteerplicht die zich uit in een acceptatieplicht van de school is te vergelijken met bijvoorbeeld de acceptatieplicht van de netbeheerder.[49] Dat een contracteerplicht in het onderwijs aan het aannemen van een onderwijsovereenkomst in de weg zou staan, zie ik dan ook niet in.[50]

Een andere vraag is of het uitgangspunt van contractsvrijheid dat in het verlengde ligt van partijautonomie niet te zeer in de knel komt wanneer de wil wordt opgelegd. Botst de contractdwang niet te zeer met het uitgangspunt van contractsvrijheid dat de mogelijkheid biedt tot zelfontplooiing? Op dit meer fundamentele niveau dat het zelfbeschikkingsrecht van burgers raakt, kan dus de vraag rijzen of een partij nog wel voldoende in staat is zelf zijn vrije wil te bepalen of dat deze vrijheid te zeer wordt beperkt.[51] De vraag ziet dan op de rechtvaardiging en de ratio van de contractdwang en dus de beperking van de contractsvrijheid.[52] Dit is een andere vraag dan de vraag of een overeenkomst onder invloed van beperkte contractsvrijheid geldig tot stand komt volgens de regels van artikel 6:217 BW. De contractsvrijheid is niet absoluut. De rechtvaardiging van de contractdwang aan de zijde van de ouders en kinderen kan worden gevonden in het maatschappelijk belang: voor een opgeleide samenleving is vereist dat kinderen naar school gaan. De waarborgfunctie die uitgaat van de algemene toegankelijkheid en beschikbaarheid van openbare scholen brengt op haar beurt een rechtvaardiging van het beperken

47 Ook Noorlander meent dat van wilsovereenstemming bij de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst sprake is en gaat vervolgens voor wat betreft het openbaar onderwijs in op de (beperking van de) contractsvrijheid, Noorlander 2005, p. 250.

48 Tjong Tjin Tai 2017, p. 556 merkt in dit kader op: 'Dat de aanleiding hiervan [van een onderwijsovereenkomst; SV] is gelegen in een wettelijke verplichting doet daar niet aan af: een autobezitter moet ook een verzekering afsluiten, maar het lijdt geen twijfel dat de relatie met de gekozen verzekeraar een overeenkomst is.'

49 Zie hierover Houben 2005, hoofdstuk 2.

50 Vgl. in het mbo art. 8.1.1c Web over het recht op toelating tot een basisberoeps-, vak-, middenkader- en specialistenopleiding (Stb. 2016, 362; Stb. 2017, 27). Dit toelatingsrecht is eveneens in termen van contractdwang te zien; een instelling is (onder omstandigheden) gehouden of verplicht de aspirant-leerling toe te laten en aldus een onderwijsovereenkomst te sluiten. Over het toelatingsrecht en de verhouding met de onderwijskundige inrichtingsvrijheid kritisch Lathouwers & Van Schoonhoven 2017, p. 98-119.

51 Zie hierover Houben 2005, p. 221.

52 Houben 2005 p. 221. Zie ook Noorlander 2005, p. 251.

van de mogelijkheid tot het weigeren van leerlingen mee.[53] In bepaalde omstandigheden wordt het ook gerechtvaardigd geacht om een bijzondere school te beperken in haar selectievrijheid.

Tot slot sta ik stil bij het model van aanbod en aanvaarding in het onderwijs: hoe kan in termen van aanbod en aanvaarding de aanmelding en toelating van een leerling eruit zien? Het antwoord op deze vraag is van belang om te bepalen wat het moment van het ontstaan van de overeenkomst is, omdat vanaf dat moment partijen gebonden zijn. In de context van het onderwijs zal in veel gevallen kunnen worden aangenomen dat een school een uitnodiging doet tot het doen van een aanbod. Zo brengt zij bijvoorbeeld via het schoolplan, de schoolgids en open dag haar onderwijskundige visie en aanbod onder de aandacht. De aanmelding van het kind, (mogelijk mede) gedaan door de ouders, kan als het aanbod worden gezien. De school kan de leerling vervolgens toelaten, om het kind daarna als leerling in te schrijven. In de toelating kan de aanvaarding worden herkend, deze toelating zal aan ouders door middel van een mededeling worden geuit. De inschrijving kan als formaliteit of als uitvoeringshandeling worden gezien.[54] Op het moment dat het aanbod door de school wordt aanvaard en deze aanvaarding werking heeft (krachtens artikel 3:37 lid 3 BW op het moment dat de verklaring de ander bereikt) zal van wilsovereenstemming kunnen worden gesproken en komt de onderwijsovereenkomst tot stand.

Soms vraagt de school te verklaren dat de ouders hun kind niet bij andere scholen hebben aangemeld en soms vraagt de school juist bij welke andere scholen het kind reeds is aangemeld. Ouders die voor hun kinderen meerdere aanmeldingsformulieren invullen op verschillende scholen, zouden meerdere keren gebonden kunnen raken wanneer meerdere scholen hun kind toelaten. Theoretisch gezien zou er sprake van wanprestatie kunnen zijn wanneer de overeenkomst slechts met één school wordt nagekomen. Maar praktisch gezien zal het zo'n vaart niet lopen. Ouders kunnen of beter gezegd zullen moeten melden – bijvoorbeeld door middel van een telefoontje – dat hun kind toch naar een andere school gaat alvorens de school overgaat of eventueel nadat de school is overgegaan tot inschrijving. Dit is nodig zodat de school weet

53 Zie Noorlanders visie m.b.t. de rechtvaardiging van contractdwang in het openbaar onderwijs, Noorlander 2005, p. 251: 'Deze rechtvaardiging wordt bij het openbaar onderwijs naar mijn oordeel onder meer geleverd door de levensbeschouwelijke neutraliteit van het openbaar onderwijs, de garantiefunctie van het openbaar onderwijs en door het gelijkheidsbeginsel. Het openbaar onderwijs is een algemeen beschikbare en algemeen toegankelijke basisvoorziening waartoe in beginsel iedere leerling dus ongeacht diens godsdienst of levensbeschouwing op basis van gelijkheid dient te worden toegelaten. Niemand dient te worden gedwongen om 'richting-onderwijs' te volgen.'

54 Vgl. Storimans 2009 die spreekt van een administratieve handeling, p. 58.

waar zij aan toe is. Te betogen valt dat zij een ruime mogelijkheid hebben de overeenkomst op te zeggen.[55]

2.5 Algemeen vermogensrechtelijk kader – in wiens naam: *pro se* of namens een ander?

Wie is partij bij een overeenkomst? Voor het antwoord op deze vraag dient ook teruggegrepen te worden op de regels uit de artikelen 3:33 (wil en verklaring) en 3:35 (gerechtvaardigd vertrouwen) BW.[56] Op grond hiervan zijn het in eerste instantie partijen zelf die uitmaken wie tot elkaar in een contractuele rechtsverhouding komen te staan. Hun wilsverklaringen zijn in beginsel doorslaggevend. Indien echter na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat de wil niet met de verklaringen overeenstemde, komt het aan op het gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokken 'partijen'.

Een klassieke casus waarin de vraag wie partij is bij de overeenkomst aan de orde kwam, betreft het arrest *Kribbebijter* uit 1977. Paardenverkoper Stolte meende niet aan commissionair Schiphoff, maar aan diens achterman Lörsch een paard te hebben verkocht. Het hof ging niet met Stolte mee: Schiphoff was als wederpartij opgetreden en had in eigen naam gehandeld. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand:

> '(…) het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden; dat een bevestigend antwoord op deze vraag, die van feitelijke aard is, niet wordt uitgesloten door de omstandigheid dat die ander wist dat degene met wie hij handelde, dit ten behoeve van een opdrachtgever deed'.[57]

---

55 Vgl. in dit kader Storimans over het einde van de inschrijving oftewel de uitschrijving en in het licht hiervan (het volgens Storimans op meerdere fronten problematische) art. 10 Lpw, Storimans 2009, par. 2.9, p. 78 e.v. Zie over opzegging hoofdstuk 5, m.n. par. 5.3.

56 Blei Weissman, GS Verbintenissenrecht, 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2018). Is voor een wederpartij niet kenbaar dat iemand in naam van een ander handelt en wekt die 'iemand' de schijn dat met hemzelf de overeenkomst is gesloten, dan kan de wederpartij met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen trachten degene die handelt als partij bij de overeenkomst aan te merken. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/151; Parl. Gesch. Boek 3, p. 256 bij titel 3.3 in het kader van volmacht: 'Bij de vraag of door een tussenpersoon al of niet in naam van de opdrachtgever is gehandeld, gaat het erom of die tussenpersoon al of niet in naam van de wederpartij als gevolmachtigde of als partij is opgetreden, iets wat moet worden beoordeeld aan de hand van wat zich tussen de tussenpersoon en de wederpartij heeft afgespeeld, derhalve aan de hand van de artikelen 3.2.2. en 3.' De art. 3.2.2 en 3 verwijzen naar de art. 3:33 en 3:35 BW.

57 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*). Dit criterium toont gelijkenis met de formule uit het arrest *Bunde/Erckens* HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, m.nt. G.J. Scholten ook wel het 'misverstand arrest' genoemd, dat een paar maanden voor

In het algemeen wordt wel als uitgangspunt genomen dat men ervan uit mag gaan te contracteren met degene met wie men zaken doet:

> 'Het is (…) een goede en ook in de praktijk levende stelregel dat men in beginsel degene met wie men tot zaken is gekomen als wederpartij mag beschouwen, tenzij duidelijk is dat deze niet zichzelf maar een ander heeft verbonden.'[58]

Sommige auteurs verdedigen de regel dat wie niet zichzelf wil verbinden maar een ander, duidelijk moet maken dat hij voor die ander handelt, of, anders gezegd, dat voor vertegenwoordigend handelen is vereist dat de handelende persoon zich als vertegenwoordiger voordoet.[59] In de paardenhandel kan het normaal zijn dat een commissionair niet in naam van de achterman handelt. Van een makelaar in onroerende zaken wordt aangenomen dat hij in de regel geen volmacht heeft om zijn achterman te binden.[60] Een zwangere

---

Kribbebijter door de Hoge Raad gewezen werd. Diverse schrijvers menen dan ook dat de partijvraag te beschouwen is als species van het genus misverstand, waarbij de partijvraag niet draait om de vraag óf er een overeenkomst tot stand is gekomen maar met wie. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/151; Blei Weissman GS Verbintenissenrecht, 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2018).

58 Parl. Gesch. Boek 3, p. 257 (NvW). Brunner merkt in zijn noot (sub 2) onder HR 16 april 1982, *NJ* 1983/309 (*Kemmeren/Hasfeld*) op dat de rechtbank en A-G Biegman-Hartogh van een dergelijke 'regel' uitgaan, aanknopend bij de passage uit de Nota van Wijziging. Brunner geeft aan dat deze 'regel' is ingegeven door de bestrijding van de leer van de bedekte vertegenwoordiging, waarin de wederpartij niet weet noch behoeft te weten met een tussenpersoon van doen te hebben. A-G ten Kate spreekt in zijn conclusie (sub 23 en 24) bij het arrest HR 13 januari 1989, *NJ* 1989/336 *(Polman/Gedo Weurt B.V.)* over de kenbaarheid van de vertegenwoordiging.

59 Van der Grinten en Kortmann gaan van een 'hoofdregel' uit dat de handelende persoon kenbaar voor de wederpartij als vertegenwoordiger moet hebben gehandeld, zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/75-76. Bloembergen en Van Schendel geven aan dat uitgangspunt *kan zijn* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie sub 2 noot van Bloembergen bij het arrest HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734 *(Baby Joost)* en Bloembergen & Van Schendel in Jac. Hijma e.a. 2016, nr. 91. Du Perron en Van Schaick zijn stelliger: in het kader van het *Kribbebijter*-criterium schrijft Du Perron dat uitgangspunt *is* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie Du Perron 1999, p. 40. Van Schaick stelt in het kader van handelen namens een achterman voorop: 'Volgens de hoofdregel van het vermogensrecht handelt men ten behoeve en voor rekening van zichzelf', zie Van Schaick 2011, p. 5.

60 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284, *NJ* 2010/664, m.nt. Jac Hijma (*Wiggers/Sneek*). Dit geval betrof de hoedanigheid van de makelaar. Niet in het geding was of hij partij werd bij een koopovereenkomst, maar centraal stond de vraag in welke hoedanigheid hij had gehandeld: als bode en derhalve louter als instrument (doorgeefluik voor andermans verklaring) of als gevolmachtigde. Dit is van belang met het oog op instaan voor de volmacht ex art. 3:70 BW. De Hoge Raad trekt het *Kribbebijter*-criterium door naar deze 'hoedanigheidsvraag' (zie noot Hijma sub 5). Andersom kan m.i. het in dit arrest gegeven 'gezichtspunt' doorgetrokken worden naar de 'partijvraag'. Dit arrest geeft weer dat tot de omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen eveneens behoren: de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden, r.o.

vrouw die medische bijstand zoekt, sluit – mede gelet op de aard van de overeenkomst en hetgeen ten aanzien van overeenkomsten als die in het geding is in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is – een overeenkomst voor zichzelf.[61]

Toch past hier voorzichtigheid. Uit de context kan immers anders voortvloeien. Vandaar dat uiteindelijk alle omstandigheden van een geval in ogenschouw moeten worden genomen, voordat kan worden bepaald wie partij wordt geacht te zijn.[62] Daarbij kunnen de volgende gezichtspunten een rol spelen: de inzichten en verwachtingen in de kring van personen waartoe de desbetreffende partijen behoren,[63] als ook maatschappelijke patronen en verwachtingen.[64]

Het *Kribbebijter*-criterium wordt gevolgd in het arrest *Baby Joost*, waarin de vraag aan de orde kwam wie partij zijn bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst als het gaat om de behandeling van een minderjarig kind.[65] Aangezien de betrokken 'partijen' in deze uitspraak – arts, kind, ouders – een zekere gelijkenis vertonen met de situatie in onderwijsverband – school, kind, ouders – zal bij deze uitspraak uitgebreid stil worden gestaan.

Joost – een baby van een paar maanden – werd ter behandeling van een liesbreuk opgenomen in het ziekenhuis. Als gevolg van fouten tijdens de operatie is Joost lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt geraakt. In een overeenkomst is met de aansprakelijke artsen de door Joost geleden schade afgewikkeld. Daarnaast is er vanwege ondeskundige bijstand van rechtshulpverlener de Consumentenbond vervolgens nog een bedrag aan schade uitgekeerd voor Joost. De ouders van Joost vorderden in de procedure echter

---

3.3.1. Hijma merkt hierover op dat deze twee factoren – nu zij in wezen slechts de vraag weergeven 'in welke hoedanigheid heeft de onderzochte persoon, gezien de context van het geval gehandeld?' – niet veel houvast opleveren.

61 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly)*, r.o. 4.12. De Hoge Raad past hier het *Kribbebijter*-criterium toe en overweegt vervolgens in het kort, dat in naam van Kelly zou kunnen zijn gehandeld aangezien het kind, wanneer het belang dit vordert, als geboren kan worden aangemerkt, maar bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel brengt de aard van de overeenkomst gesloten ter begeleiding van de zwangerschap in beginsel mee dat de aanstaande moeder deze uitsluitend voor zichzelf sluit. Met verwijzing vgl. HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost).*

62 Voor andere toepassingen van het *Kribbebijter*-criterium: HR 20 mei 1988, *NJ* 1988/781; HR 29 januari 1993, *NJ* 1994/172; HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/494; HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, *NJ* 2004/506; HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, *NJ* 2005/576.

63 HR 18 november 1983, *NJ* 1984/345 (*Shu/Lam)*, r.o. 3.2. Shu en Lam zijn beide Chinezen, in geschil was bij wie Shu in dienst trad. Dat gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd geen rol zouden mogen spelen bij de vraag wat zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden, gaf volgens de Hoge Raad blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

64 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, *(Baby Joost)* (concl. A-G Langemeijer) sub 2.7.

65 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost).*

materiële en immateriële schade die zij zélf – als contractspartij – hebben geleden. De ouders stelden zich op het standpunt dat zij niet alleen namens Joost de behandelingsovereenkomst hebben gesloten, maar tevens voor henzelf, in eigen naam. Zij gingen derhalve uit van een meerpartijenovereenkomst. De centrale vraag was dan ook of de ouders bij het sluiten van de behandelingsovereenkomst als wettelijke vertegenwoordiger in naam van het kind (*q.q.*) hebben gehandeld, dan wel mede in eigen naam (*pro se*).

De rechtbank ging met de ouders mee en nam aan dat zij naast Joost partij waren bij de behandelingsovereenkomst doordat zij ter voldoening aan hun eigen verplichting uit artikel 1:245 BW (thans 1:247 BW) er belang bij hadden dat de behandeling naar behoren werd uitgevoerd en doordat zij een zelfstandig belang hadden bij een gezond kind. De rechtbank voegde hier nog aan toe dat 'elke arts die een overeenkomst aangaat met de ouders van een zeer jeugdig kind, kan en moet begrijpen dat hij ook met de ouders *pro se* een overeenkomst aangaat'.[66] Het hof kwam tot een andere conclusie. Startpunt van zijn redenering was in de woorden van de Hoge Raad:

> 'dat dient te worden vastgesteld of in het licht van de algemene regels met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten, grond bestaat voor het oordeel dat de ouders pro se met W. c.s. hebben gecontracteerd. Daarbij gaat het Hof klaarblijkelijk (…) ervan uit dat het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden dan wel in naam van een derde – in welk geval deze derde wederpartij van evenbedoelde ander wordt – afhangt van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.'[67]

Aldus paste het hof in de context van de vraag of een ouder handelt voor zichzelf en/of namens zijn kind, het *Kribbebijter*-criterium toe. En terecht, volgens de Hoge Raad. Zo is er dus een overzichtelijk kader:

- de vraag wie partij is bij een overeenkomst speelt zich af in het licht van de algemene regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten; het kader van art. 3:33, 3:35 en 6:217 BW;
- daarbij komt het aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid.

Hoe paste het hof dit criterium toe? Het nam als uitgangspunt dat wettelijk vertegenwoordigers van een minderjarige die met hun kind bij de arts komen en een overeenkomst sluiten dit doen uit naam van de minderjarige, juist

66 Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJK* 1995, 35, r.o. 7.

67 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost),* r.o. 3.4.

omdat diens minderjarigheid – zeker bij een baby – er toe noopt dat zijn in het geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden.[68] Op de wettelijke vertegenwoordigers rust terzake bovendien een wettelijke zorgplicht, aldus het hof. Het hof vervolgt:

> 'In het licht van dit uitgangspunt bezien, is slechts sprake van een door de wettelijke vertegenwoordigers pro se met de arts gesloten overeenkomst, indien de arts – behalve de aan de ouders *q.q.* aangeboden prestatie tot behandeling van de minderjarige – tevens een (daarvan) te onderscheiden prestatie aan de wettelijk vertegenwoordigers pro se heeft aangeboden en deze is aanvaard, hetzij doordat een en ander met zoveel woorden door partijen is besproken, hetzij doordat dat aanbod en die aanvaarding overigens uit de omstandigheden van het geval moeten worden afgeleid.'[69]

Het hof lijkt dus kennelijk alleen ruimte te zien voor een eigen contractuele positie van de ouders, als partij in een meerpartijenovereenkomst, als deze iets voor zichzelf hebben bedongen, naast de geneeskundige behandeling van hun kind. Tegen deze overweging voeren de ouders van Joost in cassatie de volgende rechtsklacht:

> 'Het valt niet in te zien waarom ouders die een minderjarige ter behandeling aan een arts aanbieden en dienaangaande met de arts een overeenkomst sluiten, slechts pro se met de arts contracteren, indien de arts zich tegenover hen tot een van de behandeling van de minderjarige te onderscheiden prestatie hebben verbonden.'[70]

De Hoge Raad redt de beslissing van het hof door zijn beoordeling toe te spitsen op de vraag of de ouders zich überhaupt in de hoedanigheid van contractspartij *pro se* hebben aangediend en door uitdrukkelijk buiten beschouwing te laten wat dan precies ten behoeve van de ouders zou zijn of had kunnen worden bedongen – de behandeling van het kind en/of iets daarnaast:

> 'Het Hof is (…) niet uitgegaan van de veronderstelling dat ouders die hun minderjarig kind ter behandeling aan een arts aanbieden en dienaangaande met de arts een overeenkomst sluiten, geacht worden uitsluitend namens hun kind te handelen zolang niet blijkt dat óók een bijzondere prestatie ten behoeve van de ouders zelf is bedongen. *Het Hof is klaarblijkelijk wel – en terecht – ervan uitgegaan dat in een geval als het onderhavige – waarin partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden erover hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid*

68 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost),* r.o. 3.4. Zie ook Bloembergen in zijn noot sub 2; Bloembergen & Van Schendel in Jac. Hijma e.a. 2016, nr. 91.

69 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost),* r.o. 3.4.

70 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost),* cassatiemiddel 1c.

> *van wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden – de wederpartij(en) ervan mocht(en) uitgaan dat de ouders de overeenkomst, als wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, uitsluitend in naam van dat kind sloten*. Het Hof acht kennelijk onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die de conclusie (zouden) rechtvaardigen dat de ouders de medische behandelingsovereenkomst mede voor zichzelf zijn aangegaan.'[71] [cursivering: SV]

Daarmee geeft hij ondertussen wel een concretere invulling van het *Kribbebijter*-criterium: op het moment dat partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst niet over de 'hoedanigheid' van de ouders uit hebben gelaten, mag de wederpartij ervan uitgaan dat de ouders de overeenkomst namens hun kind sloten: dus alleen in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger en niet (mede) voor zichzelf.

De Hoge Raad ziet hierbij niet over het hoofd dat ouders een eigen belang hebben bij de correcte nakoming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst. De enkele aanwezigheid van zo'n belang is niet voldoende om de ouders tot partij bij de overeenkomst te maken, aldus de Hoge Raad.[72] Terecht, zeg ik advocaat-generaal Langemeijer na, omdat een ouder de hoedanigheid van contractpartij niet nodig heeft om zijn taak als ouder te vervullen.[73]

Annotator Bloembergen bestempelt de concretere invulling gegeven in het *Baby Joost*-arrest als een 'vuistregel'. Hij geeft in zijn noot het voorbeeld van de caissière in de supermarkt: die bindt in de regel de supermarkt en niet zichzelf. Doorgetrokken naar de ouder-kindrelatie merkt hij op:

> 'Zoals de eigenaar van een bedrijf feitelijk niet in staat is alle contracten zelf te sluiten en mensen in zijn bedrijf voor hem contracteren, zo is een kind wegens zijn handelingsonbekwaamheid niet in staat zelf een overeenkomst over de eigen

71 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost)*, r.o. 3.5.

72 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost)*, r.o. 3.5 slot. Lindenbergh brengt hiervoor nog een wetsystematisch argument aan: de ouders hebben in eerste instantie in de rol van derde een beroep gedaan op schadevergoeding, deze belangen werden niet beschermd. Het zou merkwaardig zijn wanneer het bestaan van het belang hen juist onder de bescherming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst zou brengen. Het is wel mogelijk dat via de partijwil dit belang alsnog beschermd wordt (contractuele route), maar dat vereist dan wel een expliciete regeling: het inlezen is vanuit wetsystematisch oogpunt ongepast, Lindenbergh 2000, p. 154.

73 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, *(Baby Joost)* (concl. A-G Langemeijer), sub 2.14 en 2.15. Langemeijer werkt het belang als volgt uit: het belang om te kunnen voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht en het belang bij een gezond kind. Zie ook Sluiter & Ten Hoopen 1996, p. 152 (p. 149-156). Zie tevens hierover Strens-Meulemeester 1996, p. 6.

> behandeling te sluiten en ligt het voor de hand dat de ouders die het kind ter behandeling aanbieden, namens hem optreden.'[74]

Bloembergen vindt de context van de winkel sprekender dan het enkel aanbieden van het kind ter behandeling. Hoewel het kan zijn dat ouders in twee hoedanigheden optreden, is dit volgens Bloembergen een ongebruikelijke situatie, die een wederpartij zonder bijzondere feiten of omstandigheden die in die richting wijzen niet behoeft te verwachten.[75] Volgens Bloembergen kan de 'vuistregel' doorgetrokken worden naar andere overeenkomsten die ouders sluiten voor hun kinderen: zo geldt deze volgens hem in ieder geval voor behandelingsovereenkomsten waarbij ouders hun minderjarig kind en zeker een zeer jeugdig kind ter behandeling aanbieden, maar waarschijnlijk ook bij andere overeenkomsten van opdracht: te denken valt aan de peuterspeelzaal, judo en zwemles.[76]

En in de context van een school?

2.6 HET *BABY JOOST*-CRITERIUM IN HET ONDERWIJS

Hoe kan in het onderwijs worden vastgesteld wie er – de ouders, dan wel het kind of beiden – partij is bij een onderwijsovereenkomst? Het *Baby Joost*-arrest geeft aanwijzingen. Niet alleen bevestigt het terug te grijpen op de algemene regels van het vermogensrecht (art. 3:33, 3:35 en het *Kribbebijter*-arrest), maar bovenal geeft het een bijzondere regel. Er is veel voor te zeggen deze bijzondere regel ook voor het onderwijs aan te nemen. Daarbij zal het neerkomen op het volgende: indien ouders zich bij het sluiten van de onderwijsovereenkomst niet over hun 'hoedanigheid' uit hebben gelaten, mag de wederpartij ervan uit gaan dat de ouders de overeenkomst namens hun kind sloten, dat zij alleen in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger hebben gehandeld en niet mede voor zichzelf. De overweging uit het *Baby Joost*-arrest dat het enkele belang dat ouders bij de geneeskundige behandeling van hun kind hebben op zichzelf onvoldoende is om hen partij bij de overeenkomst te achten, kan – mutatis mutandis – in het onderwijs gelding hebben. De argumenten hiervoor zijn één op één te ontlenen aan de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer voor *Baby Joost*, met dien verstande dat voor een 'gezond kind' moet worden gelezen 'goed onderwezen kind':

---

74 Bloembergen in zijn noot onder HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, (*Baby Joost),* sub 2.

75 Bloembergen in zijn noot onder HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, (*Baby Joost),* sub 2 en HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, *(Baby Joost)* (concl. A-G Langemeijer), sub 2.11.

76 Bloembergen in zijn noot onder HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, (*Baby Joost),* sub 2.

> '(i) Dat een vertegenwoordiger zelf belang heeft bij de overeenkomst, die hij als vertegenwoordiger namens een ander sluit, komt wel vaker voor, maar maakt de vertegenwoordiger nog geen partij bij de overeenkomst.
> (ii) Van vrijwel iedere overeenkomst die ouders in verband met de verzorging of opvoeding van hun kind sluiten kan wel worden gezegd dat de ouders daarmee tevens voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht jegens het kind (art. 1:247 BW); het voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht kan daarom bezwaarlijk worden gebruikt als onderscheidend criterium teneinde te achterhalen wie de materiële contractspartij is: het kind, de ouders, of beide.
> (iii) Om te voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht, resp. om tegemoet te komen aan het eigen belang van de ouders bij een gezond kind, is het niet nodig dat de ouders zélf als partij tot de overeenkomst toetreden. Aan de verzorgingsplicht wordt immers voldaan en aan hun eigen belang bij een gezond kind kan tegemoet worden gekomen doordat de ouders als wettelijk vertegenwoordigers de behandelingsovereenkomst sluiten.'[77]

Zo kan ook van de onderwijsovereenkomst worden gezegd dat om te voldoen aan de eigen verzorgings- of opvoedingsplicht (ex art. 1:247 BW) dan wel om tegemoet te komen aan het belang van de ouders bij een goed onderwezen kind, niet nodig is dat ouders zelf partij zijn bij de overeenkomst. Hetzelfde geldt voor het voldoen aan de verplichting de leerling op school in te schrijven (ex art. 2 Lpw). Zij kunnen aan deze opvoedingsplicht of verplichting tot inschrijving voldoen door te handelen als wettelijk vertegenwoordiger en zodoende namens hun kind de overeenkomst te sluiten.[78] Met als resultaat dat, nu een minderjarige leerling gezien zijn leeftijd de overeenkomst nu eenmaal niet zelf kan sluiten, de ouders in hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers voor en namens hem optreden. In ieder geval het kind wordt dan partij. Dit sluit mooi aan bij het uitgangspunt van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), dat benadrukt dat het kind zelf subject of drager is van rechten.[79]

In dit licht zou, zoals in *Baby Joost*, kunnen gelden dat wanneer partijen zich bij het sluiten van de onderwijsovereenkomst niet over de hoedanigheid hebben uitgelaten, de wederpartij ervan uit mag gaan dat de ouders de overeenkomst uitsluitend als wettelijke vertegenwoordigers in naam van hun kind sloten.

Maar zijn er in de context van het onderwijs omstandigheden die een ander uitgangspunt rechtvaardigen en die zouden kunnen meebrengen dat ouders en school er rekening mee mogen en moeten houden dat de ouders partij zijn?

---

77 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, *(Baby Joost)* (concl. A-G Langemeijer), sub 2.14, zie ook 2.15.

78 Anders Tjong Tjin Tai 2017, p. 557: Tjong Tjin Tai ziet in het bestaan van een eigen belang van ouders wel rechtvaardiging voor het *pro se* handelen van ouders en het partij zijn bij de onderwijsovereenkomst.

79 Vgl. art. 5 IVRK; Kamchedzera, 2012, bijv. p. 13,14; Blaak e.a. 2012.

Er zijn verschillende typen ouders: van zeer betrokken tot afzijdige ouders. De verwachtingen en inzichten omtrent de rol van de ouder in het schoolleven zullen dan ook vanzelfsprekend uiteenlopen.[80] Op het niveau van de politiek valt als 'maatschappelijk patroon' te ontwaren dat ouders betrokken dienen te zijn bij het schoolleven van hun kind. Er wordt zelfs gesproken over samenwerking en partnerschap tussen scholen en ouders.[81] Ouderbetrokkenheid, ouderparticipatie, educatief partnerschap en school-oudercontracten duikelen over elkaar heen.[82] Diverse rapporten zijn verschenen met als doel het stimuleren van samenwerking tussen ouders en scholen.[83] Hieraan zou, denkend aan de aard van de overeenkomst, nog kunnen worden toegevoegd dat de onderwijsverhouding in de regel zes tot acht jaren duurt en er sprake is van regelmatig contact en afstemming. Daarbij wordt wel eens het beeld geschetst dat scholen als het ware een deel van de verzorgings- en opvoedingstaak van de ouders (neergelegd in art. 1:247 lid 2 BW) feitelijk overnemen.[84] Dit alles zou de verwachtingen van ouders en school kunnen kleuren en wellicht tot gevolg kunnen hebben dat mag worden verondersteld dat ouders partij zijn bij de onderwijsovereenkomst.

Noodzakelijk is dit evenwel niet. Gelet op vele verschillende soorten betrokkenheid, die ook nog eens in de schoolcarrière van een kind kunnen wisselen in intensiteit, meen ik dat er aanleiding is de regel uit *Baby Joost* ook in het onderwijs te hanteren: wanneer ouders zich bij het aangaan van de onderwijsovereenkomst niet met zoveel woorden hebben uitgelaten of de ouders *pro se* dan wel *qualitate qua,* dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden, zou de school er dan ook van uit mogen gaan dat de ouders als

80 Vgl. 'Ouders als partners', Onderwijsraad 2010, p. 53. Wellicht ten overvloede: het gaat niet om de rol die een ouder op het niveau van medezeggenschap kan hebben.

81 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 400-VIII, 162; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 750-VIII, 9 brief staatssecretaris van OCW betreffende 'SCP-rapport Samen scholen'; Herweijer & Vogels 2013, 'Samen scholen. Ouders en scholen over samenwerking in basisonderwijs, voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs'. De begrippen worden op diverse manieren ingevuld: 'Ouders als partners', Onderwijsraad 2010, p. 11 en Verbeek, De Vrije & Heldoorn 2011, 'Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder', p. 7-9; De Vries 2010, Handboek ouders in de school; De Vries 2013, Ouderbetrokkenheid 3.0. Van informeren naar samenwerken.

82 Verbeek, De Vrije & Heldoorn 2011, 'Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder'. Het school-oudercontract of in andere woorden de school-ouderovereenkomst wordt door het CPS Onderwijsontwikkeling en advies gezien als een middel om aan ouderbetrokkenheid te werken, door wederzijdse verwachtingen te expliciteren. De overeenkomst lijkt niet in rechte afdwingbaar te zijn, zie p. 29, 32, 37. In Engeland wordt gebruik gemaakt van een Home-school Agreement en in Vlaanderen van een engagementverklaring, zie p. 21-25.

83 Bijv.: Herweijer & Vogels 2004, Ouders over opvoeding en onderwijs; 'Ouders als partners', Onderwijsraad 2010; Verbeek, De Vrije & Heldoorn 2011, 'Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder'; Smit e.a. 2012, Beter presteren in Rotterdam. School en ouders samen.

84 Vgl. In loco parentis-doctrine, Paijmans 2013, par. 4.6, p. 111 e.v.; Sperling 2009, p. 58.

wettelijk vertegenwoordiger (derhalve *q.q.*) optraden. Aldus wordt alleen het kind partij bij de onderwijsovereenkomst, wanneer er niet anders wordt afgesproken. Op het moment dat ouders en scholen inderdaad beogen dat ouders partij zijn, doen zij er goed aan dit expliciet af te spreken.

Ook in internationaal verdragsrecht is er aandacht voor ouders. Zo luidt de tweede volzin van art. 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM, zoals vastgesteld in 1952: '*In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions*.' Staten zijn verplicht de religieuze en filosofische overtuigingen te respecteren of anders gezegd ouders hebben recht op respect voor hun religieuze of filosofische overtuigingen. De positie van ouders mag dan ook niet worden veronachtzaamd. Indirect erkent het artikel het fundamentele recht van ouders op onderwijs conform hun eigen overtuigingen.[85] Hiermee is evenwel niet gezegd dat ouders ook een zelfstandige contractenrechtelijke positie moet toekomen. Aan het recht op onderwijs overeenkomstig eigen overtuigingen en opvattingen van ouders kan ook jegens de ouders worden voldaan in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger. Een ouder heeft de hoedanigheid van contractspartij dan ook niet nodig om zijn recht op onderwijs conform eigen overtuigingen te realiseren. De rechten en bevoegdheden van de ouders zijn overigens niet statisch. Uit artikel 5 IVRK, vastgesteld in 1989, volgt dat de rechten van ouders om het kind te leiden en begeleiden bij de uitoefening van bijvoorbeeld het recht op een bepaalde vorm van onderwijs verenigbaar moet zijn met de zich ontwikkelende vermogens van het kind. Het leerstuk van de vertegenwoordiging stelt ouders in staat de onderwijsovereenkomst te sluiten, in naam van het steeds zelfstandiger handelend kind.

2.7 VISIES IN DE LITERATUUR OMTRENT PARTIJEN BIJ ONDERWIJSOVEREENKOMST

Verschillende auteurs hebben de verhouding tussen school, ouders en kind als overeenkomst aangemerkt, in het bijzonder Noorlander en Sperling. Noorlander kwalificeert de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag, leerling en ouders in het bijzonder onderwijs en in het openbaar onderwijs als een civielrechtelijke respectievelijk publiekrechtelijke overeenkomst.[86] In beide gevallen neemt Noorlander aan dat op het moment dat ouders hun minderjarige handelingsonbekwame kind op een school inschrijven zij als wettelijk vertegenwoordiger namens het kind handelen waardoor het kind partij is bij de overeenkomst:

85 Vgl. Coomans 1992, p. 179.

86 Noorlander 2005, hoofdstuk 10. Zie voor zijn precisering van de contractspartij aan de kant van de school, p. 285.

> '(…) de minderjarige leerling [wordt] op het moment van toelating volgend op de inschrijving partij bij de hieruit resulterende (…) onderwijsovereenkomst en niet diens ouders of de voogd. De ouders/voogd treden namelijk op als vertegenwoordiger van de handelingsonbekwame minderjarige.'[87]

Concluderend merkt Noorlander echter op dat de rechtsverhouding tussen bevoegd gezag, leerling *en ouders* als overeenkomst kan worden gekwalificeerd.[88] Gezien de hieraan voorafgaande precisering van de contractspartijen door Noorlander ga ik er echter vanuit dat hij de ouders niet voor zichzelf partij bij de overeenkomst acht.

De belangrijkste elementen van de overeenkomst zijn volgens Noorlander dat de school zich verbindt om de leerling deel te laten nemen aan het onderwijs en de toetsen, kwalitatief behoorlijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te treffen ter waarborging van de veiligheid van de leerling. De leerling verbindt zich in Noorlanders optiek 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.[89] Wanneer een van de partijen tekortschiet in de nakoming van diens verplichtingen kunnen zij een actie tot schadevergoeding (art. 6:74 BW) en/of ontbinding (art. 6:265 BW) instellen.[90]

Ook voor de ouders ontstaan er volgens Noorlander rechten en verplichtingen op het moment dat de leerling is ingeschreven en naar school gaat.[91] Hij noemt als belangrijkste rechten het recht op participatie in schoolaangelegenheden en het recht op informatie over het kind. De verplichting om relevante informatie over het kind aan het bevoegd gezag te verstrekken en om zich binnen de school behoorlijk te gedragen, merkt hij aan als belangrijkste verplichtingen. Deze rechten en verplichtingen lijkt Noorlander niet terug te voeren op een overeenkomst, maar ze lijken onder meer te worden gebaseerd op het ouderlijk gezag (art. 1:245 en 1:247 BW), de Wet op het primair onderwijs (bijvoorbeeld de art. 11, 12, 13, 44 Wpo) en de Wet op het voortgezet onderwijs (bijvoorbeeld de art. 23b, 24, 24a Wvo). Noorlander meent dat gezien het rechtstreekse belang voor de ouders, deze bepalingen uit de sectorwetten ook

87 Noorlander 2005, p. 286. Volgens Noorlander dient uit art. 2 lid 1 Lpw afgeleid te worden dat de minderjarige leerling zich niet zelf met toestemming kan inschrijven maar dat diens ouders of voogd dat moeten doen, in zoverre ziet hij art. 2 lid 1 Lpw als een lex specialis ten opzichte van de handelingsonbekwaamheid ex art. 1:234 BW, zie p. 286.

88 Noorlander 2005, p. 296.

89 Noorlander 2005, p. 249, zie voorts hoofdstuk 9 waarin Noorlander de rechten en plichten in de relatie bevoegd gezag en leerling, en de rechten en plichten in de relatie bevoegd gezag en ouders verder uitwerkt.

90 Noorlander 2005, p. 293 en 294. De ontbindingsregeling is gezien de verwijderingsregeling waar de school zich aan moet houden slechts in beperkte mate relevant, volgens Noorlander. Daarnaast acht hij het voor de leerling meer voor de hand liggen om op te zeggen. Zie hierover nader par. 5.3 van mijn proefschrift.

91 Noorlander 2005, par. 9.4, m.n. par. 9.4.3.2.

ten opzichte van hen werken.[92] Wanneer de school de rechten van de ouders niet respecteert, kunnen zij naar de klachtencommissie of de rechter stappen.

Sperling construeert de overeenkomst als een overeenkomst met een derdenbeding, waardoor zowel het bevoegd gezag, de ouders en na toetreding de leerling gebonden worden. Volgens haar ligt aan de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en het bevoegd gezag een civielrechtelijke overeenkomst ten grondslag die gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van opdracht in de zin van Boek 7 BW.[93] Over de contractspartijen merkt zij het volgende op:

> 'De contractspartijen bij de onderwijsovereenkomst zijn het bevoegd gezag en de ouders. De ouders zijn, zowel op grond van hun positie en op grond van de verdragen, artikel 1:247 BW, artikel 2, lid 1, Lpw en het horizontale verantwoordingsbeleid, in hun eigen hoedanigheid contractspartij. Ouders delegeren immers een deel van hun opvoedkundige taken aan het bevoegd gezag. Het kind kan worden aangemerkt als 'derde' partij in de zin van artikel 6:253 BW, want de overeenkomst houdt een beding in om voor het kind een prestatie van het bevoegd gezag te vorderen. Als het kind de overeenkomst aanvaardt, wordt deze daarbij partij met een eigen vorderingsrecht. Deze aanvaarding geschiedt door de ouders in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van het kind. De aanvaarding is vormvrij en kan stilzwijgend geacht te zijn aanvaard doordat het kind op school verschijnt om aan het onderwijs deel te nemen.'[94]

Na aanvaarding van de overeenkomst zal het kind eveneens partij worden bij de onderwijsovereenkomst. Deze constructie resulteert derhalve volgens de artikelen 6:253 en 6:254 BW in een meerpartijenovereenkomst. Dit stempel geeft Sperling zelf de overeenkomst niet. De precieze uitwerking en consequenties ervan vult Sperling dan ook niet in. Het inhoudelijke karakter van de overeenkomst geeft zij echter wel weer. Uit de overeenkomst vloeit volgens Sperling voort dat de school zich tegenover de ouders verbindt tot het geven van onderwijs aan hun kind en dat het bevoegd gezag recht op loon krijgt, hetgeen bij het openbaar en gesubsidieerde onderwijs door de overheid wordt betaald.[95] De relevante sectorwetten (bijvoorbeeld de Wpo en de Wvo) geven verdere invulling aan de inhoud van de overeenkomst.[96]

---

92 Noorlander 2005, p. 223. Zie over de mogelijke (door)werking van bepalingen uit sectorwetten t.o.v. leerling en ouders nader m.n. par. 3.2.3.3, 3.2.6, 3.5.2 van mijn proefschrift.

93 Sperling 2009, p. 61.

94 Sperling 2009, p. 61.

95 Zie ook Stoop 1977, p. 457.

96 Sperling 2009, p. 62. Nu niet altijd duidelijk is of een bepaling uit deze wetten werkt ten opzichte van ouders en/of leerlingen, verdient het volgens Sperling aanbeveling om bepaalde rechten en verplichtingen expliciet in Boek 7 BW op te nemen. Zij noemt onderwerpen als informatieverstrekking, verwerking van persoonsgegevens, duur en opzegging van de overeenkomst en geeft aan dat de precieze invulling kan geschieden aan de hand van jurisprudentie en uitspraken van klachtencommissies. Daarnaast kunnen partijen specifieke verplichtingen op zich nemen, bijv. ten aanzien van speciale afspraken over de begeleiding

De constructie van Sperling lijkt in lijn te zijn met de opvatting van Tjong Tjin Tai. In het kader van opdracht ten behoeve van een derde geeft Tjong Tjin Tai weer dat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW) en de reisovereenkomst (art. 7:500 lid 1 sub c BW) uitdrukkelijk de mogelijkheid is gegeven, dat een overeenkomst van opdracht gesloten wordt mede of uitsluitend om het belang van een derde te treffen.[97] Opdrachtgever en patiënt hoeven bijvoorbeeld niet één persoon te zijn. Tjong Tjin Tai geeft aan dat ook bij gebreke van een wettelijke regeling een opdracht in het belang van een derde mogelijk is.[98] Hij geeft het voorbeeld van kinderopvang en onderwijsovereenkomsten, en vervolgt met:

> 'Jeugdige onderwijsontvangers zijn zelden partij bij de onderwijsovereenkomst. Gewoonlijk treedt de wettelijke vertegenwoordiger hier niet q.q. op, doch sluit de overeenkomst in eigen naam.'[99]

De derde kan een recht aan de overeenkomst van opdracht ontlenen indien er sprake is van een geldig derdenbeding en pas nadat dit door hem is aanvaard.[100]

Tjong Tjin Tai lijkt ofwel van een overeenkomst tussen de ouders en de school uit te gaan, dan wel van een overeenkomst met een derdenbeding ten behoeve van het minderjarige kind. In een recente bijdrage concludeert Tjong Tjin Tai 'dat het bij de onderwijsovereenkomst althans ten aanzien van het basisonderwijs zo [lijkt] te zijn dat de overeenkomst als tripartiet moet worden beschouwd en dus als een overeenkomst tussen school, kind en ouders'.[101] In deze bijdrage staat hij eveneens stil bij de arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost* en komt aan de hand van het door hem geschetste kader en de door hem gemaakte analyse tot de uitkomst dat de onderwijsovereenkomst tripartiet is.

De auteurs hebben gemeen dat zij in algemene zin betogen wie partij is of zou moeten zijn bij de onderwijsovereenkomst. Daarmee zien zij over het hoofd dat het antwoord op de vraag wie partij is van geval tot geval zal verschillen en per geval moet worden beantwoord: het komt er op aan hoe partijen elkaar over en weer hebben verstaan (*Kribbebijter*). Noorlander en Sperling lijken ook te missen dat de vermogensrechtelijke jurisprudentie handvatten biedt voor de veronderstelling dat ouders bij het sluiten van de

---

van een kind in handelingsplannen.

97 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91.

98 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91.

99 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91. In Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91 is de passage aangepast: 'Meestal zijn niet de kinderen doch de ouders partij bij de onderwijsovereenkomst. De ouders treden dan niet op in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun kind, doch sluiten in eigen naam de overeenkomst.'

100 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91.

101 Zie Tjong Tjin Tai 2017, p. 557.

overeenkomst namens hun kinderen optreden en dus niet in eigen naam (*Baby Joost*).[102] Anderen vermijden de kwestie door te spreken over een overeenkomst tussen 'leerling-'slash'-ouders' en onderwijsinstelling.[103]

2.8 ONDERWIJSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE BETREFFENDE 'TOTSTANDKOMING' EN 'PARTIJEN'

In de civiele rechtspraak zijn weinig aanknopingspunten te vinden wat betreft aanbod en aanvaardingskwesties in het primair en voortgezet onderwijs. Wel zijn er bijvoorbeeld uitspraken te vinden over de vraag of een school een kind mag weigeren, maar deze jurisprudentie ziet niet op de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen. Een arrest waarin wel specifiek aandacht wordt besteed aan partijautonomie en contractsvrijheid is gewezen door het Hof Arnhem-Leeuwarden inzake de leerling die verplicht intern moest komen wonen tijdens zijn vmbo-opleiding tot matroos. In reactie op de grieven gericht tegen het bestaan van een onderwijsovereenkomst omdat partijautonomie en contractsvrijheid zouden ontbreken, overweegt het Hof dat eisers miskennen dat de contractsvrijheid niet absoluut is. Dat de contractsvrijheid niet absoluut is staat volgens het hof aan het aannemen van een overeenkomst niet in de weg. Het hof wijst daarbij op de mogelijkheid dat personen op grond van publieke regelgeving verplicht worden te contracteren:

> 'Zo zijn deelnemers aan het maatschappelijk verkeer op grond van publieke regelgeving (in het algemeen belang) gehouden diverse overeenkomsten te sluiten, zoals ziektekostenverzekeringen, WAM-verzekeringen (bij deelname met een eigen auto aan het gemotoriseerd verkeer) en overeenkomsten met een uitvaartorganisatie bij het overlijden van een dierbare (om aldus te voldoen aan de verplichtingen op de Wet op de lijkverzorging). Niet alleen ten aanzien van de vraag of een overeenkomst moet worden gesloten zijn partijen niet altijd volledig vrij, ook ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst is geregeld geen sprake van volledige vrijheid. De onderhandelingsruimte wordt beperkt door regels van dwingend recht of door derden gemaakte afspraken waaraan de contractspartijen zijn gebonden (bijvoorbeeld bij een algemeen verbindend verklaarde CAO). Dat de contractsvrijheid niet absoluut is, staat er op zichzelf niet aan in de weg dat een rechtsbetrekking toch als een overeenkomst moet worden gekwalificeerd. (…)'[104]

Het verplicht moeten contracteren staat volgens het hof dus niet aan de kwalificatie van overeenkomst in de weg. De leerling had vanwege de op hem

102 Tjong Tjin Tai slaat wel acht op deze jurisprudentie en concludeert dat ook de ouders partij zijn bij een onderwijsovereenkomst.

103 Bijv. Huisman & Noorlander 2004, p. 153 over de rechtsverhouding binnen het bijzonder onderwijs.

104 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.6.

rustende leerplicht niet de keuze om in het geheel geen onderwijs te volgen, hij kon dus niet kiezen *of* hij een overeenkomst aan wilde gaan. Wel bestond er geruime keuze *met wie* te contracteren:

> '(…) [eiser3] had weliswaar niet de mogelijkheid om geen onderwijs te volgen, hij kon wel kiezen tussen verschillende vormen van vmbo-onderwijs (nautisch of juist niet), bijzonder of openbaar onderwijs en onderwijs aan een school in [A] of ergens anders wanneer de scholen in [A] niet bij zijn voorkeur aansloten. Binnen de door de onderwijswetgeving bepaalde kaders, hebben al deze scholen een eigen profiel. Het stond [eiser3], kortom, niet vrij om onderwijs te weigeren, maar wel om de aanbieder van onderwijs te kiezen. Die keuzemogelijkheid wordt ook geïllustreerd door de keuze die [eiser3] uiteindelijk heeft gemaakt/moeten maken voor een school in [J] in plaats voor een andere school in [A]. Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is gebleken dat [eiser3] en zijn ouders die keuze hebben gemaakt op basis van diverse argumenten en (deels zeer persoonlijke) voorkeuren.'[105]

Het hof overweegt tot slot met deze omstandigheden in gedachten en gegeven het feit dat de leerling verplicht was onderwijs 'af te nemen' dat er 'in voldoende mate sprake was van contractsvrijheid en daarmee in dit geval, gelet op de doelstelling van het volgen van onderwijs, zeker ook van partijautonomie'.[106] Met deze laatste zinsnede bedoelt het hof misschien dat onderwijs net als partijautonomie ook zelfontplooiing of vorming tot doel heeft en dat voldoende is dat een kind diverse keuzes ten aanzien van het te volgen onderwijs kan maken.

In deze uitspraak wordt de verplichting te contracteren en daarmee het bestaan van beperkte contractsvrijheid dus niet gezien als bezwaar tegen het kwalificeren als overeenkomst. Bovendien acht het hof dat ondanks het feit dat de vrijheid om de overeenkomst al dan niet aan te gaan is beperkt (aangezien de leerling verplicht is onderwijs te volgen) toch in voldoende mate van contractsvrijheid kan worden gesproken (gelet op de ruime keuze met wie hij wenst te contracteren).

Ten aanzien van de vraag wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst rijst de vraag: volgen civiele rechters het geschetste kader, dat voortvloeit uit de arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost*?

Het Hof Arnhem-Leeuwarden doet dit in het zojuist genoemde arrest inzake de internaatsverplichting inderdaad:

> 'Het hof merkt nog op dat partijen zich niet expliciet hebben uitgelaten over de vraag wie van de zijde van [eisers] partij is (zijn) bij de overeenkomst. Naar het oordeel van het hof heeft als uitgangspunt te gelden dat in een situatie waarin partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden uitspreken

105 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.6.
106 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.6.

> of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optreden, zij ervan mogen uitgaan dat de ouders de onderwijsovereenkomst uitsluitend in naam van hun kind sluiten. Feiten of omstandigheden dat in dit geval van dit uitgangspunt dient te worden afgeweken – bijvoorbeeld doordat op het aanmeldingsformulier is aangegeven dat de ouders zelf een overeenkomst aangaan, of doordat de ouders zelf verplichtingen op zich nemen – zijn gesteld noch gebleken, zodat het hof ervan uitgaat dat [eiser1] en [eiser2] de overeenkomst alleen in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van [eiser3] zijn aangegaan.'[107]

Het hof noemt het arrest *Baby Joost* niet expliciet bij naam, maar hanteert wel de bijzondere regel die hieruit voortvloeit en neemt deze tot uitgangspunt.

In de zaak over het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium genoemd in de inleiding maakte de rechtbank zich er evenwel niet druk over. Volgens haar was de school gehouden de moeder te informeren over haar zoon en haar te betrekken bij te maken keuzes. De toekomst van de zoon was en bleef allereerst de zorg van de moeder:

> 'De school heeft zich met succes gekweten van haar taak, maar is met alle goede bedoelingen te ver gegaan wat betreft het passeren van [de moeder].'[108]

De rechtbank wees vervolgens de verklaring voor recht toe op de contractuele grondslag:

> 'De rechtbank gaat uit van een overeenkomst tussen de school en [de moeder], dat wil zeggen een overeenkomst tussen de gezaghebbende ouder en een onderwijsinstelling, inhoudende dat laatstgenoemde onderwijs verschaft aan [de zoon].'[109]

---

107 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.11. Vgl. in het mbo: Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7955.

108 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.1. De betrokkenheid van ouders bij de voortgang van hun kind is van belang om de ouderlijke verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van het kind gestalte te kunnen geven, zo meent de rechtbank. De rechtbank verwijst naar art. 1:247 BW en art. 18 lid 1van het IVRK.

109 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.2.1. De inhoud van de overeenkomst wordt mede ingevuld door de wet (art. 6:248 lid 1 BW), waarbij in dit geval gebruik kan worden gemaakt van art. 23b Wvo, op grond waarvan de school over vorderingen van de zoon moet rapporteren aan degene met het ouderlijk gezag. Zie hierover par. 3.1, 3.2.3 en 3.2.6. Hoe zit het met betrekking tot het geven van toestemming voor het uitschrijven van de zoon? De rechter geeft aan dat de school bij het vinden van een oplossing de moeder wier instemming daarbij in goed overleg was vereist, onvoldoende heeft betrokken. Men kan zich afvragen waarop dit vereiste van instemming is gebaseerd. Vloeit het voort uit de overeenkomst zelf of wellicht uit de eisen van redelijkheid en billijkheid? Zie over uitleg van de overeenkomst en aanvulling hoofdstuk 3.

Hoe stelde de rechtbank vast dat de moeder partij was bij de overeenkomst met de school? De school had met betrekking tot het bestaan van een overeenkomst tussen de moeder en de school het volgende verweer gevoerd:

> 'Indien al kan worden aangenomen dat tussen [de moeder] en de school een onderwijsovereenkomst bestond, is er geen sprake geweest van een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de school.'[110]

Klaarblijkelijk heeft de rechtbank het voorwaardelijk karakter van deze zin niet opgevat als verweer tegen het bestaan van een contractuele rechtsverhouding, want de rechtbank ging zonder meer uit van een overeenkomst tussen de school en de moeder. Zo gezien behoefde de rechtbank niet te toetsen aan de criteria die volgen uit het *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-arrest.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat de civiele rechter het *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-criterium niet toepast. De reden hiervoor is nu eens dat hij, zoals in de Groningse zaak, zonder meer aanneemt dat de *ouders en school*[111] partij zijn, zij het dat in andere gevallen waarin de rechter een overeenkomst aanneemt veelal onduidelijk blijft tussen wie deze bestaat.[112] Dan weer is de reden simpelweg dat de civiele rechter zich noch voor het bijzonder noch voor het openbaar onderwijs over de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school uitlaat. De rechter laat de kwalificatie – al dan niet expliciet – in het midden.[113] Zodoende houdt de rechter in die gevallen de

---

110 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 4.

111 Hof Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990/43; Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437. Vgl. in het particulier onderwijs: Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746, r.o. 4.6.

112 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 4.6. De rechtbank stelt voorop dat tussen de betreffende 'school en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers)' een contractuele relatie bestaat. Onduidelijk is wat met het tussen haken plaatsen van de ouders is bedoeld (vgl. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.1 m.b.t. een particuliere school); Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, *NJF* 2006, 541; Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006 ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400; Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720; Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.3.

113 Vb. waarin het kwalificatievraagstuk expliciet in het midden wordt gelaten, hoewel verweer is gevoerd: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, *NJ* 2005/438, zie r.o. 17 en 27, vervolg: Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628. Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9909, r.o. 4.2 en 4.3.
Kwalificatie expliciet in het midden, zonder dat er verweer is gevoerd: Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, *JA* 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.2: 'Tussen partijen is niet in geschil dat tussen hen een onderwijsovereenkomst geldt. Voor de beoordeling (…) kan echter in het midden blijven van welke grondslag dient te worden uitgegaan (…). De rechtbank laat de kwalificatie dan ook in het midden'.
Kwalificatie expliciet in het midden, onduidelijk/niet genoemd of er verweer is gevoerd: Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam)*, r.o. 8, 'partijen hebben geen duidelijke keuze gemaakt'. Rb. Maastricht (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 17 februari 2010,

mogelijkheid van een overeenkomst open, als partijen zouden *leerling, ouders en school*[114] dan wel *leerling en school*[115] kunnen worden aangemerkt.

Ouders en leerlingen die schadevergoeding vragen, gaan vaak voor verschillende ankers liggen: wanprestatie (ex art. 6:74 BW; tekortkoming in de nakoming van de onderwijsovereenkomst) en onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW). In diverse uitspraken wordt zoals gezegd expliciet over de kwalificatievraag heen gestapt. Zo ook in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.[116] Eisers in deze procedure waren ouders en de tijdens de procedure meerderjarig geworden zoon (zo lijkt uit de uitspraak afgeleid te kunnen worden). Zij verweten de school nalatig te zijn geweest in het geven van adequaat onderwijs aan hun zoon en hem onterecht de kans ontnomen te hebben zijn havodiploma op de betreffende school te halen. Ze vorderden – tevergeefs – een verklaring voor recht dat de school tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en schadevergoeding nader op te maken bij staat. Nu de school in haar verweer geen onderscheid in de verschillende grondslagen maakte, aangezien volgens haar de reikwijdte van de zorgplicht in beide gevallen dezelfde is, heeft de rechter vervolgens de kwalificatie in het midden gelaten.[117] Als gevolg hiervan is er geen aandacht voor de vraag wie partij is bij de overeenkomst en komt de rechter dus aan de *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-criteria niet toe. Rechters blijven derhalve uit het vaarwater van deze arresten omdat zij

---

ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, *NJF* 2010/169, r.o. 5.3; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, *NJF* 2008/260, r.o. 4.1.
Kwalificatie in het midden, rechter heeft er een opmerking aan gewijd maar geen keuze gemaakt voor een grondslag: Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008: BF5417, r.o. 2.5 het hof constateert dat er geen op schrift gestelde overeenkomst bestaat.
Kwalificatie in het midden, zonder nadere opmerking en zonder keuze voor een grondslag: Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015; Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NLGHARN:2006:AY9107.

114 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2, 'Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen (eisers c.s.) en het CVO een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan (…)'. De eisers zijn de leerling en de ouders. Met vervolg: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.3: '(…) Die verplichting geldt ook, ongeacht of wordt aangenomen dat tussen CVO en [appellant sub 3] en/of zijn ouders een onderwijsovereenkomst bestaat of niet'. Derhalve houdt zowel de rechtbank als het hof open dat het een overeenkomst tussen *leerling, ouders en school* kan betreffen. Vgl. Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929 met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787.

115 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 tweede alinea: '(…) een tekortkoming (...) tegen [minderjarige]'. Zie ook het in de vorige voetnoot opgenomen citaat uit r.o. 4.3 waarin het Hof Arnhem-Leeuwarden spreekt van 'en/of'. De overeenkomst zou tussen *leerling en school* kunnen bestaan.

116 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2, uitgelicht in par. 1.3.

117 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.1, bekrachtiging in hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, zie hierover r.o. 4.3.

over de kwalificatie kwestie heenstappen – als anker wordt onrechtmatige daad gekozen – met als gevolg dat niet wordt (of behoeft te worden) stil gestaan bij de vraag wie er partij is.

In een uitspraak van een maand later, eveneens inzake de kwaliteit van het onderwijs, werd door ouders – zonder succes – schadevergoeding gevorderd van de door hen geleden schade wegens het tekortschieten door de school in de nakoming van de onderwijsovereenkomst met hun kind dan wel wegens onrechtmatig handelen.[118] Anders dan de uitspraak hiervoor, verweerde de school zich in deze zaak wél tegen het partij-zijn van de ouders. Zij stelde dat er geen overeenkomst met de ouders is gesloten, zodat geen wanprestatie jegens de ouders kan zijn gepleegd. Als er al onrechtmatig was gehandeld, is dit volgens de school enkel jegens het kind, met als gevolg dat de door de ouders (*pro se*) gevorderde schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam en zij niet ontvankelijk dienden te worden verklaard. Dit mede aangezien niet aannemelijk is gemaakt dat schade is geleden. De Rechtbank Midden-Nederland liet door gebruik te maken van dezelfde formulering als een maand eerder, wederom in het midden of er sprake is van een contractuele of delictuele verhouding met de ouders en het kind. De rechtbank voegde aan deze overweging nog wat toe. Zij overwoog namelijk vervolgens met betrekking tot de vraag of de ouders *pro se* schadevergoeding konden vorderen of dat zij niet-ontvankelijk moesten worden verklaard:

> 'Op [eisers c.s.] rust als ouders de verplichting hun minderjarige kind op te voeden en te verzorgen. Hieronder valt de keuze voor een bepaalde school en de verplichting de daaraan verbonden kosten te voldoen. Onder deze omstandigheden kan het CVO ten opzichte van [eisers c.s.] aansprakelijk zijn voor de schade die voorzienbaar het gevolg is van een tekortkoming of onrechtmatige daad van het CVO tegen [minderjarige].'[119]

Het lijkt erop dat de rechtbank de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders als afgeleide aansprakelijkheid ziet, namelijk afgeleid van de eventuele tekortkoming of onrechtmatige daad jegens het kind. Ondanks het opnemen van deze (vervolg)passage blijft duister wat nu precies de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders is.[120] Als dit al een contract zou zijn, dan heeft de rechter ondanks het verweer van de school tegen het partij-zijn van de ouders, geen aandacht besteed aan de 'partij-vraag'. Wellicht heeft de rechter zich de toets aan de *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-criteria willen besparen, omdat er uiteindelijk geen aanleiding was schadevergoeding toe te kennen.

---

118 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.

119 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 tweede alinea.

120 Vgl. Rb. Breda 11 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199, r.o. 3.6 en 3.7, t.a.v. beschermingsbereik van op school rustende verplichting jegens ouders en kind.

De arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost* blijven – nu rechters al dan niet uitdrukkelijk de kwalificatie kwestie in het midden laten, waardoor zij geen acht (behoeven te) slaan op de vraag wie er partij is, dan wel omdat het zijn van partij onbetwist is gelaten – in onderwijsuitspraken buiten beeld. Een welkome uitzondering vormt evenwel het genoemde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin de bijzondere regel uit het *Baby Joost*-arrest tot uitgangspunt wordt genomen.

2.9 AFRONDING

De aanmelding van een kind en toelating als leerling kunnen als rechtshandelingen worden gezien in termen van aanbod en aanvaarding. Het vermogensrechtelijke kader van de artikelen 6:217 en 3:33 (jo. 3:35) BW betreffende de totstandkoming van een overeenkomst kan worden gehanteerd in de context van het onderwijs. In veel gevallen kan worden aangenomen dat scholen een uitnodiging doen tot het doen van een aanbod. Ouders doen vervolgens desgewenst een aanbod door het kind aan te melden en de school kan of moet dit aanbod aanvaarden door het kind toe te laten. De beperkte contractsvrijheid die enerzijds ouders en kinderen ervaren omdat een kind verplicht is naar school te gaan en anderzijds scholen omdat zij slechts beperkt kinderen als leerlingen mogen weigeren, staat aan de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst niet in de weg. Een contracteerplicht doet aan het ontstaan van een contract niet af.

Ook voor het beantwoorden van de vraag wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs biedt het vermogensrecht een kader. Op grond van de algemene regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten (de artikelen 3:33 en 3:35 en 6:217 BW) komt het namelijk aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid (*Kribbebijter)*. Het antwoord op deze vraag is dan ook afhankelijk van de omstandigheden van het voorliggende geval. Voor zover partijen zich bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst in het geheel niet hebben uitgelaten over de hoedanigheid van de ouders (*pro se, q.q.*, of beide tegelijk) zou naar mijn mening ook in het onderwijs de door de Hoge Raad in het *Baby Joost*-arrest uitgezette lijn gevolgd dienen te worden. Dit heeft als resultaat dat de wederpartij er in zo'n geval van uit mag gaan dat ouders als wettelijk vertegenwoordigers in naam van hun kind handelen. Gevolg hiervan is dat het kind partij wordt en in beginsel niet mede de ouders. Het is natuurlijk heel goed mogelijk dat ouders en school beogen dat ouders wel partij zijn. Is dat het geval dan verdient het in het licht van bovenstaande aanbeveling dit expliciet af te spreken.

In breder perspectief past dit kader goed in de ontwikkeling die het kinderen jeugdrecht heeft doorgemaakt. Daarbij dient als uitgangspunt dat het kind zoveel als mogelijk een eigen – ook juridische – positie toekomt, jong of oud.

Vanzelfsprekend geldt dat hoe jonger het kind is, hoe groter de rol en verantwoordelijkheden van de ouder. Maar om het kind deel te laten nemen aan het onderwijs is het niet noodzakelijk ouders partij te maken bij de onderwijsovereenkomst, evenmin hoeft op voorhand naar de meerpartijenovereenkomst gegrepen te worden. Het leerstuk van de vertegenwoordiging stelt ouders in staat die overeenkomst te sluiten, in naam van het steeds zelfstandiger handelend kind.

3 Inhoud van een onderwijsovereenkomst

3.1 INLEIDING

Wanneer er wordt uitgegaan van een onderwijsovereenkomst rijst de vraag wat de inhoud daarvan is of, beter gezegd, hoe deze inhoud kan worden vastgesteld. Het Burgerlijk Wetboek bevat in artikel 6:248 een kader voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst. Hoe werkt dit kader en wat heeft het te betekenen voor het onderwijs? Dat is de vraag die in het eerste deel (par. 3.2) van dit hoofdstuk centraal staat. Ik ben niet op zoek naar het concreet vaststellen van 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst. Zoals zal blijken uit de beschrijving van het contractenrechtelijke kader is dit in algemene zin ook niet mogelijk. Wel geeft het kader de lijnen waarlangs de inhoud kan worden vastgesteld.

In het tweede deel (par. 3.3) van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de karakteristieken van een onderwijsovereenkomst. Na een inventarisatie van mogelijke hoofdverplichtingen en -rechten die uit een onderwijsovereenkomst voortvloeien, mede ten behoeve van toetsing van de werking van het contractenrecht zoals plaatsvindt in de volgende hoofdstukken, sta ik stil bij het rechtskarakter van deze rechten en verplichtingen. Zijn deze als afdwingbare verbintenissen aan te merken of is er sprake van slechts een gehoudenheid zich op een bepaalde manier te gedragen, zogenoemde Obliegenheiten? Voorts bespreek ik – hoewel deze afhankelijk zijn van de uitkomst van het kader in het voorliggende geval – overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst: kan deze als wederkerige overeenkomst worden aangemerkt? Vloeien hier resultaats- of inspanningsverplichtingen uit voort? Kan een onderwijsovereenkomst als duurovereenkomst worden beschouwd en/of als een overeenkomst van opdracht?

Vervolgens bespreek ik kort hoe bij afwezigheid van een overeenkomstenrechtelijk kader een buitencontractuele benadering van de rechtsverhouding eruit zou zien (par. 3.4).

Tot slot ga ik na of door de civiele rechter in de onderwijsrechtelijke jurisprudentie het kader omtrent het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst wordt gevolgd en of er in uitspraken aanknopingspunten te vinden zijn aangaande de overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst (par. 3.5).

Ik kom tot de conclusie dat het BW een contractenrechtelijk kader biedt dat toegepast kan worden in het onderwijs, waarin naast voldoende ruimte

voor de werking van onderwijswetgeving plek is voor tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen en aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid. Hoewel dit afhankelijk is van de precieze inhoud ervan kan een onderwijsovereenkomst mijns inziens in algemene zin worden aangemerkt als wederkerige duurovereenkomst (die geen overeenkomst van opdracht is) waaruit over en weer voor school en leerling verbintenissen voortvloeien (par. 3.6).

3.2 CONTRACTENRECHTELIJK KADER: VASTSTELLEN RECHTSGEVOLGEN OVEREENKOMST

3.2.1 Artikel 6:248 lid 1 BW

Voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst kent het vermogensrecht een kader dat zich in de kern bevindt in artikel 6:248 BW. Voorop staan de door partijen beoogde rechtsgevolgen. Daarnaast heeft de overeenkomst tevens die gevolgen die naar de aard van de overeenkomst voortvloeien uit de overige factoren, namelijk de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid. Zie lid 1 van artikel 6:248 BW dat luidt: 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien'.

Het artikel stelt voorop dat een overeenkomst de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft. Het beginsel van contractsvrijheid doet zich hier gelden. Partijen zijn vrij de inhoud van het contract te bepalen. De inhoud van wat partijen zijn overeengekomen ofwel van de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen, moet nader worden vastgesteld door de tussen partijen gemaakte afspraken, het overeengekomene, *uit te leggen*.[1] Zo wordt duidelijk welke rechten en verplichtingen op partijen rusten.[2] De wet zelf geeft geen handvatten voor de wijze van uitleg, de rechtspraak daarentegen wel. De Hoge Raad heeft in het *Haviltex*-arrest uit 1981 geoordeeld dat bij de uitleg van een schriftelijk contract niet kan worden volstaan met 'alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract', maar dat het aankomt op:

1 De betekenis van elke geuite wilsverklaring, of van alle gebruikte bewoordingen of afspraken dient te worden uitgelegd, niet alleen die van onduidelijke verklaringen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/370 met verwijzingen.

2 Hendrikx 2016, p. 156.

> '(…) de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'.[3]

Op de *Haviltex*-maatstaf zijn in de rechtspraak nadere nuanceringen aangebracht, voor zover in de context van het onderwijs relevant zal ik daar in de volgende paragraaf bij stilstaan.

Niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen bepalen de inhoud van een overeenkomst. Ook die rechtsgevolgen welke naar de aard van de overeenkomst, uit de *wet*, de *gewoonte* of de eisen van *redelijkheid en billijkheid* voortvloeien, maken onderdeel van de overeenkomst uit, zo volgt uit de tweede zinsnede van artikel 6:248 lid 1 BW. Partijen zullen niet 'alle' rechtsgevolgen kunnen of hoeven overeen te komen. Laten partijen iets ongeregeld, geeft uitleg van de overeenkomst geen duidelijkheid omtrent gemaakte afspraken of leidt uitleg bijvoorbeeld tot de constatering van een leemte in het contract, dan zal de overeenkomst kunnen worden aangevuld door middel van de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid, steeds in het licht van de aard van de overeenkomst.[4]

De rechtsgevolgen van een overeenkomst kunnen door het tweede lid beperkt worden. Lid 2 van artikel 6:248 BW brengt mee dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Zo ontstaat een drieluik van uitleg, aanvulling en beperking. Wat brengt toepassing van dit kader in de context van het onderwijs?

3.2.2 Door partijen overeengekomen rechtsgevolgen

3.2.2.1 Inleiding

Uit een onderwijsovereenkomst vloeien zowel voor de school als de leerling rechten en verplichtingen voort. Deze rechten en verplichtingen worden conform artikel 6:248 lid 1 BW allereerst gevormd door hetgeen zij zijn overeengekomen en hebben afgesproken: de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen. In beginsel kunnen partijen de inhoud dan ook zelf bepalen, met

---

3 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*), hoogstwaarschijnlijk geïnspireerd door de artikelen 3:33 en 3:35 BW, zie Drion 2016b, p. 1961. De *Haviltex*-maatstaf is nog steeds beslissend en ook van toepassing bij uitleg van overeenkomsten gesloten tussen commerciële partijen: zie HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3.

4 De aard van de overeenkomst is niet een bron op zich maar speelt een rol bij de vraag welke rechtsgevolgen uit wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid voortvloeien, Parl. Gesch. Boek 6, p. 919, 920 (TM).

als gevolg dat de overeenkomst per geval kan verschillen. De inhoud van wat partijen hebben afgesproken zal door uitleg moeten worden vastgesteld. In deze paragraaf zal ik stilstaan bij uitleg in het kader van een onderwijsovereenkomst. Hierbij komen de volgende vragen aan bod: welke uitlegmaatstaf geldt bij schriftelijke en mondelinge overeenkomsten (par. 3.2.2.2)? In hoeverre kan er rekening worden gehouden met maatschappelijke belangen en belangen van medeleerlingen (par. 3.2.2.3)? In hoeverre bestaat er in het onderwijs ruimte of aanleiding voor een meer objectieve benadering, bijvoorbeeld wanneer zou worden gewerkt met standaardcontracten (par. 3.2.2.4)? Kunnen de omstandigheden van het geval aanleiding geven tot een uitleg *contra proferentem* en in hoeverre kunnen latere ontwikkelingen in de relatie tussen leerling en school bij uitleg worden meegenomen (par. 3.2.2.5)?

3.2.2.2 Haviltex-maatstaf voorop

Welke uitlegmaatstaf geldt er bij schriftelijke en mondelinge overeenkomsten? In de huidige onderwijspraktijk wordt bij het aangaan van de rechtsverhouding tussen leerling en school en eventueel de ouders[5] niet zo zeer gesproken in termen van contract. Evenmin is het gebruikelijk een contract expliciet op schrift te stellen, zodat het een mondelinge overeenkomst kan betreffen.[6] Wel worden verschillende schriftelijke of digitale stukken verstrekt door de school aan de ouders en leerlingen, denk hierbij aan het schoolplan, de schoolgids, leerlingenstatuten, protocollen, reglementen e.d. Om vast te stellen wat de in een concreet geval door partijen beoogde rechtsgevolgen zijn, zal de onderwijsovereenkomst moeten worden uitgelegd. Gelet op de centrale rol die de *Haviltex*-maatstaf bij uitleg van overeenkomsten speelt, staat deze ook in het geval van een onderwijsovereenkomst voorop. Dit geldt ongeacht of er sprake is van een mondelinge of een schriftelijke onderwijsovereenkomst.[7]

Langs de lat van het *Haviltex*-arrest zal een onderwijsovereenkomst moeten worden uitgelegd conform de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen en de door hen gebezigde bewoordingen mochten toekennen en hetgeen partijen over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[8] De *Haviltex*-maatstaf en daarmee de uitleg van de overeenkomst is geënt op de (wils)vertrouwensleer uit artikel (3:33

5 Zie par. 2.5-2.7.
6 Vgl. Tjong Tjin Tai 2017, p. 556.
7 HR 4 september 2009, *NJ* 2009/397 (*Van Regteren/VGK*), r.o. 3.4.2.
8 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*); HR 4 september 2009, *NJ* 2009/397 (*Van Regteren/VGK*), r.o. 3.4.2.

en) 3:35 BW.[9] Zo is voor het vaststellen van de overeengekomen rechtsgevolgen het wederzijds gerechtvaardigde vertrouwen van groot belang.[10]

In beginsel dient op zoek te worden gegaan naar de gemeenschappelijke subjectieve partijbedoelingen van de leerling en de school.[11] De jonge leerling zal in het sluiten van de overeenkomst bijgestaan worden door zijn wettelijk vertegenwoordiger. Het vaststellen van de gemeenschappelijke partijbedoelingen is deels afhankelijk van de wijze van totstandkoming van een onderwijsovereenkomst, en daarmee ook afhankelijk van de concrete omstandigheden van het voorliggende geval.

Uitleg van het overeengekomene dient te geschieden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[12] Artikel 6:2 BW en, specifiek voor overeenkomsten, artikel 6:248 BW brengen mee dat de verhouding tussen partijen wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (waarover art. 3:12 BW). Partijen dienen zich in hun onderlinge verhouding dan ook conform deze eisen te gedragen. Bij uitleg krijgen de gerechtvaardigde persoonlijke belangen van de school en de leerling een plek en is er bijvoorbeeld ruimte rekening te houden met het beginsel van 'the best interests of the child' uit het IVRK (zie art. 3).

3.2.2.3 Subjectief, objectief, normatief

In hoeverre kan er bij de uitleg rekening worden gehouden met maatschappelijke belangen en met de belangen van medeleerlingen? De *Haviltex*-norm draagt een subjectief en een objectief element in zich: het draait om de verwachtingen van de betrokken partijen (subjectief), maar die zijn enkel relevant voor zover partijen die verwachtingen redelijkerwijs mochten hebben (objectief).[13] Nu er rekening zal worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zal ook de context van het onderwijs een plaats krijgen bij de uitleg. Hier valt

9 De artikelen 3:33 (wil en verklaring) en 3:35 (gerechtvaardigd vertrouwen) BW die bij de totstandkoming een plaats hebben, zijn ook van betekenis bij de uitleg van de geuite wilsverklaringen. Vgl. het arrest *Bunde/Erckens* (HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241 m.nt. G.J. Scholten). De vraag naar totstandkoming en uitleg van het overeengekomene liggen dicht tegen elkaar aan en bij de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen gaat de uitleg in principe in dit oordeel op: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/364; Valk 2016a, nr. 264. Zie ook Tjittes 2009, p. 7, 8; Valk 2016b, p. 16-18; Drion, 2016b, p. 1961; Parl. Gesch. Boek 6, p. 877.

10 Nieuwenhuis 2015, p. 60. Vgl. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*), r.o. 3.4.2.

11 In algemene zin over uitleg Schelhaas 2017, nr. 16.

12 Het dubbele gebruik van 'redelijkerwijs' in de *Haviltex*-formule zou hierop kunnen wijzen. Ook de overweging van de Hoge Raad in het hierna te bespreken *Pensioenfonds DSM/Fox* arrest wijst op de rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/362, 364; Hijma & Olthof 2017, nr. 492; Jansen 2012, p. 242, 244, 253; Nieuwenhuis 2015, p. 60 geven allen weer dat bij uitleg de eisen van redelijkheid en billijkheid een rol spelen.

13 Zie over het objectieve en subjectieve element in de *Haviltex*-maatstaf: Bakker 2011, p. 479.

bijvoorbeeld te denken aan het gegeven dat er meerdere leerlingen in een klas zitten en dat de verwachtingen van een individuele leerling mede worden bepaald of gekleurd door het feit dat de school ook rekening dient te houden met andere leerlingen. Het gaat immers om de *gerechtvaardigde* verwachtingen over en weer. De Onderwijsraad staat in een recent rapport stil bij de spanning tussen individuele wensen en maatschappelijke belangen. De Onderwijsraad benoemt dat in de besluitvorming over het 'centraal' stellen van de leerling de maatschappelijke gevolgen niet uit het oog moeten worden verloren.[14] Ook, of beter gezegd, juist binnen het kader van uitleg kan met maatschappelijke belangen goed rekening mee worden gehouden, vanwege de centrale rol die de gerechtvaardigde verwachtingen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in dit kader spelen. Bij de vraag wat door leerlingen en school redelijkerwijs op te vatten en te verwachten viel, kunnen subjectieve maar ook meer objectieve factoren meespelen, zoals de tekst van het contract indien deze voorhanden is of de bijbehorende geschriften, het type school, het onderwijsbeleid, gerichtheid op leerdoelen, wettelijke voorschriften, belangen van leerlingen en medeleerlingen.[15] Er zal echter nooit kunnen worden volstaan met een zuiver taalkundige uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst.

Nu ook bij uitleg van de overeenkomst de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol spelen, is het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen deels een normatieve zaak.[16] Wat mochten of behoorden partijen over en weer te verwachten? Voor de vraag wat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen zal rekening worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken, zo volgt uit artikel 3:12 BW.

---

14 Rapport 'De leerling centraal?', Onderwijsraad juli 2017.

15 Vgl. Schelhaas 2017, nr. 16.

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365. Volgens sommigen dient terughoudend gebruik te worden gemaakt van de redelijkheid en billijkheid in de uitlegfase. Valk omschrijft: 'wanneer de rechter meent dat hij niet in behoeft te gaan op het verloop van de onderhandelingen zoals die aan de contractssluiting zijn voorafgegaan, omdat hij vindt dat uit de (objectieve) norm van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook een bepaalde uitleg van de overeenkomst volgt is dat fout, omdat het voor de uitleg van de overeenkomst eerst en voor alles aankomt op hetgeen partijen (subjectief) in de gegeven omstandigheden mochten verwachten en daarvoor is het verloop van die onderhandelingen wel degelijk van belang', Valk 2016a, nr. 277; Valk 2009; instemmend Jansen 2012, p. 255. Volgens Valk wijst het dubbele gebruik van redelijkerwijs in de *Haviltex*-formule dan ook niet naar objectieve normen van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 3:12 BW maar naar de subjectieve goede trouw van artikel 3:11 BW, Valk 2009, p. 396; Valk 2016a, nr. 277; zo ook Tjittes 2009, p. 14. Anderen, zoals Schoordijk en Van Dunné rekken het begrip 'normatieve uitleg' zodanig op dat het vaststellen van de inhoud zich geheel afspeelt binnen de uitleg aan de hand van de ongeschreven normen van redelijkheid en billijkheid en er geen ruimte of rol is toebedeeld voor het drieluik uitleg, aanvulling en beperking. Zie voor literatuurverwijzingen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365. Deze visie is niet de heersende leer, reden waarom ik deze verder onbesproken laat.

3.2.2.4 Ruimte voor een meer objectieve benadering, maar Haviltex-norm blijft centraal vertrekpunt

Uitgaande van de huidige onderwijspraktijk zal een onderwijsovereenkomst meestal een mondelinge overeenkomst betreffen. Zoals benoemd is het in het door de overheid bekostigde onderwijs niet zo zeer gebruikelijk dat er op schrift gestelde overeenkomsten worden gesloten.

In de toekomst zou dit anders kunnen zijn. Stel dat er in het primair en voortgezet onderwijs gebruik zou worden gemaakt van standaard- of modelcontracten.[17] Deze zouden bijvoorbeeld door de PO- en de VO-Raad in overleg met de Onderwijsraad en het ministerie van OCW kunnen worden opgesteld, waarbij noch scholen, noch individuele leerlingen betrokken zijn. Scholen en leerlingen hebben in zoverre geen invloed op het contract. Gelet op de onderwijsvrijheid ligt dit overigens niet snel voor de hand. Eerder is denkbaar dat de standaard- of modelcontracten door de individuele scholen zelf worden ingericht, waarbij leerlingen weinig invloed zullen hebben op de inhoud ervan.

Zou er in dergelijke gevallen ruimte of aanleiding zijn voor een meer objectieve uitleg? Heeft het hanteren van standaardcontracten gevolgen voor de wijze van uitleg?

De Hoge Raad heeft de CAO-norm ontwikkeld waarbij voor de uitleg 'de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis is'.[18] Voor deze objectieve uitlegmethode is door de Hoge Raad reden gevonden daar waar bijvoorbeeld de uitleg van een CAO centraal staat: de individuele werknemers zijn bij de totstandkoming hiervan niet betrokken, ook de werkgever is dat wellicht niet.[19] Deze CAO-norm en de verhouding tot de *Haviltex*-maatstaf is nader genuanceerd en uitgebreid aan de orde gekomen in het arrest Pensioenfonds DSM/Fox uit 2004.[20] Het arrest geeft aan dat de CAO-norm (ook) wordt toegepast op andere geschriften waarin een overeenkomst of regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat deze invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst en zonder dat de onderliggende partijbedoelingen of overwegingen aangaande de formulering voor hen kenbaar is.[21]

---

17 Vgl. Huisman die o.a. spreekt over een 'COO' een Centrale Onderwijs Overeenkomst, Huisman 2006a, p. 42.

18 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.3 met verwijzingen. Zie over de CAO-norm Valk 2016b, p. 32 e.v.

19 HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173, m.nt. P.A. Stein te vinden onder *NJ* 1994/174 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiski*), r.o. 3.3, Werkgever en werknemer hebben geen kennis van de bedoeling van de opstellers van de CAO.

20 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*).

21 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.3.

Het arrest maakt duidelijk dat tussen de *Haviltex*-norm en de CAO-norm 'geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang bestaat'.[22] Ter verklaring hiervan merkt de Hoge Raad op dat aan de ene kant de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg leidt.[23] Wel is het zo dat het type gevallen waarop de CAO-norm ziet naar zijn aard meebrengt dat bij de uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Daarnaast geeft de Hoge Raad weer dat aan de andere kant ook binnen de *Haviltex*-maatstaf aan objectieve aanknopingspunten meer gewicht kan worden toegekend naarmate een partij minder bij de totstandkoming van het contract betrokken is.[24] Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de in het geschrift neergelegde overeenkomst 'naar haar aard meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen'.[25]

Zou er gebruik worden gemaakt van standaardcontracten in het primair en voortgezet onderwijs waarbij noch individuele leerlingen, noch scholen betrokken zouden zijn, dan zouden zij als grotere groep derden kunnen worden beschouwd waarvan de rechtspositie op uniforme wijze wordt beïnvloed, terwijl zij de bedoelingen van de opstellers niet kennen. Er kan dan reden zijn bij de uitleg van de onderwijsovereenkomst meer op te schuiven richting de uitleg conform de 'objectievere kant' van de *Haviltex*-maatstaf of naar de CAO-norm. Het lijkt mij echter, gelet op de scholen toekomende vrijheden, niet voor de hand liggen dat deze vorm van standaardcontracten daadwerkelijk zullen worden gebruikt.

Het Pensioenfonds DSM/Fox arrest benadrukt dat voor de uitleg van een schriftelijk contract alle omstandigheden van beslissende betekenis zijn, in het licht van hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.[26] Ook onderstreept het arrest dat zowel aan de CAO-norm als aan de *Haviltex*-norm ten grondslag ligt dat uitleg niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen van de overeenkomst. Wel kan de taalkundige betekenis die de gebruikte bewoordingen – gelezen in de context van het geschrift als geheel – in het maatschappelijk verkeer

22 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4.

23 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4 tweede deel: zo kunnen andere objectieve factoren als de elders in de CAO gebruikte formuleringen, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties zouden leiden, de schriftelijke toelichting bij de uitleg van bijv. de CAO en de naar objectieve maatstaven kenbare bedoeling van de partijen bij de CAO ook meespelen.

24 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4 eerste deel; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/372.

25 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4 eerste deel.

26 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.5.

normaal gesproken hebben in praktisch opzicht bij uitleg van groot belang zijn.[27]

In meer algemene zin zal men indien binnen de *Haviltex*-maatstaf bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, zoals bijvoorbeeld bij commerciële contracten, erop bedacht moeten blijven dat de overige omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht.[28] Volgens de Hoge Raad blijft immers beslissend de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[29] Dus zelfs bij commerciële contracten waarbij doorgaans zorgvuldig en grondig over de gekozen formuleringen is nagedacht, staat de *Haviltex*-maatstaf voorop.

De Hoge Raad is voorts terughoudend om de meer objectieve uitleg door te trekken naar overeenkomsten die gestandaardiseerd zijn of door algemene voorwaarden worden beheerst.[30] Ook in dergelijke gevallen stelt de Hoge Raad het *Haviltex*-arrest tot uitgangspunt. Maar nu bij de totstandkoming van algemene voorwaarden in ieder geval één van de partijen niet betrokken is geweest en de voorwaarden naar hun aard voorzienbaar bestemd zijn de rechtspositie van een grote groep derden te beïnvloeden, kan een uniforme uitleg wel van belang zijn.[31] Objectieve factoren kunnen worden meegenomen bij de uitleg van deze voorwaarden, denk aan een gangbare betekenis. Een grammaticale of taalkundige uitleg kan dus meespelen, maar staat niet op zichzelf. Zoals ook het *Haviltex*-arrest aangeeft, kan niet met een zuiver taalkundige uitleg worden volstaan. Zo zal niet te snel de geobjectiveerde maatstaf moeten worden gehanteerd; er moet worden voorkomen dat er geen acht meer wordt geslagen op hetgeen partijen zelf met de gebruikte bewoordingen hebben bedoeld.[32] De *Haviltex*-norm vormt nog steeds het centrale vertrekpunt.

Zouden individuele scholen, gelet op de hun toekomende vrijheden, zelf onderwijscontracten gaan inrichten, waar leerlingen of diens ouders bij het aangaan van de overeenkomst niet zo zeer een onderhandelingspositie hebben,

---

27 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.5 slot.

28 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3.

29 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3. Zie over de uitleg van commerciële contracten onder verwijzing naar meer jurisprudentie, Valk 2016b onder par. 2.3.3; Schelhaas 2016 onder par. 5.5.4. Over uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad: Drion 2016c.

30 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375; Schelhaas 2017, nr. 17; Tjittes 2009, p. 17, p. 20 e.v.

31 Schelhaas 2017, nr. 17

32 Zo staat in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375 weergegeven met verwijzing naar o.a. de arresten HR 30 november 2001, *JOR* 2002, 43, HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/258 m.nt. M.M. Mendel (*Pieterse/Nationale Nederlanden*) en HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/503 m.nt. C.E. du Perron (*Buter e.a./Besix, Buter en Tiethoff/Besix en De Vliert*).

dan kan wellicht een neiging naar een meer objectieve uitleg bestaan. Het schoolplan, de schoolgids, het schoolreglement en het leerlingenstatuut van een school geldt voor iedere leerling en deze worden zonder betrokkenheid van aanstaande ouders en leerlingen tot stand gebracht, zodat er voor een uniforme uitleg aanleiding is. Het komt bij uitleg van dergelijke stukken waarschijnlijk niet zo zeer aan op de gemeenschappelijke partijbedoelingen en dus zal eerder een grammaticale of taalkundige uitleg meespelen gericht op uniforme en collectieve toepassing van het schoolplan, de schoolgids, het schoolreglement en het leerlingenstatuut. Maar, zoals ook geldt bij de uitleg van gestandaardiseerde of door algemene voorwaarden beheerste overeenkomsten, zal voor de vraag naar de uitlegmethode niet te snel de betrokkenheid bij de totstandkoming van de voorwaarden beslissend zijn, nu er over de rest van de overeenkomst immers wel van gedachten kan worden gewisseld.[33] Ook pleegt de school bijvoorbeeld over schoolplan, schoolgids, reglementen en leerlingenstatuten overleg met de medezeggenschapsraad waarin ouders en leerlingen vertegenwoordigd zijn. De school heeft instemming van de medezeggenschapsraad dan wel het deel van de oudergeleding of leerlingengeleding nodig voor bijvoorbeeld het vaststellen of wijzigen van het schoolplan,[34] een schoolreglement,[35] de schoolgids, of een ouder- of leerlingenstatuut. De medezeggenschapsraad doet schriftelijk verslag van zijn werkzaamheden en bevordert naar vermogen openheid en onderling overleg in de school.[36] Bevat deze verslaggeving voor iedere leerling en diens ouders kenbare gegevens dan kan deze meespelen bij de uitleg en kan deze de verwachtingen over en weer kleuren.

De aspirant leerlingen en de ouders hebben dan wel (zelf nog) geen rol gehad in de vaststelling van schoolgidsen of andere reglementen, wel hebben zij informatie over de school gekregen via open dagen of bijvoorbeeld een kennismakingsgesprek dat partijen bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst kunnen voeren. Ook hieruit kunnen verwachtingen volgen die zich ervoor lenen via de *Haviltex*-maatstaf meegewogen te worden. Scholen en ouders zullen daarnaast voor leerlingen met een specifieke ondersteuningsbehoefte nadere afspraken maken. Zo wordt na overleg met de ouders in een ontwikkelingsperspectief bijvoorbeeld de wijze van begeleiding opgesteld. Hierbij worden ouders en leerlingen nader betrokken en kunnen over en weer verwachtingen worden gewekt. Ook dergelijke elementen zullen relevant zijn in het licht van de *Haviltex*-norm.

De *Haviltex*-maatstaf vormt, net als bij andere overeenkomsten,[37] bij de uitleg van een onderwijsovereenkomst het centrale uitgangspunt. Afhankelijk

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375.
34 Art. 10 lid 1 sub b Wms.
35 Art. 10 lid 1 sub c Wms.
36 Art. 7 lid 3 en 1 Wms.
37 Denk hier bijv. aan de huurovereenkomst en de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

van de onderwijsovereenkomst die of het type afspraak dat moet worden uitgelegd zal van een meer of minder objectieve uitleg gebruik worden gemaakt. Er is bijvoorbeeld een meer objectieve uniforme uitleg mogelijk bij uitleg van een voor iedere leerling geldende schoolgids, schoolreglement of leerlingenstatuut, terwijl er voor uitleg van individuele concrete afspraken bijvoorbeeld in het kader van ondersteuningsbehoefte eerder oog voor partijbedoelingen is. Alle omstandigheden van het geval blijven relevant, gewaardeerd naar hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen. Zo kan in het voorliggende geval voor het onderwijs een subtiele uitlegmaatstaf worden gebruikt, waarbij de flexibele eisen van redelijkheid en billijkheid ruimte bieden om rekening te houden met de context van het onderwijs en de mogelijk uiteenlopende belangen van de school en de leerling.

3.2.2.5 Contra proferentem en dynamische uitleg in het onderwijs

Kunnen de omstandigheden van het geval aanleiding geven tot een uitleg *contra proferentem* en in hoeverre kunnen latere ontwikkelingen in de relatie tussen leerling en school bij uitleg worden meegenomen?

Alle omstandigheden van het geval spelen een rol in de contextgebonden toetsing[38] en zijn relevant bij de vraag wat partijen redelijkerwijs mochten verwachten. De Hoge Raad geeft in het *Haviltex*-arrest als voorbeelden van relevante omstandigheden 'tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht'.[39] Te denken valt voorts aan de gezichtspunten omschreven in het *Bunde/Erckens*-arrest.[40] Een belangrijk gezichtspunt wordt gevormd door de uitleg *contra proferentem*. Deze houdt kort gezegd in dat een door een professionele partij eenzijdig aangedragen onduidelijk beding in het voordeel of ten gunste van de andere niet professionele partij wordt uitgelegd.[41] Ook in het onderwijs kan mijns

38 Jansen 2012, p. 243. Ook bij een meer objectieve uitleg zullen de omstandigheden van het geval relevant zijn, al ligt daar de nadruk op de objectief kenbare feiten en omstandigheden, zie Valk 2016b, p. 20.

39 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*). Ofwel 'de hoedanigheid van contractspartijen', bijv. professionaliteit. Ook is te denken aan gezichtspunten of omstandigheden in de zin van 'de wijze waarop uitvoering aan het contract is gegeven' en 'de aard van de overeenkomst'. Zie voorts Schelhaas 2017, nr. 16.2; Tjittes 2009.

40 HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241 m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*) aangaande de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen, waarmee vervolgens ook de inhoud van de (eventuele) overeenkomst vaststaat: de waarschijnlijkheid van een bepaalde uitleg, de bekendheid van partijen met de technische betekenis van een bepaalde term, de beschikbaarheid van deskundige bijstand aan de zijde van partijen en de verenigbaarheid van een bepaalde uitleg met het door partijen beoogde resultaat. Deze kortere omschrijving van de gezichtspunten dan in het arrest zelf ontleen ik aan Jansen 2012, p. 243.

41 HR 1 juli 1977, *NJ* 1978/125 (*Ram/Matser*) aangaande koop: 'dat het voorts bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen'. In art. 6:238 lid 2 BW is een *contra proferentem*-uitleg dwingend voorgeschreven t.a.v. algemene voorwaarden bij

inziens een rol weggelegd zijn voor deze uitleg *contra proferentem*, zodat in een dergelijk geval de voor de leerling gunstige uitleg zal moeten worden gevolgd en waar nodig de leerling kan worden beschermd. Hier is bijvoorbeeld vooral aanleiding toe indien schriftelijke bedingen eenzijdig door de school zijn opgesteld.

Ook de invalshoek van een '*dynamische uitleg*' kan een belangrijke kijk op uitleg in de context van het onderwijs opleveren. Valk heeft in zijn preadvies over uitleg van rechtshandelingen rechtspraak aangaande uitleg geanalyseerd en is gestuit op volgens hem een van de belangrijkste ontwikkelingen in het uitlegleerstuk, die hij introduceert met het begrip dynamische uitleg.[42] Het draait daarbij om de betekenis van hetgeen zich gedurende langere tijd heeft afgespeeld. Het peilmoment voor de uitleg is in het licht van dynamische uitleg volgens Valk dan ook niet slechts de totstandkoming waarbij voor de omstandigheden die zich daarna voordoen alleen een bijrol is weggelegd.[43] Hij geeft aan dat een overeenkomst stilzwijgend tot stand kan komen, maar ook stilzwijgend van inhoud kan veranderen op grond van de feitelijk tussen partijen bestaande situatie zoals zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld. Deze ontwikkeling vergt volgens Valk een voortschrijdende *Haviltex*-aanpak, waarbij de 'Haviltexmaatstaf niet eenmaal moet worden toegepast, maar op relevante volgende momenten steeds opnieuw'.[44]

Vooral bij duurverhoudingen kan dit volgens Valk van grote betekenis zijn nu de uitvoering van de overeenkomst over meerdere jaren is verspreid. Dit is bij een onderwijsovereenkomst het geval.[45] Het heeft tot gevolg dat 'de wijze waarop partijen zich in de uitvoeringsfase van een overeenkomst gedragen ertoe kan leiden dat die overeenkomst van inhoud wijzigt'.[46] De wijze van gedragen gedurende de looptijd van het contract en dus de manier waarop partijen feitelijke invulling aan het contract geven, kan invloed hebben op het gerechtvaardigde vertrouwen en daarmee op de inhoud van het contract. Voor het onderwijs brengt deze dynamische uitleg bij uitstek de mogelijk-

---

een consumentenovereenkomst.

42 Valk 2016b, p. 29. Hij bespreekt het arrest HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, *NJ* 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (*VDE c.s./Fuchs c.s.*) en andere zoals HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*), HR 31 oktober 2008, *NJ* 2009/486 (*Erdkamp c.s./DLO*) en HR 8 juni 2012, *NJ* 2012/364 waaruit hij deze dynamische uitleg afleidt. Ik laat deze arresten verder onbesproken.

43 Ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/363 lijkt met latere omstandigheden rekening te houden, zij het eerder in de vorm van een bijrol: '(…) het feit dat het bij uitleg gaat om het vaststellen van de betekenis van de partij-afspraak in het licht van de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, sluit uiteraard niet uit dat mede wordt gelet op zich later voordoende omstandigheden, voor zover die voor de uitleg relevant zijn; zo kan met name het gedrag van partijen bij de uitvoering van de overeenkomst aanwijzingen bieden omtrent de wijze waarop zij hun afspraak hebben opgevat c.q. omtrent hetgeen zij met hun afspraak hebben beoogd'.

44 Valk 2016b, p. 31.

45 Zie par. 3.3.6.

46 Valk 2016b, p. 31.

heid mee om rekening te houden met de ontwikkeling van het kind dat gedurende de schooltijd groeit en leert en de mate van betrokkenheid en inzet van de leerling die naargelang het ouder worden mogelijk intensiveert. De inhoud zal zich aan kunnen passen gedurende het schoolleven. Inherent aan de relatie in het onderwijs is het dynamische karakter ervan. Met de ontwikkeling van de leerling ontwikkelt het contract als het ware mee.

Ook zou de dynamische uitleg bijvoorbeeld aan kunnen sluiten bij het voor een nieuw jaar vaststellen van schoolgids, schoolreglement of het leerlingenstatuut. De medezeggenschapsraad heeft een instemmingsbevoegdheid onder andere wat betreft verandering van onderwijskundige doelstellingen, vaststelling of wijziging van de schoolgids, het leerlingenstatuut e.d. Bij een gewijzigde koers in de uitvoering kan ook de inhoud van het contract zich aanpassen, wijzigen.

Een ontwikkelingsperspectief voor een leerling die extra ondersteuning nodig heeft, kan gaande weg worden opgesteld (uiterlijk binnen 6 weken na inschrijving),[47] ook daarmee kan het contract een nadere wending krijgen. Het ontwikkelingsperspectief betreft onder andere de te bieden begeleiding en ondersteuning van een specifieke leerling; het kan nodig zijn om de zeilen naar gelang de ontwikkeling van het kind gedurende de looptijd van het contract bij te stellen. Wellicht kan deze bijstelling ook plaatsvinden door de wijze van begeleiding zelf gaande weg aan te passen aan de behoefte van het kind. De mogelijkheid de overeenkomst dynamisch uit te leggen geeft voldoende ruimte en flexibiliteit om met de bijzondere elementen in de relatie tussen leerling en school rekening te houden.

3.2.3 Aanvulling op grond van de wet

3.2.3.1 Inleiding

De regering heeft benoemd dat uit de rechtsbetrekking in het onderwijs 'voor beide partijen rechten en verplichtingen voortvloeien welke deels worden bepaald door de onderwijsregelgeving'.[48] Dit past naadloos in het kader van artikel 6:248 lid 1 BW: de overeenkomst heeft immers niet alleen de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen maar ook die naar de aard van de overeenkomst voortvloeien uit de wet. De vraag is evenwel *hoe*, nu de meeste regels uit de onderwijswetgeving zijn geschreven voor de (verticale) relatie tussen de overheid en de school en in beginsel niet voor de (horizontale) contractuele relatie tussen de school en de leerling. Daar zal ik in het navolgende op terug komen (zie hierover par. 3.2.3.3).

47 Art. 40a Wpo, art. 26 Wvo en art. 41a Wec.
48 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53.

Wetsbepalingen kennen twee vormen waarin zij invloed kunnen uitoefenen op een rechtsverhouding. Zo kunnen bepalingen van regelend recht of dwingend recht zijn. Regelend recht vult slechts aan wanneer partijen iets ongeregeld hebben gelaten. Dwingend recht vult in een dergelijk geval ook aan, maar een dwingende wetsbepaling gaat daarnaast verder omdat deze tevens de vrijheid van partijen beperkt om in een overeenkomst een afwijkende regeling te treffen. Na een korte uiteenzetting van de theorie met betrekking tot aanvulling op grond van de wet (par. 3.2.3.2) bekijk ik of de onderwijswetgeving aanvullend kan werken wanneer partijen in hun overeenkomst bepaalde onderwerpen ongeregeld laten (par. 3.2.3.3). Relevant is voor wie de onderwijswetgeving is geschreven en in hoeverre deze regelgeving werking kan hebben in de interne relatie tussen leerling en school. Nadat ik dit in kaart heb gebracht, ga ik na wat de theorie meebrengt als partijen in hun onderwijsovereenkomst een afwijkende regeling zijn overeengekomen (par. 3.2.3.4). Tot slot verken ik de vraag in hoeverre een onderwijsinstelling eigenlijk vrij kan zijn van de wet (par. 3.2.3.5).

Onderwijswetgeving kan op diverse manieren doorwerken in een onderwijsovereenkomst. Naast de in deze paragraaf te bespreken aanvulling op grond van de wet kunnen bepalingen uit de onderwijswetgeving ook via uitleg of via de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hun stempel drukken op een onderwijsovereenkomst. Deze mogelijkheden worden verderop in dit hoofdstuk besproken (zie par. 3.2.6).

3.2.3.2 Regelend of dwingend recht en aanvulling op grond van de wet

De wet kan de rechtsverhouding op twee manieren nader invullen: met behulp van regelend recht en dwingend recht.[49] Bepalingen van regelend recht zijn geschreven voor gevallen waarin partijen iets ongeregeld hebben gelaten, de wet vult dat wat partijen zijn overeengekomen aan met regelend of anders gezegd aanvullend recht. De wetgever vindt het niet nodig om rechtstreeks in te grijpen in het contract, maar volstaat met een aanvulling.

Daarnaast bestaan er bepalingen waar partijen niet van kunnen afwijken. Dwingend recht grijpt in dat geval in op de contractsvrijheid van partijen, bijvoorbeeld om de zwakkere partij te beschermen of in het belang van de

49 Over aanvullend en dwingend recht: Loth 2009. Zie over het gebruik van het begrip 'aanvullende bron van verbintenissen' in het licht van art. 6:248 BW, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/380, dit begrip kent een ruime en een beperkte betekenis: 'Een regel van dwingend recht is steeds aanvullend in de eerstgenoemde betekenis, [lees ruime zin, ongeacht of zij naast of in plaats van de door partijen in het leven geroepen rechtsgevolgen treden (SV)] omdat hij rechtsgevolgen voor partijen teweegbrengt ongeacht of zij zelf een voorziening in hun contract hebben opgenomen.' 'In de tweede meer beperkte betekenis wordt gedoeld op bronnen die hun werking slechts doen gevoelen indien partijen een bepaalde kwestie in hun overeenkomst ongeregeld hebben gelaten. Aanvullend in de tweede betekenis zijn wetsbepalingen van regelend recht (…).'

rechtsorde als geheel.[50] Komen partijen iets overeen dat strijdig is met of afwijkt van een dwingende wetsbepaling, dan verhindert die wetsbepaling (het dwingende recht) in ieder geval de geldigheid van de partijafspraak.

Overigens kan het zijn dat de dwingende regeling ook voorziet in een voor partijen geldende regel, hetzij in het geval dat het contract ter zake een leemte kende[51] – dan vervult het dwingende recht dezelfde rol als regelend recht[52] –, hetzij in het geval dat partijen ter zake een strijdige regeling overeenkwamen.[53] Deze laatste vorm van aanvulling vindt echter niet steeds plaats. Zo kunnen er bepalingen zijn die weliswaar de tussen partijen overeengekomen regel wegslaan, maar die niet per definitie een eigen regeling in de plaats stellen.[54] Na een leemte al dan niet aanvullen zal dan ook afhankelijk zijn van de inhoud van de dwingende regel.

3.2.3.3 Kan de onderwijswetgeving aanvullend werken?

De onderwijswetgeving is erg uitgebreid, dynamisch, regelt zeer diverse onderwerpen en behelst verschillende meer of minder open of concrete normen. De sectorwetgeving[55] zoals de Wpo, de Wvo en de Wec springt hierbij in het oog, maar ook de Leerplichtwet, de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet medezeggenschap op scholen zijn van belang. Uit artikel 23 lid 1 Gw volgt dat het onderwijs voorwerp is van de aanhoudende zorg van de regering. Deze zorg uit zich in het bekostigen van het onderwijs, het reguleren ervan en het handhaven van de regels door middel van het houden van toezicht.[56] In artikel 23 Gw bevindt zich ook het klassieke grondrecht betreffende 'de vrijheid van onderwijs' met als onderdeel daarvan de vrijheid van inrichting. Deze vrijheid van onderwijs komt in beginsel toe aan bijzondere scholen. De vrijheid van inrichting speelt evenwel ook voor openbare scholen een rol, zo

---

50 Nieuwenhuis 2015, p. 57; Valk 2016a, nr. 270. Dwingend recht kent verschillende gradaties, bijvoorbeeld semidwingend recht, en andere varianten zie Loth 2009 p. 6 .e.v. Zie voor het arbeidsrecht Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/16, 17 over semidwingend, driekwart dwingend, een derde dwingend, eenzijdig dwingend en relatief dwingend recht.

51 Komen partijen bij een arbeidsovereenkomst bijv. geen vakantiedagen overeen, dan gelden deze dagen op grond van de wet alsnog. Het dwingende recht vult de leemte in de overeenkomst aan (art. 7:634 jo. 7:645 BW).

52 Valk 2016a, nr. 270; Loth 2009, p. 3 nr. 1a.

53 Komen partijen bij een arbeidsovereenkomst bijv. een afwijkende regeling omtrent vakantiedagen overeen en krijgt de werknemer te weinig, dan zal het dwingende recht aanvullen (art. 7:634 jo. 7:645 BW).

54 Te denken valt aan het ijzeren proeftijdbeding; komt de werkgever een te lange proeftijd overeen, dan heeft geen proeftijd te gelden. Zie ook hierna p. 89.

55 In het onderwijs bestaan verschillende onderwijssectoren, waaronder het primair en voortgezet onderwijs (met als sectorwetten de Wpo, Wec en Wvo en lagere wetgeving). De term 'sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving' kan worden gebruikt om het geheel aan regelgeving in de Nederlandse onderwijssector (te vergelijken met de zorgsector) aan te geven.

56 Paijmans 2013, p. 395.

geldt er (krachtens ongeschreven recht) pedagogische autonomie voor openbare scholen.[57] Dit brengt mee dat een school in bijzondere mate zelf geëigend is het onderwijs en haar relatie met de leerling vorm te geven. De wetgever grijpt – met inachtneming van deze vrijheid – evenwel in door in onderwijswetgeving nadere eisen te formuleren, om zo de kwaliteit van het onderwijs te waarborgen. Dit doet de wetgever bijvoorbeeld in de vorm van bij wet te regelen deugdelijkheidseisen (zie art. 23 leden 5 en 6 Gw). In algemene vorm zijn twee deugdelijkheidseisen terug te vinden in artikel 23 lid 2 Gw zelf: 'bekwaamheid en zedelijkheid van hen die onderwijs geven'.[58] Maar ook in de sectorwetten wordt aan scholen speciale eisen opgelegd. Hiervoor maakt de overheid gebruik van meer open normen, zoals de verplichting voor scholen 'zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs op school' en van concretere normen ten aanzien van de 'bevoegdheid van degene die onderwijs geeft' of ten aanzien van de te geven 'vakken' en het 'aantal uren'.[59] Zodoende geeft de wetgever als het ware een ondergrens in de vorm van minimumeisen waaraan scholen moeten voldoen.[60] De onderwijswetgeving ziet in beginsel op de verhouding tussen de overheid en de school en aan de niet-naleving ervan kunnen zowel voor een openbare als een bijzondere school bekostigings-

57 Kort gezegd komt het erop neer dat scholen ruimte hebben om de onderwijskundige identiteit, het schoolklimaat, de organisatie, de ordehandhaving, het rooster, het lesgeven, de begeleiding van leerlingen en de examinering zelf in te vullen, zie Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 14. Er bestaat hierbij de vrijheid te kiezen voor een bepaalde pedagogische methode, leermiddelen, om binnen bepaalde grenzen het onderwijsproces o.b.v. eigen inzichten in te richten, leraren aan te stellen/te benoemen e.d. Zie: Paijmans 2013, p. 439; Huisman 2002, p. 53; Noorlander 2005, p. 89; Nolen 2017, p. 42; Rb. Amsterdam 29 juli 1999, *AB* 2000, 105 m.nt. B.P. Vermeulen onder 2 'pedagogisch-didactische autonomie die niet alleen aan het bijzonder onderwijs (art. 23 lid 6 Gw) maar ook aan het openbaar onderwijs toekomt'.

58 De algemene eisen uit lid 2 worden als verplichtingen aan alle scholen binnen het onderwijsbestel opgelegd, ongeacht of zij wel of niet uit de openbare kas worden bekostigd. De eisen van deugdelijkheid waarvan lid 5 en 6 spreken hebben uitsluitend betrekking op het uit de openbare kas bekostigde onderwijs, zo geven Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 26 en Mentink & Vermeulen 2011, p. 97 aan.

59 Zie Paijmans 2013, p. 398, 399.

60 Zie in dit verband Mentink 2012, p. 13; Paijmans 2013, p. 397 onder verwijzing naar Mentink en Laemers. Volgens Mentink is de wetgever gebonden aan de maat van het noodzakelijke en slechts bevoegd een ondergrens van kwaliteit te bepalen, gelet op de vrijheid van onderwijs die door deugdelijkheidseisen wordt beperkt. In zijn omschrijving bevatten deugdelijkheidseisen minimumeisen of minimumonderwijsnormen voor de inrichting van scholen jegens de overheid, zie Mentink 1995, p. 41. 'Bij deugdelijkheidseisen gaat het om objectieve criteria die voor alle instellingen gelijkelijk gelden. Het betreft kaders (eisen aan docenten, organisatie, schooltijden en dergelijk) en inhoudelijke opdrachten (kerndoelen, soms ook proceskenmerken) waaraan elke instelling in een bepaalde onderwijssector moet voldoen', zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3 (MvT), p. 10-11 en Laemers 2008, p. 20.

beperkende sancties kleven.[61] In dat verband rijst de vraag of deze regelgeving ook geldt of doorwerkt in de horizontale relatie tussen leerling en school. In het verlengde hiervan rijst de vraag of de onderwijswetgeving de rechtsgevolgen van een overeenkomst kan aanvullen.[62]

'Regelen' voor het openbaar onderwijs

Een groot deel van de bepalingen uit de onderwijswetgeving wordt aangemerkt als '*regelen* voor het openbaar onderwijs, tevens *voorwaarden voor bekostiging* van het bijzonder onderwijs'. Ook zijn er 'overige *regelen* voor het openbaar onderwijs' en 'overige *voorwaarden voor bekostiging* van het bijzonder onderwijs'.

Voor wat betreft het openbaar onderwijs gelden de wettelijke regels in de onderwijswetgeving als algemeen verbindende voorschriften.[63] Het bevoegd gezag van een openbare school en de betrokkenen binnen de school, zoals de leerkrachten en leerlingen, zijn 'volledig onderworpen aan de wettelijke regels'.[64] Dat wil zeggen dat de wettelijke regels ook in de 'interne verhoudingen rechtstreekse werking' hebben.[65] De wettelijke regels binden niet alleen rechtstreeks de school maar ook bijvoorbeeld de leerlingen en ouders.[66] Anders gezegd hebben regels voor het openbaar onderwijs 'voor zover ze zich daartoe lenen interne werking', zo formuleren Vermeulen en Zoontjens.[67] Naar mijn idee wordt hiermee bedoeld dat hoewel de wetgeving is vormgegeven in de verhouding tot de school, deze wetgeving, voor zover de bepaling zich ervoor leent, ook werkt in de relatie met de leerling met als gevolg dat ook de leerling er aanspraak op kan maken en er rechten aan kan ontlenen. Voor de school ontstaan er zo uit de wetgeving mogelijk verplichtingen die ook jegens het kind werken. Wanneer leent een bepaling zich voor interne werking? Dat wordt in de literatuur niet omschreven. Mijns inziens ligt het voor de hand bij dit criterium met name te denken aan bepalingen die gericht zijn op het kind of de ouders, die direct het kind of de rechtsverhouding tussen kind en school aangaan en/of die (mede) het belang van de leerling beogen te beschermen.

---

61 In navolging van Mentink & Vermeulen maak ik geen onderscheid tussen 'deugdelijkheidseisen' en 'bekostigingsvoorwaarden'. Mentink merkt op dat er in de literatuur hierover geen verschil van mening meer bestaat, 'van een juridisch onderscheid is geen sprake', zie Mentink 2012, p. 6 voetnoot 6; Mentink & Vermeulen 2011, p. 97-98.

62 In het beroepsonderwijs geeft art. 8.1.3 Web reeds aan dat de rechten en verplichtingen uit 'de wet' de overeenkomst aanvullen, het eerste deel van lid 3 luidt: De overeenkomst regelt de rechten en verplichtingen van partijen, daaronder begrepen die welke voortvloeien uit de wet. Ook geeft lid 3 aan waarover de overeenkomst ten minste bepalingen moet omvatten.

63 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65.

64 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65.

65 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65.

66 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 8.

67 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9.

In het openbaar onderwijs zal de onderwijswetgeving de contractuele relatie tussen leerling en openbare school nader op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aanvullen, voor zover de bepalingen uit de onderwijswetgeving zich hiervoor lenen.

'Bekostigingsvoorwaarden' voor het bijzonder onderwijs

Voor het bijzonder onderwijs bestaat er evenwel onduidelijkheid: in hoeverre gelden de bekostigingsvoorwaarden als algemeen verbindende voorschriften of functioneren zij als zodanig? De literatuur is niet helemaal eenduidig. Sommigen stellen dat de voorwaarden 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. Het bevoegd gezag is de 'exclusieve normadressaat' van de bekostigingsvoorwaarden.[68] Om werking te kunnen hebben in de interne relatie tussen de leerling en de school zou er dan een doorvertaling, omzetting of transformatie nodig zijn, bijvoorbeeld in een contract.[69]

Deze auteurs nuanceren deze opvatting tegelijkertijd wel. Zo spreken zij over de bekostigingsvoorwaarden ook wel in termen van 'interne werking', 'rechtstreekse gelding' of 'rechtstreekse werking' in de relatie van de school tot de leerling.[70] En in termen van 'doorwerking' of 'derdenwerking'.[71] De literatuur en parlementaire geschiedenis in ogenschouw nemende, lijkt de meest gangbare opvatting te zijn dat de vraag naar werking van een bekostigingsvoorwaarde en een eventuele aanspraak van andere betrokkenen daarop afhankelijk is van de formulering en de strekking van de bepaling.[72] Be-

68 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9.

69 Volgens Vermeulen & 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 'doorgecontracteerd' willen deze werken in de interne relatie: Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65 e.v. Noorlander geeft aan dat de onderwijsovereenkomst de mogelijkheid biedt om hierin naar de bekostigingsvoorwaarden te verwijzen, als bij de onderwijsovereenkomst behorende algemene voorwaarden. Noorlander 2005, p. 271. Zie over de status van bekostigingsvoorwaarden ook: Beurskens 1988, deel I, p. 317-333 en deel II p. 369-381; Zoontjens 1990, p. 31-47; Zoontjens 1999, p. 14-15; Zoontjens 2010, p. 76, 77.

70 Niet altijd is een 'doorvertaling' nodig, zie de nuancering van Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 67 e.v.; Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9 en par. 7, p. 14, 15. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 177, nr. 3, p. 2 over een nietigheidsbepaling (art. 24 lid 1 Wbo 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.

71 Noorlander 2008b, p. 9; Noorlander 2005, p. 271 e.v., p. 645, vgl. p. 500 voetnoot 232.

72 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9 en par. 7, p. 14, 15; *Kamerstukken II* 1996/97, 25 177, nr. 3, p. 2.

schermt deze (naast het publieke belang dat de overheid dient ook) de belangen van bijvoorbeeld leerlingen dan zal een bekostigingsvoorwaarde toch werken in de interne relatie met een leerling.[73] De rechtstreekse werking of zo men wil doorwerking kan kortom uit de redactie van de bepalingen worden afgeleid en uit de strekking, het beschermingsbereik, doel of ratio van de bepaling. Gaat ervan een rechtstreeks belang van leerlingen uit, kijkend naar redactie en strekking, dan zal de bepaling ondanks het feit dat deze in een bekostigingsvoorwaarde is gegoten, een plaats krijgen in de onderlinge relatie met de leerling. De leerling kan er aanspraak aan ontlenen en zich erop beroepen. Voorbeelden volgens de literatuur van bekostigingsvoorwaarden waaraan moeilijk interne werking kan worden ontzegd zijn bijvoorbeeld 'procedurele regels die het bevoegd gezag ook jegens leerlingen en ouders in acht zal hebben te nemen', zoals artikel 14 Wpo inzake de klachtenregeling of de artikelen 40 en 63 Wpo over toelating en verwijdering van leerlingen.[74] Een voorbeeld biedt mijns inziens ook artikel 9 Wpo dat aangeeft welke vakken het onderwijs omvat. Een ander voorbeeld biedt mijns inziens artikel 40c Wpo (zie ook art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo, en art. 40a Wec) dat schorsing van een leerling mogelijk maakt voor maximaal één week. In de parlementaire geschiedenis is de ratio of strekking van de vijfdagentermijn niet terug te vinden, het ligt evenwel in de rede dat het belang van de leerling een belangrijke rol heeft gespeeld: de leerling zal niet te lang verstoken moeten blijven van onderwijs.

De genuanceerde opvatting volgend is het dus de vraag wat de strekking of ratio is van een voorliggende wettelijke bepaling: beoogt deze ook de rechtsverhouding tussen school en leerling vast te leggen/te regelen? Bij bepalingen die bijvoorbeeld het onderwijsprogramma of de leerling e.d. kunnen betreffen, hoewel als bekostigingsvoorwaarden bestempeld, kan dit inderdaad het geval zijn: strekken deze ook tot bescherming van de belangen van leerlingen en ouders dan zullen deze de onderwijsovereenkomst aanvullen, de rechten en verplichtingen nader invullen en onderdeel van de overeenkomst uitmaken.

Hoe verhoudt deze opvatting zich tot het criterium in het openbaar onderwijs, dat regels interne werking hebben, voor zover ze zich ertoe lenen? Naar mijn idee komen beide per saldo op hetzelfde neer en is dit ook toe te juichen. In beide gevallen zal het draaien om de vraag of een voorliggende bepaling gericht is op de leerling, of deze direct de leerling aangaat en of de bepaling derhalve het belang van de leerling beschermt, gelet op de formulering en strekking ervan. Is dat het geval dan zal zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs de bepaling werken in de relatie tussen de leerling en de school. Het ligt mijns inziens voor de hand de benadering in het openbaar

73 Vgl. Noorlander 2008b, p. 9; Noorlander 2005, p. 271 e.v., p. 645.

74 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9 voor meerdere voorbeelden zie hun verwijzing in voetnoot 13.

en bijzonder onderwijs gelijk te trekken, nu er op het niveau van de leerling mijns inziens geen aanleiding is de belangenbescherming die bepalingen bieden aan de leerlingen in het bijzonder onderwijs te onthouden.

Mocht de vraag naar strekking van een voorliggende bepaling niet tot een eenduidig antwoord leiden en is daardoor niet duidelijk of deze de contractuele relatie aanvult, dan kunnen de bepalingen eventueel via de verwachtingen van partijen, het gerechtvaardigd vertrouwen en daarmee de *Haviltex*-maatstaf gewaardeerd naar de eisen van redelijkheid en billijkheid (hiervoor par. 3.2.2) of via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in het licht van artikel 3:12 BW (hierna par. 3.2.4) alsnog meespelen in de contractuele verhouding (zie par. 3.2.6).

Zou men in tegenstelling tot de genuanceerde opvatting strak vasthouden aan de visie dat het in het bijzonder onderwijs puur om bekostigingsvoorwaarden draait aangezien de onderwijswetgeving puur zou zijn gericht op de relatie tussen de overheid en de bijzondere school, dan ligt aanvulling op grond van de wet niet in de rede. Maar toch zal de onderwijswetgeving – indien niet al 'doorgecontracteerd' – in de contractuele relatie via de *Haviltex*-maatstaf en de eisen van redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen. De onderwijswetgeving blijft zo van belang. Hieraan wordt nader aandacht besteed in paragraaf 3.2.6.

Partijen laten bepaalde onderwerpen in onderwijsovereenkomst ongeregeld

Zowel in het openbaar als het bijzonder onderwijs kan de onderwijswetgeving aanvullend werken, wanneer partijen bepaalde onderwerpen in een onderwijsovereenkomst ongeregeld laten. Zo zal in het geval van een onderwijsovereenkomst de onderwijswetgeving de onderwijsovereenkomst aanvullen indien de bepaling uit de onderwijswetgeving gelet op de strekking of redactie ervan zich er kort gezegd voor leent. Hier geldt dus het zojuist besprokene betreffende de regels in het openbaar onderwijs en de bekostigingsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs en de werking van de onderwijsbepalingen in de relatie met de leerling. Deze werkwijze is in lijn met de parlementaire geschiedenis van artikel 6:248 lid 1 BW. Het antwoord op de vraag uit welke wetsbepalingen nu rechtsgevolgen voor een concrete overeenkomst voortvloeien, moet worden bepaald door 'interpretatie van de wilsverklaringen van partijen enerzijds en door uitlegging van de voor toepassing in aanmerking komende wetsbepalingen anderzijds'.[75] De wet moet worden uitgelegd: de redactie/formulering en strekking moet worden bekeken om te achterhalen of deze ook rechtsgevolgen meebrengt voor de voorliggende overeenkomst. Laten partijen bepaalde onderwerpen ongeregeld, dan is het onderscheid tussen regelend of dwingend recht niet relevant, aangezien de wet dan in beide gevallen de leemte aanvult.

75 Parl. Gesch. Boek 6, p. 920 (TM).

3.2.3.4 Wat als partijen een afwijkende regeling zijn overeengekomen?

Anders wordt het als partijen iets zijn overeengekomen dat afwijkt van de wet. Dan is het onderscheid tussen regelend en dwingend recht wel relevant. In het eerste geval mag er immers in contract van worden afgeweken en in het tweede geval niet. Soms is de wet zelf duidelijk over de vraag of er sprake is van dwingend recht. Zo kan uit de redactie van de wet volgen dat een wettelijke regeling een dwingend karakter draagt, te denken valt aan diverse bepalingen uit Boek 7 BW die dit met zoveel woorden benoemen (ook de gevolgen van afwijking, bijvoorbeeld nietigheid of vernietigbaarheid, zouden in de bepaling zelf kunnen staan).[76] Als het dwingende karakter niet uit de formulering van de bepaling zelf blijkt, zal dit eveneens moeten worden vastgesteld door de strekking van de bepaling te beoordelen.[77] Bepaalt de wet zelf niet expliciet of een bepaling dwingend is of niet of geeft de wet verder geen concrete aanwijzing, dan zal dus moeten worden gekeken naar de bedoeling van de wetgever en de strekking van de wettelijke regeling.[78]

In de standaardliteratuur op het terrein van het overeenkomstenrecht komen voornamelijk voorbeelden van regelende of dwingende bepalingen uit het BW terug waarbij duidelijk is of er sprake is van een regelende of dwingende regel en wat daarvan de mogelijke gevolgen voor een overeenkomst zijn. Met 'wet' wordt in artikel 6:248 lid 1 BW bedoeld 'wet in formele zin'.[79] Hoewel hier in eerste instantie wordt gedacht aan wetgeving in het BW zelf, is het ook mogelijk dat publiekrechtelijke regelgeving hieronder valt. Bij bepalingen in het BW zal er doorgaans door de wetgever nagedacht zijn over

---

76 In het BW zelf zijn verschillende formuleringen terug te vinden waaruit het dwingende karakter kan volgen: (1) in sommige gevallen bepaalt de wet expliciet dat bepalingen van (semi) dwingend recht zijn door dit in een afzonderlijk artikel aan te geven: bijv. art. 7:265 BW in het kader van huurprijzen, van de bepalingen kan niet worden afgeweken, art. 7:468 BW in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, er kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken, of art. 7:6 BW dat aangeeft dat er niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. (2) Ook kan in een wetsbepaling waarin de materiële norm staat opgenomen iets over het dwingende karakter staan, bijvoorbeeld dat er niet ten nadele van een ander kan worden afgeweken, zie bijv. art. 7:652 lid 7 BW in het geval van proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of art. 7:652 lid 3 jo. 8 BW 'elk beding waarbij een proeftijd is overeengekomen is nietig, indien…'. (3) Ook kan zonder dat e.e.a. expliciet wordt benoemd uit de formulering van de wetsbepaling volgen dat er sprake van dwingend recht, zie bijv. art. 7:617 lid 1, 'de vastgestelde vorm van loon mag niet anders zijn dan …'. Een ander voorbeeld van een dwingende formulering biedt art. 6 Mededingingswet dat een rechtshandeling in het geheel verbiedt: 'Verboden zijn overeenkomsten tussen…'.

77 Nieuwenhuis 2015, p. 58, bij strekking is te denken aan 'bescherming van de economisch zwakkeren, goede zeden en openbare orde e.d.'.

78 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/316; Loth 2009, p. 24.

79 Ook een wet in materiële zin kan eronder vallen, mits op delegatie van de formele wetgever berustend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/381. Zie voor het begrip wet in formele zin, art. 81 Grondwet: De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.

de gevolgen van deze bepalingen voor de geldigheid van (een beding in) een overeenkomst. Bij regelgeving buiten het BW is dit niet snel het geval. Gaat het om publiekrechtelijke regelgeving, kan deze vraag naar de gevolgen voor de geldigheid lastiger te beantwoorden zijn, aangezien bij het opstellen van dergelijke regels mogelijk niet stil wordt gestaan bij de vraag wat de privaatrechtelijke gevolgen zijn van de regelgeving. In de basisliteratuur is er weinig aandacht voor publiekrechtelijke regelgeving die de overeenkomst kan beïnvloeden en aanvullen.

Bijzondere aandacht is er wel in specifieke literatuur gericht op het snijvlak van sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving (gevormd uit Europese richtlijnen) en het contractenrecht. Het gaat dan bijvoorbeeld over onderwerpen als telecomdiensten, energielevering, zorg en de financiële sector. Europese contractenrechtelijke literatuur spreekt met betrekking tot de invloed van sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving op het contractenrecht van 'regulatory contract law'.[80] Europese richtlijnen hebben geleid tot nationale publiekrechtelijke regelgeving (denk bijvoorbeeld aan de Telecommunicatiewet, de Gaswet, de Elektriciteitswet 1998, de Zorgverzekeringswet) en deze wetgeving kleurt en beïnvloedt de contractuele verhoudingen die op het desbetreffende gebied ontstaan, zo geeft Houben weer.[81] Gevolg van het bestaan van dergelijke sectorspecifieke regelgeving is dat de inhoud van de overeenkomst in min of meerdere mate deels publiekrechtelijk gereguleerd is.[82] Houben beschrijft als een van de complicaties van toepasselijkheid van publiekrechtelijke regels op overeenkomsten dat voor het achterhalen van de van toepassing zijnde regels op een bepaalde overeenkomst te rade moet worden gegaan bij allerlei specifieke, vaak lagere regelgeving, hetgeen de transparantie van de regelgeving niet bevordert.[83] Er rijzen ook andere vragen bij regulering ten dele door sectorspecifiek publiekrecht en het contractenrecht.[84] Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen van in strijd handelen met een bepaling uit een publiekrechtelijke regeling? Daar waar wetgeving specifiek is opgenomen met het oog om contractuele verhoudingen te reguleren wordt door de wetgever wellicht bij de mogelijke consequenties van overtreding voor de geldigheid van de overeenkomst stil gestaan. Vaak zal echter de vraag naar aanvulling of beïnvloeding van de overeenkomst door de wet in het geval van een voorliggende publiekrechtelijke regel lastiger te beantwoorden zijn, nu bij de publiekrechtelijke regel, of bij de invoering daarvan veelal geen rekenschap wordt of zal worden gegeven van de privaatrechtelijke gevolgen ervan.[85] Ook is

80 Asser/Houben 7-X 2015/31, met verwijzingen.
81 Asser/Houben 7-X 2015/31. In breder verband zie het WPNR-themanummer 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren', *WPNR* 2013/6998.
82 Asser/Houben 7-X 2015/32. Dit geschiedt voornamelijk vanuit de gedachte tot bevordering van marktwerking.
83 Asser/Houben 7-X 2015/32.
84 Zie nader Houben 2013, p. 1086 e.v. en andere bijdragen in het WPNR-themanummer.
85 Zie ook Ten Oever & Veldt 2016; Den Hollander 2013.

uit de publiekrechtelijke regel zelf niet altijd duidelijk af te leiden wat de privaatrechtelijke gevolgen hiervan zullen zijn.

Een voorbeeld waarbij deze gevolgen daarentegen wel duidelijk zijn, biedt de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Over de hoogte van het loon bij arbeidsovereenkomst staat in Boek 7 BW niets geregeld, wel zal er bij het overeenkomen van een bepaald loon rekening moeten worden gehouden met de wettelijke verplichting een minimumloon te betalen.[86] De Wet minimumloon en vakantiebijslag geeft in artikel 8 aan wat de hoogte bedraagt van het minimumloon. Artikel 19 verklaart vervolgens alle bedingen die strijdig zijn met het bij of krachtens de wet bepaalde nietig. Het betreft hier dus dwingend recht buiten het BW.[87] Het rechtsgevolg wordt in de publiekrechtelijke regeling weergegeven: komen partijen een loon onder het minimumloon overeen, dan is dit beding van rechtswege nietig. Op deze wijze ontstaat er een gat in de overeenkomst dat kan worden aan- of opgevuld met de dwingende bepaling betreffende de hoogte van het minimumloon. Wellicht kan voor de hoogte van het loon ook worden aangesloten bij artikel 7:618 BW (loon volgens gebruik of redelijkheid en billijkheid).

Wordt er in een overeenkomst afgeweken van een wettelijke bepaling, dan kunnen de gevolgen dus soms rechtstreeks uit de redactie van de wet worden afgeleid, zie het voorbeeld over minimumloon dat nietigheid van het afwijkende beding tot gevolg heeft. Een wettelijke bepaling kan behalve nietigheid van rechtswege ook vernietigbaarheid meebrengen. Op deze vernietiging moet door de partij die hiertoe over wil gaan eerst een beroep worden gedaan. In tegenstelling tot de arbeidsrechtelijke wetgeving is in de bepalingen uit de onderwijswetgeving niet klip en klaar terug te vinden of de bepalingen al dan niet van dwingend recht zijn, wat al dan niet de privaatrechtelijke gevolgen zijn en of er dus in overeenkomst al dan niet van mag worden afgeweken. Dit komt omdat de onderwijswetgeving niet is geschreven met het oog op de implicaties voor een eventuele contractuele relatie tussen de leerling en de school.

Aan de hand van wetsuitleg zal door de rechter zelf uitgemaakt moeten worden of er sprake is van dwingend recht. Daarvoor zullen dus de redactie en de strekking van de bepaling onderzocht moeten worden of wellicht breder doel of strekking van de voorliggende wet. Dit kan zogezegd lastig zijn, de rechter zal bij weinig aanwijzingen zelf tot een oordeel moeten komen. Constateert de rechter dat sprake is van dwingend recht dan zal vervolgens na moeten worden gegaan wat de gevolgen van de afwijking van het dwingende recht zijn.

Regelt de wettelijke bepaling deze gevolgen niet zelf, dan zal namelijk door middel van artikel 3:40 BW moeten worden bepaald of en wat de gevolgen zijn van het afwijken van een wettelijke bepaling voor de geldigheid van het

86 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/86.
87 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/86.

beding of de overeenkomst. Artikel 3:40 BW kent als sancties nietigheid of vernietigbaarheid. Derhalve kan artikel 3:40 BW de overeenkomst of een beding ongeldig maken.

Zoals gezegd regelt de onderwijswetgeving niet zelf de gevolgen voor een beding dat afwijkt van de onderwijswetgeving. Daardoor zal voor de vraag naar de geldigheid van een afwijkende regeling te rade moeten worden gegaan bij artikel 3:40 BW. De toepassing van artikel 3:40 BW kan op zichzelf en tevens in de context van het onderwijs (op zijn zachtst gezegd) een ingewikkelde aangelegenheid zijn. Het verrichten van een rechtshandeling in strijd met de *wet* wordt geregeld in de leden 2 en 3 van dit artikel. Zo leidt strijd met een dwingende wetsbepaling tot nietigheid van de rechtshandeling. Strekt de bepaling uitsluitend tot bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, dan leidt strijd hiermee slechts tot vernietigbaarheid. De wetsgeschiedenis leert dat hierin gelezen moet worden dat het draait om het 'verrichten' ofwel het 'aangaan' van een rechtshandeling in strijd met de wet. Gaat het bijvoorbeeld om wetsbepalingen die afwijking met zoveel woorden niet toestaan dan zal de route van lid 2 bewandeld kunnen worden.[88] Er zijn echter maar weinig publiekrechtelijke bepalingen die daadwerkelijk het verrichten of anders gezegd het aangaan van de rechtshandeling verbieden. In de onderwijswetgeving staan zij in het geheel niet. Wanneer een wetsbepaling niet is gegoten in de vorm van een verbod op het verrichten van een rechtshandeling, zal een wetgever niet of nauwelijks hebben stilgestaan bij de gevolgen van de bepaling voor de geldigheid van rechtshandelingen.[89] Het feit dat een overeenkomst verplicht tot een handelen in strijd met een wettelijk voorschrift kan wel meespelen bij de vraag of 'de inhoud' of 'strekking van de rechtshandeling' in strijd is met de *openbare orde of de goede zeden* zodat mogelijk op grond van lid 1 van artikel 3:40 BW sprake is van nietigheid. Dit is het geval wanneer het specifiek gaat om wetsbepalingen die de inhoud of de strekking van de overeenkomst verbieden. Is de inhoud, anders gezegd de contractuele prestatie(s) waartoe de overeenkomst verplicht, of de strekking in strijd met de wet dan zal de vraag naar de rechtsgevolgen dus moeten worden beantwoord via de band van lid 1 van artikel 3:40 BW inzake de openbare orde en de goede zeden. Daarbij heeft te gelden dat indien een overeenkomst verplicht tot een bij de wet verboden prestatie of een verboden strekking heeft, dit niet één op één leidt tot strijd met de openbare orde, of de goede zeden.[90] In het arrest *Esmilo/Mediq* heeft de Hoge Raad vier gezichtspunten aangebracht die betrokken moeten worden bij de beantwoording van de vraag of een overeen-

88 Zie bijv. art. 7:6 BW in het kader van koop.

89 Hijma & Olthof 2017, nr. 50.

90 Zie Den Hollander die spreekt over de hink-stap-sprong met vier verplichte gezichtspunten, die een hindernisbaan oplevert die de toepassing van het toch al ingewikkelde artikel nog ingewikkelder maakt: Den Hollander 2013, p. 28-37.

komst die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet op grond van strijd met de openbare orde nietig moet worden geacht:

> '(…) de rechter [dient; SV], indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.'[91]

In *Esmilo/Mediq* betrof het een bij wet verboden prestatie, de (inhoud of) strekking van de daar voorliggende overeenkomst was bij wet verboden.[92] Is niet duidelijk of er sprake is van strijd met de wet dan moet eerst worden uitgemaakt of dit het geval is. De tekst van de wet kan hierover uitsluitsel geven. Bij een bevestigend antwoord kan vervolgens de vraag naar strijd met de openbare orde worden beantwoord. Mogelijk is echter ook dat een rechtshandeling niet in strijd is met de letterlijke tekst van een wettelijke bepaling, maar wellicht wel met het doel of de strekking van de voorliggende wet als zodanig.[93] Dan moet beoordeeld worden of de inhoud of strekking van de rechtshandeling zodanig in strijd is met het doel of de strekking van de voorliggende wet dat deze in strijd wordt geacht met openbare orde (of goede zeden) en derhalve nietig is. Zie in dit verband het prejudiciële antwoord van

---

91 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4. Hieraan gaat vooraf: 'Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, p. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, LJN AA5401, *NJ* 2000/652 en HR 11 mei 2001, LJN AB1555, *NJ* 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod. Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. (…).'

92 Inhoud en strekking van de overeenkomst worden samengenomen in 'een bij wet verboden prestatie', zo volgt ook uit r.o. 4.4. Zie ook Hijma nr. 7 en nr. 11 in zijn noot onder HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*), m.nt. Jac. Hijma.

93 Hijma T&C BW, art. 3:40, aant. 5.

de Hoge Raad in het *Wijnen Bouw/Muller*-arrest.[94] De openbare orde omschrijft de Hoge Raad in dit arrest als: fundamentele beginselen van de rechtsorde of algemene belangen van fundamentele aard.[95]

Ter illustratie een voorbeeld. Artikel 9 lid 1 aanhef en onder a Wpo luidt: Het onderwijs omvat, waar mogelijk in samenhang: a. zintuiglijke en lichamelijke oefening. Stel: partijen wijken in de onderwijsovereenkomst hiervan af door overeen te komen dat er op school geen lichamelijke oefening wordt gegeven. Naar mijn idee kan afwijken van dit gebod lichamelijke oefening te verzorgen als strijdig met de tekst van artikel 9 lid 1 onder a Wpo worden aangemerkt. Bestaat er twijfel over de vraag of sprake is van strijd met de wet dan zal de tekst of de strekking van de wetsbepaling of eventueel de strekking van de wet als geheel moeten worden bekeken om te bezien of zich strijd met (de strekking van de) wet voordoet.[96] Dit is niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Wanneer wordt aangenomen dat er in strijd is gehandeld met de wet, zal vervolgens aan de hand van artikel 3:40 lid 1 BW beoordeeld moeten worden of in strijd handelen met het gebod uit artikel 9 lid 1 meebrengt dat het hiervan afwijkende beding nietig is omdat het naar inhoud of strekking (ook) in strijd kan worden geacht met de openbare orde. Hierbij zullen de gezichtspunten uit het *Esmilo/Mediq* arrest in acht genomen moeten worden. Het zijn in dit geval de belangen van de leerling, diens lichamelijke ontwikkeling en ontplooiing die door de geschonden regel worden beschermd (eerste gezichtspunt). Maar niet alleen in het belang van de leerling, ook in het algemeen belang schrijft de wet voor dat het onderwijs lichamelijke oefening moet omvatten. Lichamelijke ontwikkeling doormaken en voldoende beweging krijgen zouden nu het gaat om rechten van het kind van fundamentele aard kunnen worden beschouwd. Kortom met de inbreuk op de regel worden fundamentele beginselen geschonden. Men kan zich afvragen of ook fundamentele beginselen van

94 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*), m.nt. Jac. Hijma. De voorliggende Wet arbeid vreemdelingen (Wav) bevat niet een verbod op het overeenkomen van een verhaalsbeding en ook geen verbod om een opgelegde boete te verhalen, nu deze wet vrijwel alleen publiekrechtelijke voorschriften bevat die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd en niet de contractuele rechtsverhouding van werkgevers onderling of met derden regelt. Toch is mogelijk de inhoud of strekking van het verhaalsbeding zodanig in strijd met doel of strekking van de Wav dat het beding vanwege strijd met openbare orde of goede zeden nietig is. Hijma geeft in zijn noot onder nr. 7 aan dat naar zijn idee het doel (oogmerk van de wetgever) geen afzonderlijke vermelding behoeft nu men dit onder het rijkere strekkingsbegrip kan scharen. Ook merkt Hijma op dat zijns inziens verkieslijk is strijd met de wet als tussenstation te beschouwen en pas daarna middels *Esmilo/Mediq* de sprong naar de openbare orde te wagen. Dat ben ik met hem eens. Zie over dit arrest Ten Oever & Veldt 2016.

95 *Wijnen Bouw/Muller*, r.o. 3.5.1.

96 Zie over het redeneerpatroon in het *Wijnen Bouw/Muller*-arrest de analyse van Hijma in zijn noot onder nr. 10. Zoals in voetnoot 94 aangegeven sluit ik mij bij Hijma aan dat eerst moet worden vastgesteld of er sprake is van strijd met de (strekking van de) wet, waarna bij een bevestigend antwoord vervolgens op de voet van het arrest *Esmilo/Mediq* kan worden gesprongen naar de vraag of er (ook) sprake is van strijd met de openbare orde.

de rechtsorde in meer algemene zin worden geschonden (tweede gezichtspunt). Van met name een school mag worden verwacht dat zij ervan bewust is dat de wet lichamelijke oefening voorschrijft en daarmee ook dat zij zich ervan bewust is dat op deze regel inbreuk wordt gemaakt (derde gezichtspunt). Er is een sanctie waarin de regel voorziet (vierde gezichtspunt). Deze sanctie is af te leiden uit het stelsel van de onderwijswetgeving. Aan de bepaling kleeft zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs een bekostigingssanctie. Derhalve wordt deze sanctie in de relatie tussen de school en de overheid geregeld. Welke kant dit gezichtspunt op wijst is niet duidelijk.[97] De gezichtspunten meenemende meen ik dat er inderdaad sprake kan zijn van strijd met de openbare orde, maar het is geen uitgemaakte zaak. De gezichtspunten zelf wijzen niet een duidelijke richting uit en daarbij komt dat ook de onderwijswetgever ons achterlaat met interpretatievragen. Het verdient dan ook aanbeveling dat de wetgever bij het eventuele dwingende karakter van de onderwijswetgeving en de privaatrechtelijke gevolgen uitgebreider stilstaat. Dan zou wellicht (zelfs) het ondoorzichtige woud van artikel 3:40 lid 1 BW en *Esmilo/Mediq* niet belopen hoeven te worden.

Artikel 3:40 BW kan aldus de ongeldigheid van een overeenkomst of een beding meebrengen. Is dit het geval dan ontstaat er een 'gat' ofwel leemte in de overeenkomst. Blijft na de nietigheid van rechtswege of na de vernietiging van een bepaald beding de rest van de overeenkomst wel in stand (art. 3:41 BW partiële vernietiging) dan kan de leemte die daardoor ontstaat conform artikel 6:248 lid 1 BW worden aangevuld, of zo men wil opgevuld, door de regel van de dwingende wetsbepaling.[98] Dit is echter niet per definitie het geval: afwijken van de wettelijke regels omtrent de proeftijd bij arbeidsovereenkomst leidt bijvoorbeeld tot nietigheid van het proeftijdbeding, maar stelt daarvoor niet de wettelijke toegestane proeftijd in de plaats en vult de overeenkomst op dat punt dus niet aan. Er is in zo'n geval in het geheel geen sprake van een proeftijd, volgens de theorie van de 'ijzeren proeftijd'.[99] Dit zou zich ook in het onderwijs voor kunnen doen. Stel dat een school een langere schorsingstermijn van bijvoorbeeld tien dagen overeenkomt en stel dat dit beding nietig wordt geacht. Dan hoeft niet direct in plaats daarvan de wettelijk voorgeschreven termijn van vijf dagen te gelden. Er zou kunnen worden geconcludeerd dat dan in het geheel geen schorsing mogelijk is. Maar het burgerlijk recht is subtiel, genuanceerd, en zal rekening houden met de belangen van beide partijen. Zo zal gelet op het functioneren van de school en het belang van schorsing mede voor de overige leerlingen mijns inziens de termijn van

97 Zie over de nodige vragen die de gezichtspunten oproepen: Den Hollander 2013, p. 33.
98 Valk 2016a, nr. 270.
99 Verhulp, T&C BW, art. 7:652 BW aant. 5, onder verwijzing naar o.a. HR 27 februari 1930, *NJ* 1930, p. 977. Zie ook HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/232, m.nt. P.A. Stein (*Van Hensbergen/Albers*) waarin de Hoge Raad door eiser tot cassatie verleid werd een beroep op conversie (huidig art. 3:42 BW) toe te staan, maar waar de Hoge Raad niet aan toegaf omdat toepassing van conversie bij het proeftijdbeding de positie van de werknemer te veel zou ondermijnen.

vijf dagen wel kunnen gelden, met als gevolg dat de overeenkomst daarmee dan toch wordt aangevuld en de school de mogelijkheid tot schorsen voor vijf dagen heeft.[100]

Stel dat afwijking van een wettelijke onderwijsbepaling inderdaad leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid, dan kan in principe de daardoor ontstane leemte worden aangevuld met de voor handen zijnde onderwijsbepaling. Deze aanvulling is afhankelijk van de voorliggende bepaling. Het is de onderwijswetgever aan te bevelen duidelijk te maken en derhalve te expliciteren in hoeverre de onderwijswetgeving gevolgen heeft voor een contract wil er met overeenkomsten worden gewerkt in het onderwijs.[101]

3.2.3.5 Wat als school geen bekostiging nodig heeft?

In praktijk zal een bijzondere school lastig kunnen bestaan zonder bekostiging, het effect hiervan is dat een school de voor bekostiging geldende voorwaarden in acht zal nemen. Aanvaardt een bijzondere school bekostiging dan aanvaardt zij daarmee ook de voorwaarden uit de onderwijswetgeving en mag zij hier niet van afwijken. Doet zij dit wel dan kan de bekostiging worden beperkt of ingetrokken. In theorie hoeft de school de bekostigingsvoorwaarden niet na te leven.[102] Wat nu als een bijzondere school geen bekostiging nodig heeft of weigert? Zoontjens omschrijft dat zij dan 'volledig vrij is van de overheid en de wet'.[103] En vervolgt met: 'Behalve wanneer men in de onderwijsinstelling wil opleiden voor wettelijk erkende diploma's. Het bevoegd gezag moet dan wettelijke deugdelijkheidseisen in acht nemen en zich het overheidstoezicht laten welgevallen'.[104] Zou een particuliere/niet door de overheid bekostigde school inderdaad kunnen gaan en staan waar zij wil, zonder dat de onderwijswetgeving heeft te gelden, dan is wellicht voor aanvulling op grond van de wet geen rol weggelegd. Toch zou de onderwijswetgeving mijns inziens een rol kunnen spelen. Ook al geldt deze wetgeving niet rechtstreeks, zij kan de verwachtingen van partijen wel kleuren. Ook via de redelijkheid en billijkheid kan zij doorwerken in de rechtsverhouding van partijen. Indirecte doorwerking van de wetgeving via uitleg van het overeengekomene en via de redelijkheid en billijkheid speelt een grotere rol wanneer de wet daadwerkelijk buiten spel zou worden gezet zodra de school geen bekostiging nodig heeft.

Volledige autonomie is echter vrijwel niet denkbaar, ook niet wanneer een school geen bekostiging nodig heeft. Dit blijkt wanneer nader in de onderwijswetgeving gedoken wordt die op dit punt niet gemakkelijk te doorgronden

100 Zie hoofdstuk 4 voor de enigszins verwante vraag of de vijfdaagse schorsing termijn aan opschorting die langer dan vijf dagen duurt in de weg staat.
101 Vgl. Sperling 2009, p. 61.
102 Noorlander 2005, p. 271. Genuanceerder Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5.
103 Zoontjens 2010, p. 77. Zie ook Zoontjens 1999, p. 15.
104 Zoontjens 1999, p. 15, voetnoot 31.

is. Zowel in de sectorwetgeving als in de Leerplichtwet, de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet op de erkende onderwijsinstellingen kan te rade worden gegaan. In de wetgeving wordt er meermaals doorverwezen. In grote lijnen heeft te gelden dat leerlingen en ouders moeten voldoen aan de Leerplichtwet. Zij zullen slechts naar een school gaan die ook voldoet aan of wordt aangemerkt als school in de zin van de Leerplichtwet. De Leerplichtwet omschrijft aan welke criteria een 'andere dagschool' moet voldoen en somt hiervoor bepalingen uit de Wpo en de Wvo op. Zo wordt er in wezen 'een uitsnede van de relevante wettelijke deugdelijkheidseisen' gegeven,[105] zie artikel 1 onderdeel b subonderdeel 3 jo. 1a1 lid 1 sub a en b Lpw en artikel 11b lid 7 Wot.[106] In de Wvo is nog expliciet een bepaling gewijd aan de bekwaamheids- en zedelijkheidseisen van het personeel (art. 55 Wvo). In het voortgezet onderwijs speelt – verband houdend met het leerplichtige of kwalificatieplichtige element – de mogelijkheid diploma's uit te reiken een grote rol. Een school zal in de regel als bevoegd moeten zijn aangemerkt om examens af te nemen en diploma's uit te reiken, wil zij leerlingen opleiden. Ook aan die aanwijzing als zijnde bevoegd worden voorwaarden verbonden. Zie in dit verband de artikelen 56, 57 en 58 Wvo die diverse voorschriften uit de Wvo van toepassing verklaren, zoals het hebben van een schoolplan dat aan bepaalde vereisten voldoet.[107] In het kader van het af kunnen leggen van examens is mogelijk de Wet op de erkende onderwijsinstellingen – niet van toepassing op het onderwijs dat is aangewezen op grond van artikel 56 Wvo – van belang die voorwaarden voor erkenning in zich bergt. Ook daar houdt de overheid een vinger aan de pols.[108]

In meer brede zin kan worden opgemerkt dat indien scholen onderwijs aanbieden in de zin van de onderwijswetten, er in ieder geval aan algemene randvoorwaarden zal moeten worden voldaan, inhoudende dat de school toezicht van de inspectie moet toestaan en docenten moet benoemen die voldoen aan voorgeschreven bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen (zie artikel 23 lid 2 GW).[109] Het doet er hierbij niet toe of er sprake is van bekostiging, de eisen gelden wanneer de school onderdeel is van het '(officiële) stelsel van onderwijsvoorzieningen'.[110]

---

105 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, par. 9, voetnoot 100.

106 Art. 11b lid 7 Wot spreekt over oprichting van een niet uit de openbare kas bekostigde bijzondere school in de zin van art. 5 Wpo en art. 54 Wvo waarvan de inspectie moet besluiten of deze als school in de zin van de Leerplichtwet heeft te gelden. De Wpo bevat geen nadere regels over niet bekostigd onderwijs, de Wvo wel in de art. 54-59.

107 Waaronder art. 6g onderwijstijd, art. 6g1 onderwijsdagen, art. 10, 10b, 10d o.a. profielen, 11a t/m 11f o.a. algemene voorschriften voor de eerste twee jaren en kerndoelen, art. 12 t/m 15 inhoud profielen en art. 24 schoolplan.

108 Ook wordt in de Weo een overeenkomst met de cursist voorgeschreven en wordt aangegeven wat er in ieder geval in de overeenkomst moet worden vermeld, zie art. 11 Weo.

109 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, par. 9.

110 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, par. 9 onder verwijzing naar Backx 1994.

Zo bezien is ook een school die niet bekostigd wordt niet volledig vrij van de wet, wil zij aan leerplichtige leerlingen onderwijs geven. Nu in zoverre ook een niet bekostigde school niet geheel vrij is van de wet, kan er ook in het niet bekostigd onderwijs een rol zijn weggelegd voor aanvulling op grond van de wet.

3.2.4 Aanvulling op grond van gewoonte en redelijkheid en billijkheid

Naast aanvulling op grond van de wet kunnen rechtsgevolgen voortvloeien uit de *gewoonte*. Volgens de parlementaire geschiedenis kan dit een algemene gewoonte, een plaatselijke gewoonte of een beroeps- of bedrijfsgebruik betreffen.[111] Nader bekeken is van een gewoonte sprake 'indien in een bepaalde kring, met betrekking tot soortgelijke overeenkomsten, een gedragslijn algemeen en voortdurend wordt gevolgd en men in het maatschappelijk verkeer wordt geacht zich hieraan te houden, tenzij partijen van het tegendeel hebben doen blijken'.[112] Partijen kunnen aan de rechtsgevolgen voortvloeiend uit de gewoonte worden gehouden, ook wanneer zij met het gebruik of de gewoonte onbekend waren.[113] Het is evenwel mogelijk dat partijen van een gewoonte uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben afgeweken.

Tot slot spreekt artikel 6:248 lid 1 BW van de eisen van *redelijkheid en billijkheid* als aanvullende bron. Dit duo verwijst naar het ongeschreven objectieve recht.[114] Het duo is ook reeds vervat in artikel 6:2 BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid betreffen een open norm en de precieze werking is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.[115] In artikel 3:12 BW wordt nader omschreven waarbij rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen. Dit zijn algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Zoals reeds besproken spelen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook bij uitleg een rol, gevolg hiervan is dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en uitleg soms dicht tegen elkaar aan liggen of in elkaar overvloeien.[116] Blijkt na uitleg toch sprake te zijn van een leemte in het contract dan kan de redelijkheid en billijkheid zich als aanvullende bron aandienen,[117] bijvoorbeeld wan-

111 Zie Parl Gesch. Boek 6, p. 920 (TM).
112 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/382.
113 Parl. Gesch. Boek 6, p. 920 (TM); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/383.
114 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/394.
115 Schelhaas 2017, nr. 1 en nr. 5.
116 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/366, 387; Schelhaas 2017, nr. 23.
117 Zie hierover HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*). Of een overeenkomst een leemte laat, zal door uitleg moeten worden vastgesteld. Zowel Vranken, Tjittes en Schelhaas omschrijven twee gevallen waarin leemten kunnen bestaan: partijen hebben een bepaalde voorziening niet in het contract geregeld

neer de wet of gewoonte geen uitkomst bieden.[118] Het duo vult derhalve in een specifiek geval aan wat partijen ongeregeld hebben gelaten en kan op die manier de rechten en verplichtingen van partijen uitbreiden.[119] De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan verbintenissen en bevoegdheden in het leven roepen, bijvoorbeeld de mogelijkheid een duurovereenkomst op te zeggen.[120]

Beide bronnen kunnen ook in het kader van een onderwijsovereenkomst een rol spelen, waar partijen de overeenkomst niet op papier hebben gesteld zal hier eerder aanleiding toe zijn.

3.2.5 Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid art. 6:248 lid 2 BW

Naast een aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kent dit duo ook een beperkende werking, terug te vinden in lid 2 van artikel 6:248 BW: 'Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen aldus meebrengen dat de inhoud – van wat tussen partijen is afgesproken en door uitleg is vastgesteld, of via de aanvulling op grond van de wet of gewoonte uit de overeenkomst is voortgevloeid – wordt beperkt. Het gevolg van deze beperking is dat er geen beroep op de uit de overeenkomst voortvloeiende regel kan worden gedaan. Deze toets vindt steeds plaats in de concrete omstandigheden van het geval. Ook in de context van het onderwijs kan een regel voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden beperkt wanneer deze in de gegeven omstandigheden naar maatstaven

---

(of daarmee sprake is van een leemte wordt door uitleg bepaald; het kan zijn dat partijen een situatie bewust ongeregeld hebben gelaten, dan is geen sprake van een leemte en is er voor aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid geen rol), of een tussen partijen overeengekomen beding is nietig of vernietigd, of moet buiten toepassing worden gelaten op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie noot Vranken nrs. 4 en 5 onder *Koersplandewegkwijt*; Tjittes 2013, p. 391-392; Schelhaas 2017, nr. 24.

118 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/388; Schelhaas 2017, nr. 15, nr. 24. Al bestaat er geen vaste rangorde tussen de aanvullende bronnen, zie Hijma & Olthof 2017, nr. 492a. Schelhaas bespreekt de eis van noodzaak voor aanvulling: het enkele feit dat er een leemte bestaat, betekent nog niet dat deze moet worden aangevuld. Er kunnen dus niet 'zomaar' op basis van redelijkheid en billijkheid rechtsgevolgen in het leven worden geroepen: er moet wel een belang bestaan en aanvulling moet ook nodig zijn om de rechtsverhouding tussen partijen goed te laten werken. Zonder noodzaak is er in wezen geen leemte, zie Schelhaas 2017, nr. 24 en ook Tjittes 2013, p. 392-393. Wordt er wel aangevuld dan moet deze aanvulling zoveel mogelijk in het verlengde van het tussen partijen overeengekomene liggen, zo geven zij allebei aan.

119 Vgl. Nieuwenhuis 2015, p. 60.

120 Zie hierover nader hoofdstuk 5.

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Artikel 3:12 BW biedt voor de vaststelling wat redelijkheid en billijkheid eisen wederom aanknopingspunten.

3.2.6 Concretisering aan de hand van onderwijswetgeving

3.2.6.1 Onderverdeling wettelijke bepalingen in vier categorieën

Voor de vraag naar de inhoud van de onderwijsovereenkomst is het relevant nader te bekijken wat de onderwijswetgeving betreffende het primair en voortgezet bekostigd onderwijs nu eigenlijk regelt. In het voorgaande is in abstracto aangegeven welke rol deze wetgeving in het kader van de overeenkomst speelt. Hier wil ik wat concreter kijken naar de bepalingen zelf. Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om uitputtend op elke bepaling uit de onderwijswetgeving in te gaan. Wel heeft een exercitie door de Wpo, Wvo en de Wec mij ertoe gebracht verschillende bepalingen uit de onderwijswetgeving te clusteren naar gelang de karakteristieke aspecten van de bepaling. Een strikte scheiding of allesomvattende indeling is niet aan te brengen, het is dan ook goed mogelijk dat sommige bepalingen in meerdere categorieën vallen.

De (1e) categorie die kort gezegd wordt gevormd door de vele bepalingen aangaande *'bureaucratische aspecten'* zal ik niet nader uitlichten. De diverse administratieve, boekhoudkundige ofwel bureaucratische regels die zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs in de onderwijswetgeving vervat liggen gaan bijvoorbeeld over de huisvesting, de aanvang van de bekostiging, de instandhouding, de wijze en de beëindiging van de bekostiging.[121] De inhoud van deze bepalingen biedt voor de vraag naar de invulling van de overeenkomst tussen leerling en school geen directe relevante aanknopingspunten, aangezien deze bepalingen niet zijn gericht op de belangen van de leerling, niet direct de leerling aangaan en zij zich gelet op hun formulering en strekking daarom niet lenen voor interne werking.

De onderwijswetgeving bevat verder bepalingen die in hoofdlijnen de inhoud van het onderwijs voorschrijven, bijvoorbeeld in die zin dat er wordt bepaald welke vakken er gegeven dienen te worden. Deze bepalingen zijn wel relevant in de onderlinge relatie tussen leerling en school. De bepalingen hieromtrent zou ik willen onderbrengen in de (2e) categorie '*cognitieve aspecten*'. Zo geeft artikel 9 Wpo bijvoorbeeld aan wat het onderwijs omvat, denk aan zintuiglijke en lichamelijke oefening, Nederlandse taal, rekenen etc. In de Wvo kunnen de artikelen 13 en 14 als voorbeeld dienen, die aangeven welke vakken er binnen de voorgeschreven profielen worden gegeven. Op het snijvlak met

121 Zie bijv. de art. 69 e.v. Wpo; 64 e.v. Wvo; 70 e.v. Wec.

de hierna te bespreken categorie vallen de kerndoelen die bij algemene maatregel van behoorlijk bestuur worden vastgesteld. Artikel 9 lid 5 Wpo en artikel 11b Wvo geven aan op welke aspecten (vakken), de kerndoelen zien. Zowel voor het primair als voor de eerste jaren van het voortgezet onderwijs zijn kerndoelen opgesteld.[122] Deze kerndoelen vormen streefdoelen en geven kort gezegd aan wat de school moet nastreven, de wijze waarop dit geschiedt wordt overgelaten aan de school.[123] De bepalingen die in de categorie 'cognitieve aspecten' vallen, geven expliciet of impliciet nadere invulling aan het te geven onderwijs.

Er zijn ook bepalingen die meer gericht zijn op de doelstellingen van het onderwijs, met onder andere oog voor het ontwikkelingsproces van de leerling. Zij bergen naar mijn idee '*onderwijskundige uitgangspunten*' in zich en vormen een eigen (3e) categorie. In zijn algemeenheid zien de bepalingen uit deze categorie duidelijk (mede) op de belangen van de leerling. Veel van de bepalingen in deze categorie zullen zich dan ook lenen voor interne werking. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 8 Wpo dat in lid 1 bepaalt dat het onderwijs zodanig wordt ingericht dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen en dat het onderwijs wordt afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen (vgl. art. 2 lid 2 Wvo en art. 11 Wec). Dit artikel bespreekt vervolgens waar het onderwijs zich op richt: op de emotionele en verstandelijke ontwikkeling en ontwikkeling van creativiteit, op het verwerven van noodzakelijke kennis en sociale, culturele en lichamelijke vaardigheden, zie lid 2 en voorts lid 3 (vgl. art. 17 Wvo, art. 11 lid 3 Wec). Wanneer er leerlingen zijn die extra ondersteuning behoeven is krachtens lid 4 het onderwijs gericht op individuele begeleiding afgestemd op de behoeften van de leerling (vgl. art. 17b Wvo).

Iets concreter is lid 6 dat aangeeft dat scholen gebruik maken van een leerling- en onderwijsvolgsysteem. Ook concreet is het bepaalde in lid 9, inhoudende dat het primair onderwijs in beginsel acht jaar ononderbroken onderwijs omvat en dat er ten minste 7.250 uur onderwijs moet worden gegeven (vgl. art. 6g, 7, 8, 9 en 10a Wvo, art. 12 Wec).

Artikel 8 vereist in lid 10 tot slot dat het onderwijs zodanig wordt ingericht dat leerlingen die in verband met ziekte thuis verblijven dan wel zijn opgenomen in een ziekenhuis, op adequate wijze voldoende onderwijs kunnen genieten (vgl. art. 11 lid 6 Wec). Ook zal er op structurele en kenbare wijze aandacht worden besteed aan het bestrijden van achterstanden in het bijzonder in de beheersing van de Nederlandse taal, zoals volgt uit lid 11. Deze laatste twee elementen geven de aanzet naar de volgende te bespreken categorie.

Zo zijn er in de onderwijswetgeving diverse bepalingen te vinden die in algemene zin van de school eisen dat zij 'zorg zal dragen'. De bepalingen zijn

122 Zie de bijlagen van het Besluit vernieuwde kerndoelen Wpo 8 oktober 2005 en het Besluit kerndoelen onderbouw VO 7 juni 2006.

123 Preambule in de bijlage van het besluit vernieuwde kerndoelen Wpo; Paijmans 2013, p. 400.

weergegeven in de vorm van open normen. Zij beslaan zogezegd de (4e) categorie '*maatschappelijke aspecten*'. Zie inzake het zorg dragen voor adequaat onderwijs in geval van ziekte en het bestrijden van taalachterstand naast artikel 8 lid 10 en 11 Wpo voor het voortgezet onderwijs de artikelen 6b en 6d Wvo. Een duidelijk voorbeeld is verder te vinden in de artikelen 4c Wpo, 3b Wvo en 5 Wec. Hierin wordt voorgeschreven dat het bevoegd gezag van een school zorg draagt voor de veiligheid, in de zin van sociale, psychische en fysieke veiligheid, van leerlingen. Ook is een voorbeeld bij uitstek het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, zie de artikelen 10 Wpo, 23a Wvo 19 Wec. De wet geeft aan dat onder zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs in elk geval wordt verstaan het naleven van de bij of krachtens de wet gegeven voorschriften en het uitvoeren van het stelsel van kwaliteitszorg dat de scholen zelf beschrijven in hun schoolplan.

Een aantal concretere bepalingen die binnen het kader van maatschappelijke aspecten een plaats kunnen krijgen zijn de bevoegdheids- en bekwaamheidseisen die worden gesteld aan degenen die onderwijs geven, zie bijvoorbeeld de artikelen 3, 3a en 32a Wpo, 2a Wvo, 3a en 3b Wec.

Andere artikelen die gerangschikt zouden kunnen worden binnen deze categorie zijn bijvoorbeeld de artikelen 21 Wpo, 24 Wvo en 21 Wec, die scholen verplichten tot het opstellen van een schoolplan waarin ter verantwoording naar de ouders, leerling en de inspectie een beschrijving wordt gegeven van het beleid met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs, het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het stelsel van kwaliteitszorg.

Ook dienen scholen een schoolgids op te stellen met daarin informatie over de werkwijze van de school (art. 16 lid 2 Wpo regelt dat het bevoegd gezag jaarlijks de schoolgids vaststelt). De wet schrijft voor op welke diverse terreinen de schoolgids in elk geval informatie over de werkwijze bevat (zie art. 13 Wpo, 24a Wvo en 22 Wec). Ook informatie over de rechten en verplichtingen van leerlingen, ouders, verzorgers en de school en informatie over de klachtenregeling moet in de schoolgids worden opgenomen (zie over de klachtenregeling ook art. 14 Wpo, 24b Wvo en 23 Wec). In het voortgezet onderwijs is het hanteren van een leerlingenstatuut verplicht dat de rechten en verplichtingen van de leerling vastlegt, zie artikel 24g Wvo.

De school dient voor leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte een ontwikkelingsperspectief op te stellen nadat op overeenstemming gericht overleg met de ouders heeft plaatsgevonden en binnen 6 weken na inschrijving van de leerling. Bijvoorbeeld de te hanteren aanpak zal in dit ontwikkelingsperspectief tot uiting komen. Op deze manier zal via het ontwikkelingsperspectief de vereiste individuele begeleiding nader worden ingevuld (art. 40a jo. art. 8 lid 4 Wpo, art. 26 jo. 17b Wvo).

In het kader van maatschappelijke aspecten kan aan de zijde van de school ook de bevoegdheid tot schorsing en verwijdering worden genoemd (zie art. 40 en 40c Wpo, art. 27 Wvo jo. 13, 14 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 40 en 40a Wec). Aan de zijde van de leerling geldt de verplichting deel te nemen aan

het onderwijs (art. 42 Wpo en 46 Wec). Een dergelijke bepaling ontbreekt voor het voortgezet onderwijs, aangenomen wordt dat de verplichting daar net zo zeer geldt.[124] Naar mijn idee zou de onderwijsovereenkomst hiervoor de grondslag kunnen zijn.

De ene bepaling is concreter dan de ander en sommige bepalingen vergen een nadere invulling door de school, maar al met al zijn ook de bepalingen die onder de categorie maatschappelijke aspecten zijn te scharen, duidelijk gericht op de belangen van de leerling en gaan zij duidelijk (mede) de leerling aan. Veelal zullen zij dus geschikt zijn om de overeenkomst aan te vullen, zullen zij interne werking hebben.

3.2.6.2 Doorwerkingsmechanismen van de bepalingen uit onderwijswetgeving

Het geschetste beeld laat zien dat de onderwijswetgeving diverse normen bevat. Sommige zijn open, andere concreter geformuleerd. Wat betekent deze wetgeving voor de onderwijsovereenkomst? De onderwijswetgeving beïnvloedt de overeenkomst tussen school en leerling en kleurt deze nader in. Veel van de bepalingen, zoals door mij in clusters weergegeven in de 2e, 3e en 4e categorie, zullen zogezegd doorwerken in het contract. Anders geformuleerd vullen de bepalingen uit de onderwijswetgeving de rechten en verplichtingen van partijen nader in of aan. De vraag is hoe? In paragraaf 3.2.3 is de aanvulling op grond van de wet uitgebreid aan de orde gekomen, maar ook andere routes dienen zich aan. De wijzen waarop de invulling of aanvulling van de onderwijsovereenkomst door de wetgeving kan geschieden, bevinden zich in het hiervoor besproken kader van artikel 6:248 BW.

Terugkijkend op het kader kan de doorwerking van de onderwijswetgeving allereerst tot uiting komen in de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen. Partijen kunnen expliciet overeenkomen dat de onderwijswetgeving onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Een school kan er uitdrukkelijk naar verwijzen zodat ook de leerling (en ouders) ervan uitgaat dat de wetgeving van toepassing is. Ook is het mogelijk dat leerlingen (en ouders), hoewel een uitdrukkelijke verwijzing ontbreekt, redelijkerwijs hebben mogen verwachten of er gerechtvaardigd op hebben mogen vertrouwen dat de onderwijswetgeving van toepassing is. Het komt hierbij aan op de *Haviltex*-maatstaf en uitleg van de onderwijsovereenkomst waarbij alle omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen. De vaststelling van wat de leerling (en ouders) redelijkerwijs mocht(en) verwachten kan mede worden ingegeven door de onderwijswetgeving. De onderwijswetgeving geeft zo bezien de context zoals bedoeld in de *Haviltex*-maatstaf. Hierbij heeft te gelden dat uitleg geschiedt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Voor de vaststelling hiervan kan te rade worden gegaan bij artikel 3:12 BW dat aangeeft dat rekening zal

124 Noorlander 2005, p. 192.

worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. De Nederlandse onderwijswetgeving biedt hier een goed startpunt. De algemeen erkende rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen kunnen tot uiting zijn gekomen in de onderwijswetgeving. Kortom, via de uitleg van de onderwijsovereenkomst kunnen de bepalingen uit de onderwijswetgeving de verplichtingen uit de overeenkomst nader invullen. Zo zal de verplichting tot het geven van onderwijs, die logischerwijs volgt uit een onderwijsovereenkomst, door de onderwijswetgeving aangaande het primair en voortgezet onderwijs nader worden ingevuld daar waar de wet bijvoorbeeld aangeeft welke vakken dit onderwijs ten minste moet behelzen.

De tweede route is aanvulling op grond van de wet. De onderwijswetgeving zal de overeenkomst aanvullen wanneer partijen een en ander ongeregeld hebben gelaten. Dit zal het geval zijn wanneer de bepaling uit de onderwijswetgeving gelet op de redactie of strekking ervan zich leent voor interne ofwel aanvullende werking (uitleg van de voor toepassing in aanmerking komende wetsbepaling). Hier dienen aldus de clusters van de laatste drie genoemde categorieën zich aan. De bepalingen verschillen in precisie en inhoud zodat het in sommige gevallen op grond van de formulering mogelijk al duidelijk is dat de wet aanvult terwijl in andere gevallen eerst de strekking van de bepaling zal moeten worden achterhaald. Kortom, de wet moet worden uitgelegd. Ook zal afhankelijk van de inhoud van de voorliggende bepaling bij de ene bepaling duidelijker zijn wat de aanvulling nu met zich brengt dan bij de andere. Zo is het aantal onderwijsuren vrij precies omschreven, terwijl de verplichting een schoolgids te hebben veel ruimte laat voor invulling door de school. Wel is voorgeschreven op welke terreinen de schoolgids ten minste informatie moet bevatten.

Wanneer partijen afwijken van de wet ontstaat de vraag in hoeverre de onderwijswetgeving hieraan in de weg staat en wordt het eventuele dwingende karakter van een bepaling relevant. De onderwijswetgeving regelt in haar bepalingen zelf niet de privaatrechtelijke consequenties van een afwijkende regeling in het contract, bijvoorbeeld nietigheid of vernietigbaarheid. Dit heeft te maken met het gegeven dat in beginsel de onderwijswetgeving is geschreven voor de relatie tussen de school en de overheid en niet zo zeer met het oog op een contractuele relatie tussen de school en de leerling. Om te beoordelen of afwijking van de wet in de relatie met de leerling en derhalve voor de onderwijsovereenkomst gevolgen heeft, zal via artikel 3:40 BW de geldigheid van de onderwijsovereenkomst of een daarin opgenomen beding moeten worden beoordeeld. Dit is geen sinecure. Het eventuele in strijd handelen met de wet kan via lid 1 en toetsing aan de gezichtspunten ontwikkeld in de rechtspraak meebrengen dat de rechtshandeling nietig is omdat deze ook strijd oplevert met de openbare orde. Mocht een bepaling inderdaad de geldigheid van bijvoorbeeld een beding aantasten, dan zou indien de overeenkomst verder

in stand blijft de onderwijswetgeving de ontstane leemte kunnen aanvullen of opvullen. Of dit gebeurt is afhankelijk van de voorliggende bepaling en van de belangen van partijen. Dit kan maar is niet automatisch het geval.

De derde mogelijkheid is terug te vinden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid wanneer sprake is van een leemte in het contract. Uitleg en aanvulling middels de maatstaven van redelijkheid en billijkheid liggen dicht tegen elkaar aan. Ook hier kan voor de aanknopingspunten uit artikel 3:12 BW worden aangesloten bij de bepalingen uit de onderwijswetgeving, doordat de Nederlandse onderwijswetgeving een uiting is van de algemeen erkende rechtsbeginselen ofwel de in Nederland levende rechtsovertuigingen in de context van het onderwijs. Ook zouden de maatschappelijke en persoonlijke belangen kunnen worden gekleurd door dat wat in de onderwijswetgeving geregeld is. Zou uitleg of aanvulling op grond van de wet er niet toe leiden dat de onderwijswetgeving het contract binnengetrokken wordt, dan komt men waarschijnlijk ook door middel van deze derde doorwerkingsmogelijkheid niet snel tot dit resultaat. Systematisch is het evenwel mogelijk, en deze route biedt wellicht bij uitstek een vangnet.

Deze drie mogelijkheden komen voort uit het eerste lid van artikel 6:248 BW. De vierde huist in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, terug te vinden in het tweede lid van artikel 6:248 BW. Wederom kan de Nederlandse onderwijswetgeving een weergave vormen van de aanknopingspunten in artikel 3:12 BW en derhalve relevant zijn bij de vraag wat redelijkheid en billijkheid eisen. Daarbij kan het zo zijn dat de onderwijswetgeving via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de toepassing van een contractuele regel in de weg staat, omdat toepassing naar diezelfde maatstaven onaanvaardbaar is. Wellicht is daarna aanvulling op grond van de wet of de redelijkheid en billijkheid mogelijk. Er moeten voor het buiten toepassing laten van een regel of beding op grond van artikel 6:248 lid 2 BW met behulp van de onderwijswetgeving dan waarschijnlijk wel specifieke omstandigheden aanwezig zijn. Het tweede lid ziet namelijk op het buiten toepassing laten van een beding in het individuele geval. Denkbaar is dus dat een beding artikel 3:40 BW heeft doorstaan, maar dat het in het specifieke geval toch buiten toepassing moet worden gelaten.

Hoe verhouden deze routes zich tot elkaar, biedt de ene wellicht meer mogelijkheden dan de andere als we het hebben over de doorwerking van onderwijswetgeving? Er kan moeilijk in abstracto worden gezegd hoe deze doorwerkingsmogelijkheden zich tot elkaar verhouden. Er bestaat geen rangorde. Bij elk van de routes draait het om doorwerking van de genoemde clusters uit de 2e, 3e en 4e categorie, nu de bepalingen die hieronder te scharen zijn duidelijk, in meer of mindere mate, gericht zijn op de belangen van de leerling, aldus (mede) dienen ter bescherming hiervan en derhalve ook de interne relatie tussen leerling en school raken. Wellicht kan de uitleg van een overeenkomst in een specifiek geval ook bepalingen uit de onderwijswetgeving binnen halen die in beginsel niet gericht zijn op de leerling. Zo bezien zou

uitleg wellicht verder kunnen gaan dan aanvulling op grond van de wet. Dit ligt evenwel niet direct voor de hand. De gezichtspunten van de verschillende mechanismen komen vrij sterk overeen en zullen met andere woorden wellicht al snel in dezelfde richting wijzen daar waar de vraag is of de methode doorwerking van onderwijswetgeving oplevert. Dit maakt het lastig de verhouding tussen deze mechanismen in abstracto te benoemen, maar ontneemt tegelijkertijd ook het belang van het benoemen hiervan. Daarbij komt dat een partij in beginsel zelf de keuze heeft waar zich op te beroepen en zelf beslist wat zij wil bereiken.

De onderwijswetgeving kan dus via verschillende routes haar stempel drukken op een onderwijsovereenkomst. De ene route is wellicht een zachtere (uitleg, aanvulling op grond van de wet en de redelijkheid en billijkheid wanneer partijen iets ongeregeld laten) dan de andere (dwingende wet, beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid die in de weg kunnen staan aan wat partijen zijn overeengekomen). Duidelijk is dat er voldoende ruimte voor publiekrechtelijke normering bestaat. Het hebben van deze ruimte kan meer onzekerheid betekenen. Ogenschijnlijk, want dat de onderwijswetgeving in ieder geval op een manier zal doorwerken wordt plausibeler naarmate er meerdere routes zijn om tot dat resultaat te komen. Dat is in ieder geval zo wanneer partijen een en ander ongeregeld laten en een bepaling (mede) strekt tot de bescherming van de belangen van de leerling zodat deze haar weg in de interne relatie zal vinden. Wel blijft de vraag overeind hoever een bepaling uit onderwijswetgeving reikt of in hoeverre een bepaling gevolgen heeft voor de interne verhouding tussen een school en een leerling wanneer een school contractueel afwijkt van een wettelijke bepaling. Het hebben van deze vier doorwerkingsmethoden dwingt de wetgever in principe duidelijkheid te verschaffen in hoeverre de bepalingen uit de onderwijswetgeving aan een afwijkende afspraak in de overeenkomst tussen school en leerling in de weg staan. Laat de wetgever deze vraag onbeantwoord, dan blijft de rechter aangewezen zich te buigen over en een keuze te maken met betrekking tot de doorwerkingsmethode in een aan hem voorgelegd geval. Zie over hoe de rechter dit in praktijk doet paragraaf 3.6.

3.2.7 Afrondende opmerkingen betreffende het vermogensrechtelijk kader ter vaststelling van de inhoud van de onderwijsovereenkomst

Aan de hand van het kader dat zich bevindt in artikel 6:248 BW kan de inhoud van de onderwijsovereenkomst worden vastgesteld. Voorop staan de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen, waarvan de inhoud door uitleg zal worden bepaald. Aan de hand van de *Haviltex*-norm en een eventuele objectieve benadering bestaat een subtiele maatstaf voor uitleg van een onderwijsovereenkomst. Voorts is er aanvulling op grond van de wet mogelijk. Ook de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid dienen zich als aanvullende bronnen

aan. Zo kunnen de overeengekomen rechten en verplichtingen in een voorliggend geval worden uitgebreid met die rechtsgevolgen die wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid meebrengen. Tot slot zou de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mee kunnen brengen dat bepaalde regels tussen partijen juist buiten toepassing worden gelaten. Gelet op het geschetste kader – uitleg, aanvulling en beperking – kan dus niet op voorhand worden gezegd wat 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst is. Voor het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen biedt artikel 6:248 BW een overzichtelijk kader.

Het voorhanden zijnde contractenrechtelijke kader is flexibel. Het biedt voldoende gelegenheid rekening te houden met alle omstandigheden van het geval en met de belangen van partijen en overige betrokkenen. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid nemen in dit kader een duidelijke plaats in, waardoor met de specifieke context van het onderwijs rekening kan worden gehouden. Ook is er een prominente rol voor de onderwijswetgeving weggelegd. Deze kan op verschillende wijzen haar werking hebben in de contractuele relatie door de rechten en verplichtingen nader in te vullen of aan te vullen. Desalniettemin verdient het aanbeveling dat de wetgever duidelijker is over de status van de onderwijswetgeving. Wil er gewerkt worden met een contract in het onderwijs dan is het van groot belang dat er over het effect van de wetgeving op de contractuele relatie meer helderheid bestaat.

Dit contractenrechtelijke kader overziend is het relevant kort een paar punten uit de onderwijsliteratuur aan te stippen. In deze literatuur is onder andere gesteld dat het zwaartepunt van de rechtsverhouding wordt gevormd door een wettelijk bepaald standaardregime en dat de onderwijsovereenkomst vooral te zien is als ingang waarbij 'een standaardregime van rechtstreekse en onrechtstreekse wettelijke rechten en verplichtingen wordt "ingeschakeld"'.[125] Het klopt dat de onderwijswetgeving een belangrijke rol speelt bij de bepaling van de inhoud van de rechtsverhouding tussen school en leerling. Dit wordt ook allerminst over het hoofd gezien wanneer gewerkt zou worden met een overeenkomst. Sterker nog, zoals uit de besproken doorwerkingsmechanismen blijkt, biedt het BW een contractenrechtelijk kader dat voldoende mogelijkheden heeft om (ook of juist) met de publiekrechtelijke onderwijswetgeving rekening te houden. Het gegeven dat de verhouding in het openbaar en bijzonder onderwijs sterk genormeerd wordt door het publiekrecht kan wat dat betreft bezwaarlijk als argument worden gebruikt tegen het aannemen van een overeenkomst.[126] Dit gegeven hoeft aan het bestaan van

125 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111 over het bijzonder onderwijs.

126 Dit argument is naar voren gekomen bij Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111 wat betreft het bijzonder onderwijs en p. 107 over het openbaar onderwijs en is naast andere argumenten in lijn met Snel & Postma 1999, p. 65. Zie ook Vermeulen 2001, p. 166.

een overeenkomst derhalve niet af te doen.[127] Invloed van publiekrecht op privaatrechtelijke overeenkomsten is bovendien niet ongebruikelijk. Ook de huur-, arbeid- of zorgsector wordt beïnvloed door publiekrecht en toch is in die sectoren sprake van privaatrechtelijke overeenkomsten. Tegelijkertijd laat het hiervoor geschetste contractenrechtelijke kader uit artikel 6:248 lid 1 BW en bijbehorende jurisprudentie zien dat het bij de vaststelling van de inhoud van de rechtsverhouding tussen leerling en school wel degelijk om meer kan gaan dan om wettelijke voorschriften of een 'wettelijk bepaald standaardregime', denk aan uitleg van het tussen partijen overeengekomene en aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid.

In de literatuur is als voordeel van het werken met een contract in het onderwijs aangemerkt dat 'glashelder is welke afspraken tussen partijen gelden en wat zij (niet) van elkaar mogen verwachten'.[128] Het maken van afspraken kan inderdaad helderheid verschaffen, maar als uitgangspunt heeft dan nog steeds te gelden dat de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen door uitleg nader vast zullen moeten worden gesteld. Tegen de overeenkomst is in gebracht dat nooit alles geregeld kan worden, nu 'vrijwel onmogelijk zal zijn een overeenkomst op schrift te stellen waarin alle rechten en verplichtingen van zowel school als leerling, ouders zijn opgenomen'.[129] Uit het kader volgt dat ook niet alles onder woorden behoeft te worden gebracht. Zoals ik inzichtelijk heb willen maken is het BW met artikel 6:248 BW er immers juist toe uitgerust aan de onmogelijkheid alles te regelen tegemoet te komen.

3.3 KARAKTERISTIEKEN ONDERWIJSOVEREENKOMST

3.3.1 Inleiding

Benadrukt moet worden dat de rechten en verplichtingen die op partijen rusten moeten worden vastgesteld door middel van het in de vorige paragraaf besproken kader. Om evenwel een algemeen beeld te krijgen van waar we het over hebben, wil ik kort een inventarisatie maken van hoofdverplichtingen en -rechten die mogelijk uit een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs voortvloeien. De hier geformuleerde rechten en verplichtingen beschrijf ik voorts om de vraag naar het rechtskarakter hiervan na te gaan. Zijn deze verplichtingen en rechten te kwalificeren als verbintenissen die uit

127 Zie ook Hennekens 2000, p. 546; Hennekens 1988, p. 133; Pors meent dat het gegeven dat de rechtsverhouding tussen leerling en school dwingend wordt geregeld door o.a. wetten in formele zin geen belemmering hoeft te vormen voor een eventuele onderwijsovereenkomst, Pors 1990, p. 157. Zie ook Hermans, Backx & Pors 1993, p. 187.

128 Huisman (red.) 2017, p. 106 in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroepsonderwijs (art. 8.1.3 Web).

129 Huisman (red.) 2017, p. 106 in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroepsonderwijs (art. 8.1.3 Web).

de onderwijsovereenkomst voortvloeien, of draait het wellicht om Obliegenheiten? Ook worden andere karakteristieken besproken: heeft een onderwijsovereenkomst het karakter van een wederkerige overeenkomst? Is er sprake van een duurovereenkomst? En kan zij als wellicht als een overeenkomst van opdracht worden gekwalificeerd?

Het concretiseren van de hoofdverplichtingen en -rechten die over het algemeen uit een onderwijsovereenkomst zullen voortvloeien, het bespreken van het rechtskarakter hiervan en het verkennen van overige karakteristieken van een dergelijke overeenkomst is nodig om de vraag naar toepassing van de civielrechtelijke remedies uit het BW te kunnen onderzoeken. In de volgende hoofdstukken waarbij de mogelijkheden tot opschorting en ontbinding worden onderzocht, zal ik uitgaan van de hier geformuleerde hoofdverplichtingen en -rechten (eventuele bijkomende verplichtingen laat ik buiten beschouwing).

3.3.2 Schets hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten van partijen

Welke hoofdverplichtingen zullen er over en weer op partijen rusten wanneer er een onderwijsovereenkomst wordt gesloten? Stoop geeft in zijn niet uitputtende omschrijving van de onderwijsovereenkomst de hoofdverplichtingen van de leerling en het bevoegd gezag als volgt weer:

> 'De onderwijsovereenkomst is een contract, waarbij de ene partij, het bevoegd gezag van een school, zich tegen betaling van een bepaald geldsbedrag verbindt er voor zorg te dragen, dat de andere partij, de leerling, door terzake bevoegde leraren wordt onderwezen in een hierbij overeengekomen opleiding en wel zodanig dat de andere partij de leerling, op basis daarvan redelijkerwijs in de mogelijkheid verkeert – ter behaling van een aan de overeengekomen opleiding verbonden diploma – met goed gevolg examen af te leggen en waarbij de andere partij, de leerling zich verbindt te doen wat in zijn vermogen ligt om door het volgen van lessen, het leren van schoolonderzoeken en examens het aan de overeengekomen opleiding verbonden diploma te behalen, en op grond waarvan een bepaald geldsbedrag dient te worden voldaan.'[130]

Noorlander vindt in deze omschrijving de focus teveel liggen op de laatste fase van het onderwijs en het behalen van het examen en acht de verplichting tot betaling van een som geld aan de zijde van de leerling onjuist gelet op

130 Stoop 1977, p. 457. Zie in navolging van Stoop ook Neutenboom 1988, p. 11; Pors 1999, p. 158; Hermans Backx en Pors 1993 p. 191, Vlaardingerbroek 2016, p. 495-496. Een eerdere ruime omschrijving van een onderwijscontract is gegeven door De Groot: 'Het geheel van, expliciete en impliciete, regelingen en gebruiken waarin de rechten en plichten van degenen die het onderwijs geven (de instelling, de studieleiding, de docenten) en degenen die het onderwijs ontvangen (de leerlingen/studenten) besloten liggen.' Zie De Groot & Stroomberg 1972, p. 215, deel II in het Glossarium bij Deel I.

de kosteloosheid van het primair en voortgezet onderwijs. Voorts mist hij onder andere een benoeming van de plicht van het bevoegd gezag zorg te dragen voor de veiligheid en gezondheid van de leerlingen.[131] Hij komt tot de volgende omschrijving van een onderwijsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende belangrijkste verplichtingen:

> 'Een overeenkomst, die tot stand komt op basis van de inschrijving van de onderwijsontvanger en de toelating van de onderwijsontvanger door de onderwijsinstelling, waarbij 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.'[132]

Mijns inziens kunnen de hoofdverplichtingen aan de zijde van het bevoegd gezag als volgt worden omschreven:

1. het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs van een bepaalde soort (primair of voortgezet onderwijs, niveau, soort opleiding etc.);
2. het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs, de toetsen en examens;
3. het zich voldoende inspannen jegens de leerling ten aanzien van de kwaliteit van het door de leerling te ontvangen onderwijs en diens veiligheid en gezondheid.[133]

Deze verplichtingen hangen zeer nauw met elkaar samen. Wat betreft de eerste verplichting ligt de focus op het geven van het onderwijs. Dat is de hoofdverplichting die op het bevoegd gezag rust en die door middel van daartoe bevoegde leraren zal moeten worden uitgevoerd. Het ontvangen onderwijs moet vervolgens de leerling redelijkerwijs in de mogelijkheid brengen de schoolperiode en examens met goed gevolg af te leggen. Dit schuift al meer op naar het element van kwalitatief deugdelijk onderwijs en houdt mede verband met de derde verplichting.

Het onderwijs moet van een bepaald niveau zijn en het bevoegd gezag heeft de zorgplicht zich hiertoe voldoende in te spannen. Naast zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs vloeit uit deze derde verplichting voort

---

131 Noorlander 2005, p. 249.

132 Noorlander 2005, p. 249. Noorlander heeft in de bijlagen bij zijn dissertatie een 'proeve van een nieuwe wettelijke regeling van de rechtspositie van leerlingen en ouders binnen de Wpo en de Wvo' opgenomen met daarin o.a. zijn (uitgebreidere) opsomming van rechten en plichten van de leerling.

133 De weergave van deze drieslag vormt als het ware een combinatie van de verplichtingen besproken door Noorlander, Stoop, Pors en Paijmans.

dat de school zich voldoende zal moeten inspannen om de veiligheid en gezondheid van de leerlingen te waarborgen. Deze derde verplichting is met andere woorden de zorgplicht te noemen die een school jegens de leerling in acht moet nemen.[134] Er kan worden gesproken van een bijzondere zorgplicht die rust op de school. Ook rechters bestempelen de zorgplicht van de school wel als 'bijzondere',[135] maar ook spreken zij sec van een zorgplicht.[136] Redenen om een bijzondere zorgplicht in het onderwijs aan te nemen zouden naar mijn idee gevonden kunnen worden in het specifieke karakter van de verhouding tussen de school en de leerling, de maatschappelijke functie die een school heeft, de verantwoordelijkheid die het in stand houden van een school meebrengt en het vertrouwen dat leerlingen en ouders aan de deskundigheid van de school ontlenen. Ook speelt mee dat (minderjarige) kinderen leerplichtig zijn en dus ingeschreven moeten staan, de school moeten bezoeken en het onderwijs moeten volgen. Daarbij kan het nodig zijn dat een school haar eigen belangen achterstelt ten behoeve van de belangen van de leerling, maar ook zal de school de belangen van medeleerlingen moeten meewegen.[137] Er zijn meerdere bijzondere elementen in het onderwijs aan te wijzen die zouden kunnen leiden tot het aannemen van een bijzondere zorgplicht.[138]

Tot slot kan uiteraard de tweede verplichting niet ontbreken, voor de hand liggend is dat uit de overeenkomst voortvloeit dat de school de leerling ook laat deelnemen aan het onderwijs, de toetsen en examens. Dat houdt ook in dat de school de leerling tot het onderwijs en de toetsen en examens zal moeten toelaten.

---

134 De derde verplichting bevat kort gezegd de civielrechtelijke zorgplicht die scholen jegens leerlingen hebben zoals Paijmans in haar proefschrift omschrijft. Zie over zorgplicht uit contract en de zorgvuldigheidsnorm ex art. 6:162 BW Paijmans 2013, p. 102 e.v. Voor de vraag naar de reikwijdte van deze zorgplicht bezien vanuit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, zie Paijmans 2013.

135 Zie bijv. Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252 en meerdere verwijzingen in Paijmans 2013, p. 199, voetnoot 69. Zie ook hierna par. 3.5.3 over rechtspraak.

136 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.

137 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 189.

138 Paijmans meent daarentegen dat, hoewel de zorgplicht van scholen niet licht is te noemen, deze niet wezenlijk afwijkt van andere zorgplichten die door de Hoge Raad niet als bijzonder zijn getypeerd, zodat het niet nodig is van een bijzondere zorgplicht te spreken. Zij stelt de zorgplicht van een school niet op een lijn met die van een bank of notaris, op wie een bijzondere zorgplicht rust, maar wel met die van een werkgever, een wegbeheerder of een ziekenhuis (Paijmans 2013, p. 119-120). Voor de aansprakelijkheid van een voor het handelen tijdens het bewegingsonderwijs of voor aansprakelijkheid voor het beneden de maat zijn van de kwaliteit van het onderwijs, sluit zij (wel) aan bij de norm die voor vrije beroepsbeoefenaren zoals ook de notaris en bijvoorbeeld de advocaat of arts jegens cliënt of patiënt geldt (waar sprake is van overeenkomsten): de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mag worden verwacht (Paijmans 2013, p. 305, 314, 442).

De leerling is op zijn beurt in de kern verplicht:
1. aan het onderwijs, de toetsen en examens deel te nemen;
2. zich te gedragen en te onthouden van ordeverstorend gedrag in de school;
3. zich voldoende in te spannen tijdens het volgen van het onderwijs.

Men kan zich afvragen of op de leerling ook een vierde verplichting rust om te betalen voor het onderwijs. Niet in de zin van een vrijwillige ouderbijdrage maar in de zin van een hoofdverplichting voortvloeiend uit de overeenkomst. Men zou op grond van de volgende redenering tot een dergelijke hoofdverplichting kunnen komen. Door het geven van onderwijs kan de school recht krijgen op een vergoeding. De betaling van deze vergoeding geschiedt bijvoorbeeld in het particulier onderwijs door de leerling, dan wel de ouders. In het bekostigd openbaar en bijzonder onderwijs geschiedt de betaling echter door de overheid.[139] De bekostiging door de overheid is geregeld in de onderwijswetgeving die voorwaarden stelt waaraan de school moet voldoen. De verplichting te betalen zou in theorie op de leerling kunnen rusten maar kunnen worden uitgevoerd door een derde, te weten de Staat (vgl. art. 6:30 BW). Al is het mogelijk de betalingsverplichting in het licht van een hoofdverplichting te bezien, meen ik dat het element van betaling niet moet worden ingekleed als contractuele hoofdverplichting rustend op de leerling. Het raakt mijns inziens de bekostigingssfeer tussen overheid en school en het is niet de leerling die zal kunnen worden aangesproken te betalen.

Een hoofdverplichting die in ieder geval op de leerling rust, is het deelnemen aan het onderwijs en de voor de leerling bestemde onderwijsactiviteiten. Ten tweede zal de leerling zich dienen te gedragen en dienen te onthouden van ordeverstorend gedrag binnen de school. De leerling mag de veiligheid van medeleerlingen en leerkrachten niet in gevaar brengen. Deze verplichting, zich als goed leerling gedragen, kan omschreven worden als 'goed leerlingschap'.[140] De derde hoofdverplichting bestaat erin dat de leerling zich voldoende zal inspannen tijdens het volgen van het onderwijs. De leerling dient met andere woorden niet slechts aanwezig te zijn maar ook mee te doen tijdens de lessen, zich voor te bereiden, huiswerk te maken e.d. Dit volgt deels ook al uit de verplichting tot deelname aan het onderwijs. Kort gezegd zal de leerling zich voldoende moeten inspannen om het door hem beoogde resultaat

139 Sperling 2009: het bevoegd gezag krijgt recht op loon dat in het openbaar en gesubsidieerd bijzonder onderwijs wordt betaald door de overheid.

140 Vergelijk 'goed huurderschap' in art. 7:213 BW, de verplichting die op de huurder rust zich t.a.v. het gebruik van de gehuurde zaak als een goed huurder te gedragen. Noorlander p. 195 spreekt over de plicht tot 'goed leerlingschap' als vage norm die als restcategorie kan worden beschouwd, waaronder diverse gedragsverplichtingen geplaatst kunnen worden, die niet reeds onder de door hem omschreven verplichtingen (zoals het zich op betamelijke wijze gedragen) vallen.

te bereiken.[141] Dit resultaat kan zijn het behalen van het juiste niveau om in het primair onderwijs te kunnen worden bevorderd naar een hogere groep, of om aan het eind van de basisschoolperiode naar het voortgezet onderwijs door te stromen, dan wel om te kunnen worden bevorderd naar de opvolgende klassen in het voortgezet onderwijs met uiteindelijk het kunnen afleggen van een eindexamen leidend tot een diploma. De vraag kan worden gesteld of ook de leerplichtige leerling of zeer jonge leerling daadwerkelijk zélf een dergelijk resultaat beoogt. Mijns inziens doet dit er echter niet aan af dat gedurende de schoolperiode kan worden gevergd dat de leerling zich inspant.

De hoofdverplichtingen van de school zullen daarmee corresponderende rechten van de leerling meebrengen. Ook aan de verplichtingen die rusten op de leerling lijkt een corresponderend recht van de school te kunnen worden gekoppeld. Hierover in de volgende paragraaf meer.

Van de overeenkomst kunnen uiteraard nog meer rechten en verplichtingen deel uitmaken. Deze kunnen naast de hoofdverplichtingen als bijkomende rechten en verplichtingen worden bestempeld. Dergelijke verplichtingen kunnen bij het aangaan van de overeenkomst worden afgesproken, maar zij kunnen ook voortvloeien uit de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).

Denkbaar is het om de hoofdverplichtingen anders in te kleden dan ik heb gedaan. Ten aanzien van de verplichting van de school kan bijvoorbeeld worden opgemerkt dat de harde kernverplichting zich in het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs bevindt. De rest van de verplichtingen van de school zouden dan als bijkomende verplichtingen kunnen worden aangemerkt. De verplichtingen van de leerling (en dus niet alleen de tweede genoemde verplichting) zouden eventueel alle drie gezamenlijk onder de noemer 'goed leerlingschap' kunnen worden gebracht.

Ik heb ervoor gekozen de verplichtingen uiteen te rafelen en niet onder een noemer te brengen. Ook houd ik het bij hoofdverplichtingen en bespreek ik geen nadere bijkomende verplichtingen. Zodoende beperk ik mij ten behoeve van de overzichtelijkheid in het vervolg van het onderzoek tot bovengenoemde onderscheiden hoofdverplichtingen, drie aan de zijde van de school en drie aan de zijde van de leerling.

3.3.3 Rechtskarakter: Verbintenissen of Obliegenheiten?

3.3.3.1 Inleiding

Het uitgangspunt van dit proefschrift is dat aan de rechtsverhouding tussen leerling en school een overeenkomst ten grondslag ligt, waarop het contracten-

141 Cohen 1988, p. 48 e.v. en Noorlander 2005, p. 193 e.v. spreken van een 'ijverclausule' of 'ijververplichting'.

recht uit Boek 6 BW van toepassing is. Dat neemt niet weg dat voor de vraag *hoe* het contractenrecht kan worden toegepast in het onderwijs (zie de volgende hoofdstukken), het nodig is te weten *of* de rechten en verplichtingen van de leerling en de school als verbintenis zijn te karakteriseren. De regelingen van opschorting (art. 6:262 BW) en ontbinding (art. 6:265 BW) zien immers op de niet-nakoming of het tekortschieten in de nakoming van een *verbintenis*.[142] Ook denkbaar is dat verplichtingen uit een onderwijsovereenkomst als Obliegenheiten moeten worden gezien. Uit een overeenkomst kunnen namelijk verbintenissen voortvloeien, maar mogelijk ook andere verplichtingen, die niet in rechte afdwingbaar zijn, zogeheten Obliegenheiten.

Aan de hand van een korte bespreking van de theorie inzake de begrippen verbintenis en Obliegenheit ga ik na of de hoofdverplichtingen en -rechten van school en leerling als verbintenis of Obliegenheit kunnen worden gekarakteriseerd. Hierbij zal het voornamelijk aankomen op de vraag of de voorliggende verplichtingen in rechte afdwingbaar zijn (anders gezegd of de mogelijkheid bestaat nakoming te vorderen van de hiermee corresponderende rechten), zoals gebruikelijk is bij een verbintenis.

3.3.3.2 Verbintenissen

De overeenkomst is een bron van verbintenissen. Het begrip *verbintenis* wordt in het BW niet gedefinieerd. De ontwerpers van het Nieuw BW hebben het opstellen van een definitie aan de wetenschap overgelaten.[143] Blijkens de parlementaire geschiedenis neemt het ontwerp tot uitgangspunt:

> '(…) dat alleen bij die rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen. Bij een verbintenis staat tegenover de rechtsplicht van de één een vorderingsrecht van de ander, dat een bestanddeel van diens vermogen is, en in het algemeen overdraagbaar en executabel is. Een verbintenis is derhalve niet aanwezig, wanneer degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, niet een met die rechtsplicht corresponderend vermogensrecht heeft.'[144]

De verbintenis wordt in de literatuur tegenwoordig omschreven als 'een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is'.[145] Het draait dus om een rechtsbetrekking waarbij voor de één een verplichting bestaat en voor de ander een daarmee

142 Het algemene artikel over opschorting 6:52 BW spreekt van een opeisbare *vordering* en art. 6:261 lid 2 BW kent een schakelbepaling waarin wordt gesproken van *wederzijdse prestaties*.
143 Parl. Gesch. Boek 6, p. 37.
144 Parl. Gesch. Boek 6, p. 38.
145 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.

corresponderend recht.[146] In deze (ruime) zin wordt de verbintenis gezien als een *rechtsbetrekking*, een band tussen twee personen.[147] Het begrip verbintenis kent evenwel ook een gangbare tweede betekenis, namelijk in de (enge) zin van *rechtsplicht*.[148] In deze gedaante omschrijft het begrip verbintenis de passieve zijde van de rechtsbetrekking, de schuld, de verplichting om te presteren, de verplichting of prestatie op zichzelf.[149] In het BW wordt deze betekenis voor het begrip verbintenis op meerdere plekken gebruikt, bijvoorbeeld in de artikelen 6:213, 6:227, 6:261, 6:262, 6:265 BW.[150] De omschrijving in termen van rechtsbetrekking staat in de literatuur voorop. Ook ik hanteer in deze paragraaf deze omschrijving. Zo onderzoek ik na weergave van de theorie of uit de onderwijsovereenkomst verbintenissen in de zin van rechtsbetrekking voortvloeien, al zal ik daarbij vanwege het spraakgebruik ook verbintenis in de zin van de passieve zijde gebruiken.

Het begrip verbintenis is niet vastomlijnd. Wanneer men het begrip (toch) nader probeert te ontleden, welke kenmerken heeft een verbintenis dan in de regel? Het is (a) een rechtsbetrekking tussen twee of meer personen, die (b) van vermogensrechtelijke aard is, waarbij (c) met de rechtsplicht van de één een recht van de ander correspondeert en die (d) doorgaans in rechte afdwingbaar is.

Er ontstaat dus (a) een band tussen twee of meer bepaalde personen, schuldeiser en schuldenaar.[151]

Deze is (b) van vermogensrechtelijke aard. Alleen die rechtsbetrekkingen die 'een zuiver vermogensrechtelijk karakter hebben' zijn verbintenissen.[152] De literatuur beschrijft niet wat onder vermogensrechtelijke aard precies wordt verstaan. Wel wordt aangegeven dat bijvoorbeeld familierechtelijke betrekkingen of verplichtingen van puur familierechtelijke aard van het begrip verbintenis zijn uitgesloten, te denken valt aan de verplichting van echtgenoten tot getrouwheid.[153] Men zou de rechtsbetrekking van vermogensrechtelijke aard kunnen omschrijven als 'een op het terrein van het vermogen liggende prestatie' waartoe een ander gerechtigd is.[154] Hierbij is niet vereist dat de prestatie

146 Zie ook Hijma & Olthof 2017, nr. 299: 'een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen waarbij de een verplicht is tot een bepaalde prestatie tegenover de ander die tot die prestatie gerechtigd is'; Asser/Sieburgh 6-I 2016/12 over enerzijds een recht en anderzijds een daarmee corresponderende verplichting.
147 Smits 2003, nr. 4, p. 5; Schut 1987, p. 97.
148 Smits 2003, nr. 4, p. 5; Schut 1987, p. 98.
149 Asser/Sieburgh 6-I 2016/12, Hijma & Olthof 2017, nr. 299.
150 Smits 2003, nr. 4, p. 5.
151 Asser/Sieburgh 6-I 2016/7, Schut 1987, p. 102, Smits 2003, nr. 5, p. 6.
152 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.
153 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6, Schut 1987, p. 102, Smits 2003, nr. 6, p. 9.
154 Krans 2014, nr. 5, p. 7.

of verbintenis op geld waardeerbaar is.[155] Is een prestatie dit wel, dan is daarin een aanwijzing van het vermogensrechtelijke karakter te vinden. Noodzakelijk is het op geld waardeerbaar zijn evenwel niet.[156] Vroeger werd deze eis wel gesteld. De gedachte was dat indien bij niet-nakoming van de verbintenis geen schadevergoeding kon worden gevorderd, de verbintenis een sanctie zou ontberen.[157] Het vermogensrechtelijk karakter van een verbintenis kan evenwel ook tot uiting komen door het recht op nakoming, eventueel versterkt met een dwangsom of de mogelijkheid van reële executie.[158]

Daarmee is het derde kenmerk aan de orde (c), dat de schuldeiser een subjectief recht heeft dat correspondeert met de rechtsplicht van de schuldenaar. De parlementaire geschiedenis wijst erop dat met de rechtsplicht een corresponderend subjectief vermogensrecht moet bestaan.[159] Meijers omschrijft een subjectief recht als 'een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid die hem verleend wordt om zijn belang te dienen'. Meijers vervolgt met: 'het normale type van een subjectief recht is dan verder het subjectieve vermogensrecht, hetwelk door de rechthebbende overgedragen en door schuldeisers uitgewonnen kan worden (…)'.[160] Meijers bestempelt het subjectieve vermogensrecht als het normaaltype, waar derhalve variaties op mogelijk zijn. Evenmin als het begrip verbintenis kent het begrip subjectief (vermogens)recht een vastomlijnde betekenis. Artikel 3:6 BW heeft betrekking op vermogensrechten en luidt: 'Rechten die hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.' Het artikel pretendeert evenwel geen definitie van vermogensrechten te geven in de zin van een uitputtende omschrijving.[161]

Doorgaans is een verbintenis (d) in rechte afdwingbaar.[162] Dit houdt in dat er van een verbintenis nakoming kan worden gevorderd (de schuldenaar is gehouden zijn verplichting te voldoen). Zie in dit verband artikel 3:296 lid 1 BW dat luidt: 'Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te

155 Een voorbeeld is het teruggeven van een geleend document, ook al kan de waarde niet in geld worden uitgedrukt; de brief moet wel worden teruggegeven. Gebeurt dit niet dan zal geen schadevergoeding kunnen worden gevorderd maar wel kan bijv. een dwangsom opgelegd worden, zie Schut 1987, p. 104. Een ander voorbeeld van een niet op geld waardeerbare verbintenis is de informatieplicht van de hulpverlener uit art. 7:448 BW, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/27.

156 Smits daarentegen geeft aan dat het begrip verbintenis 'gereserveerd is voor de verhouding waaruit rechten die op geld waardeerbaar zijn voortvloeien', Smits 2003, nr. 6, p. 9.

157 Asser/Sieburgh 6-I 2016/27.

158 Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/27; Schut 1987, p. 104.

159 Zie het citaat aan het begin van deze par. 3.3.3.2.

160 Meijers 1948, p. 86, zie ook p. 304.

161 Parl. Gesch. Boek 3, p. 91 (M.v.A. II).

162 Asser/Sieburgh 6-I 2016/14.

geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld'. Voor de afdwingbaarheid van een verbintenis is relevant of deze voldoende bepaalbaar is. Artikel 6:227 BW geeft aan dat de verbintenissen die partijen op zich nemen voldoende bepaalbaar moeten zijn. Dit is het geval wanneer partijen voldoende duidelijk aangeven wat de inhoud van de verbintenis is of indien voldoende aanknopingspunten bestaan om op andere wijze te bepalen wat de inhoud is.[163] Het gaat dus vooral om bepaalbaarheid; bij het aangaan van een overeenkomst hoeft de prestatie niet nauwkeurig of uitdrukkelijk te worden geregeld.[164] Maar uiteindelijk is niet elke verbintenis afdwingbaar, zo kan van een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW) geen nakoming worden gevorderd omdat de rechtsdwang ontbreekt.[165]

3.3.3.3 Obliegenheiten

Uit een overeenkomst kunnen ook andere verplichtingen dan verbintenissen voortvloeien. Het kan zijn dat een partij een gehoudenheid heeft zich jegens een ander op een bepaalde wijze te gedragen op straffe van verlies of beperking van haar zelf toekomende rechten of bevoegdheden.[166] Het nalaten zich op een bepaalde wijze te gedragen kan zekere nadelige rechtsgevolgen met zich brengen, die niet bestaan in een vordering tot nakoming of een vordering tot schadevergoeding aan de zijde van de wederpartij.[167] Een dergelijke gehoudenheid[168] kan worden aangeduid met de term *Obliegenheit*. Deze term is afkomstig uit Duitse literatuur, waarin bijvoorbeeld de volgende omschrijving van het begrip Obliegenheit is te vinden:

> 'Obliegenheiten sind Verhaltensanforderungen, zu deren Erfüllung man nicht gezwungen werden kann, deren Beachtung aber im eigenen Interesse liegt, um sonst eintretende Nachteile zu vermeiden. Sie werden teilweise als "Pflichten geringerer Intensität", teilweise als, "Gebote des eigenen Interesses" angesehen.'[169]

In algemene bewoordingen kunnen Obliegenheiten worden omschreven als 'juridische verplichtingen die als zodanig niet afdwingbaar zijn, maar waarvan de schending wel tot een voor de verantwoordelijke partij nadelig rechtsgevolg kan leiden'.[170] Zij kunnen voortvloeien uit een overeenkomst, de wet[171]

---

163 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/283.
164 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/284, 285.
165 Er bestaat zogezegd wel een aanspraak, maar er ontbreekt een stok achter de deur, Schut 1987, p. 104.
166 Hoffman/Van Opstall 1976, p. 49; Keirse 2003, p. 76.
167 Castermans 1992, p. 30; Smits 2003, nr. 12, p. 17.
168 Naast gehoudenheid wordt er t.a.v. Obliegenheit gesproken over 'geval van rechtsdrang' of 'last', zie Hofmann/Van Opstall 1976, p. 49. In termen van 'last' (en tegelijkertijd het begrip Obliegenheit vermijdend) Van der Wiel 2004, p. 11 e.v.
169 Wolf/Neuner 2012, p. 210; Jansen 2012, p. 36.
170 Zo formuleert Jansen de Obliegenheit, zie Jansen 2012, p. 35-36.

of de redelijkheid en billijkheid. De verplichting in de zin van Obliegenheit wordt wel omschreven als 'plicht met een geringere intensiteit'[172] of 'plicht in oneigenlijke zin'.[173] Dit zal te maken hebben met de niet afdwingbaarheid van Obliegenheiten. Zo wordt weergegeven dat degene op wie zij rust bij niet-inachtneming of niet naleving ervan 'slechts' de eigen rechtspositie ondergraaft.[174] Met een Obliegenheit correspondeert zogezegd geen recht van de ander, er ontstaat geen aanspraak of vorderingsrecht.[175] Over de vraag wat er onder 'zekere nadelige rechtsgevolgen' wordt verstaan, bestaat geen uitsluitsel.[176] Ook over de vraag of de gehoudenheid jegens een ander bestaat of enkel ligt in het eigen belang, lijkt eveneens verschillend te kunnen worden gedacht.[177] Toch zullen Obliegenheiten ook het belang van de wederpartij dienen, ook al kan er geen nakoming of schadevergoeding bij niet-nakoming worden gevorderd:

> 'Ungeachtet ihres Eigennutzes dienen Obliegenheiten grundsätzlich auch dem Interesse einen anderen, ohne dass dieser aber ein entsprechendes Verhalten von dem Belasteten fordern und einklagen kann. Die Rechtsordnung sieht hier von jedem Erfüllungszwang und auch von einer Schadenersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung ab und begnügt sich stattdessen mit schwächeren Sanktionen. Diese bestehen in der Regel in dem Verlust einer günstigen Rechtsposition oder in einem sonstigen Rechtsnachteil.'[178]

De figuur van Obliegenheiten is niet geheel uitgekristalliseerd. Wel is het verschil met een verbintenis duidelijk. Waar de verbintenis (met uitzondering van de natuurlijke verbintenis) afdwingbaar is en er met de verplichting een vorderingsrecht van de wederpartij correspondeert, ontbreekt de afdwingbaarheid en de aanspraak bij een Obliegenheit.

---

171 Het meest voorkomende voorbeeld van een Obliegenheit uit de wet is de klachtplicht uit art. 6:89 en 7:23 BW.

172 Smits 2003, nr. 12, p. 17.

173 Asser/Hijma 7-I* 2013/543.

174 Zie Hijma in Asser/Hijma 7-I* 2013/543 (over de klachtplicht), 233 (over de mededelingsplicht in het kader van dwaling), 337 (over de onderzoeksplicht van de koper).

175 Vgl. Wessels 1986, p. 88.

176 Vranken zoekt de sancties in de sfeer van de beperkende werking van de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) of in de rechtsverwerking, Vranken 1989, p. 198; in dezelfde zin Keirse 2003, p. 76.

177 Wessels 1986, p. 88 spreekt van 'een 'plicht' tegenover jezelf, gestoeld op het gegeven dat de vervulling ervan ligt in welbegrepen eigen belang', zie ook Jansen 2012, p. 38, voetnoot 114; Smits 2003, nr. 12, p. 18 geeft weer dat er geen plicht is om zich *jegens een ander* op een bepaalde wijze te gedragen, maar dat een Obliegenheit een plicht op de schuldeiser *zelf* legt. Hoffmann/Van Opstall 1976, p. 49 betrekt de plicht wel op andere personen: de gedrongene moet zich jegens een andere persoon of personen, de belanghebbenden, met het oog op de belangen van deze(n) op een bepaalde wijze gedragen. Vgl. Keirse 2003, p. 76.

178 Wolf/Neuner 2012, p. 102.

3.3.3.4 Verplichtingen van de school

Hoe zijn de verplichtingen van de school en daarmee corresponderende rechten van de leerling te karakteriseren? Het eerste kenmerk (a) is in het onderwijs duidelijk. Er ontstaat een band, een rechtsbetrekking, tussen de individuele leerling en de school waar deze is ingeschreven.

Er is aarzeling om van een verbintenis te spreken in verband met het tweede kenmerk van de verbintenis, het vermogensrechtelijke karakter (b). Volgens sommigen zou een vermogensrechtelijk karakter niet rijmen met het geven en ontvangen van onderwijs.[179] Deze aarzeling is begrijpelijk, aangezien in het primair en voortgezet onderwijs in de verhouding school, kind en ouders tegenover de prestatie van de één – verzorgen van kwalitatief deugdelijk onderwijs – geen prestatie van de ander in de vorm van een geldelijke beloning staat.

Dit staat evenwel aan het aannemen van een vermogensrechtelijk karakter niet in de weg. Er is immers wel degelijk een geldelijke tegenprestatie maar die komt niet uit de zak van de leerling, maar van de Staat. Zo bezien valt er in het bekostigd onderwijs wel van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking te spreken.

Het geven en ontvangen van onderwijs zou ook om een andere reden als vermogensrechtelijk van aard kunnen worden bestempeld. Het vertegenwoordigt immers vermogenswaarde. Kijk bijvoorbeeld naar de particuliere of commerciële instellingen waar door studenten onderwijs ingekocht kan worden. Bovendien is het mogelijk dat leerlingen bij het krijgen van ondeugdelijk onderwijs kosten van bijles moeten maken, of vertraging in hun opleiding oplopen zodat zij de arbeidsmarkt mogelijk later betreden waardoor er mogelijk schade wordt geleden. Ook daarin is vermogenswaarde te herkennen.[180] Hoewel voor het aannemen van een verbintenis niet noodzakelijk, geeft het zich voordoen van vermogenswaarde wel een aanwijzing dat we met een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking van doen hebben. Gelet op het bovenstaande acht ik voldoende aanknopingspunten aanwezig om de rechtsbetrekking een vermogensrechtelijk karakter toe te dichten.

Het derde kenmerk (c) levert mijns inziens geen problemen op. Met de verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs correspondeert het recht van de leerling op het krijgen of ontvangen hiervan. In de omschrijving van het begrip verbintenis in de huidige literatuur wordt er gesproken over 'gerechtigd zijn tot een prestatie'. Uit een verbintenis vloeit derhalve het recht op de prestatie voort; een aanspraak ofwel een vorderingsrecht.

Het begrip vermogensrecht (als in artikel 3:6 BW) komt in de huidige omschrijving van het begrip verbintenis niet terug. De parlementaire geschiedenis wijst wel op een met de rechtsplicht van de één corresponderend 'subjectief

179 Paijmans 2013, p. 45; Snel & Postma 1999 in het kader van het openbaar onderwijs, p. 65.
180 Zie op dit punt anders Noorlander 2005, p. 252.

vermogensrecht', een vorderingsrecht, van de ander. Snel en Postma menen – in de context van de verhouding in het openbaar onderwijs – dat het recht van leerlingen op deugdelijke scholing geen vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW is. Zij menen dat artikel 3:6 BW zogenaamde alternatieve vereisten bevat waaraan voldaan moet zijn wil sprake zijn van een vermogensrecht. Volgens hen voldoet het recht op deugdelijke scholing niet aan een van de alternatieve vereisten hiervan. Hun conclusie luidt vervolgens dat de relatie ter zake van dat recht dan ook 'bezwaarlijk als een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking kan worden opgevat'.[181]

Deze opvatting deel ik niet. Ten eerste is het recht van de leerling op deugdelijk onderwijs mogelijk wél onder artikel 3:6 BW te vatten. Het is geen overdraagbaar recht en ook is niet direct duidelijk dat het er toe strekt stoffelijk voordeel te verschaffen. Maar wel zou volgehouden kunnen worden dat het recht op deugdelijk onderwijs in ruil voor verstrekt stoffelijk voordeel is verkregen; de vergoeding van de Staat voor het geven van onderwijs is immers verstrekt in ruil voor het krijgen van onderwijs aan de zijde van de leerling. Ten tweede wordt het begrip vermogensrecht door de auteurs te beperkt opgevat. Zoals de parlementaire geschiedenis aangeeft, betreft artikel 3:6 BW immers geen uitputtende omschrijving van het begrip vermogensrecht en bevat het artikel geen vereisten. Te spreken van en alleen te kijken naar alternatieve vereisten uit artikel 3:6 BW geeft blijk van een te begrensde benadering. Het begrip vermogensrecht is net zo min als het begrip verbintenis vastomlijnd. Zo is wel het beeld geschetst dat het begrip subjectief vermogensrecht mee dient te evolueren met de tijd en ontwikkelingen in de maatschappij.[182] Bovendien is hun redenering die in essentie inhoudt 'omdat geen sprake is van een vermogensrecht zoals omschreven in artikel 3:6 BW is er ook geen sprake van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking' te kort door de bocht en naar mijn mening onjuist. Aan de rechtsbetrekking in het onderwijs is, zoals ik hiervoor heb geschetst, wel een vermogensrechtelijk karakter toe te dichten.

Is sprake van een afdwingbare verplichting in de zin van het vierde kenmerk (d)? Naar mijn idee is er niets op tegen om de verplichting als afdwingbare verplichting aan te merken. Sterker nog de verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs leent zich voor afdwingbaarheid. Deze verplichting is tot op zekere hoogte concreet en tastbaar. De school moet

181 Snel & Postma 1999, p. 65 in het kader van het openbaar onderwijs. Zij spreken over het recht op deugdelijke scholing dat leerlingen jegens de (gemeentelijke) overheid hebben en over de relatie gemeente–ouder/leerling. Voor de inhoud en strekking van de rechtsrelatie moet volgens hen primair naar de desbetreffende publiekrechtelijke regeling worden gekeken. Er moet volgens Snel en Postma niet van een onderwijsovereenkomst gesproken worden als direct moet worden gezegd dat de regels over verbintenissen er niet op van toepassing zijn.

182 Wessels 1984, p. 89, zie ook p. 60 waarin Wessels instemt met de opvatting dat het begrip vermogensrecht zeer extensief moet worden geïnterpreteerd. Zie ook: Knigge 2012, p. 13 onder verwijzing naar Wessels.

bijvoorbeeld zorgen voor een leerkracht voor de klas die bevoegd is onderwijs te geven. Ook moet de school bijvoorbeeld zorgen voor een ingericht klaslokaal met lesmateriaal voor leerlingen. Heeft een leerling meer maatwerk of aandacht nodig dan is de school in de context van de door haar zelf gemaakte afspraken en keuzes (binnen art. 23 GW) daaraan te houden. De leerling kan naar de rechter stappen om nakoming van het recht op deugdelijk onderwijs te vorderen (of van het recht op toelating tot het onderwijs of op het hebben van een veilige leeromgeving, zo moet bijvoorbeeld het schoolgebouw veilig zijn en niet op instorten staan). Aldus gaat het mijns inziens om het leveren van prestaties die goed als afdwingbare verplichtingen zijn aan te merken.

Uiteindelijk is het een normatieve keuze of er sprake is van een recht waarvan nakoming kan worden gevorderd. Men zou kunnen menen dat een leerling deze mogelijkheid niet heeft en dat handhaving van het recht op kwalitatief deugdelijk onderwijs bijvoorbeeld door de onderwijsinspectie moet geschieden. De consequentie kan zijn dat de bescherming van het kind in het niet valt. De onderwijsinspectie is op grond van de Wot dan wel gehouden de kwaliteit van het onderwijs te onderzoeken, maar zij zal door leerlingen en ouders naar mijn weten niet ingeschakeld kunnen worden om het individuele recht op het ontvangen van onderwijs te effectueren.[183] Daarvoor zal de leerling, na eventuele andere middelen aangewend te hebben, de mogelijkheid moeten hebben om naar de rechter te stappen. Stel dat er continu uitval van lessen is, dan zou een leerling of ouders zich toch tot de civiele rechter moeten kunnen wenden? Beter gezegd: dan kan deze leerling zich ook naar huidige maatstaven tot de civiele rechter wenden.

Ik heb mij voornamelijk gericht op de verplichting van de school om kwalitatief deugdelijk onderwijs te geven. Er is geen reden anders te denken

183 Vgl. in dit kader een annotatie van J. Donner bij Rb. Amsterdam 11 juni 1998 (de uitspraak van de kantonrechter in de Schaapman-zaak) in *de Gemeentestem* 1998, nr. 7091, 6, p. 83: 'De rechtsmiddelen om een recht op behoorlijk onderwijs af te dwingen worden door de verschillende auteurs in het publieke recht gezocht. Dat behoeft op zich het hanteren van privaatrechtelijke middelen niet te belemmeren, zeker in het licht van de toegenomen autonomie van scholen'. Ondernomen stappen zoals klachten kenbaar maken bij Inspectie 'kunnen leiden tot maatregelen om op de betreffende school orde op zaken te stellen, zij zullen er niet gauw toe leiden dat op individuele leerlingen gerichte maatregelen zoals het verzorgen van bijles worden getroffen', Donner 1998, p. 82. Vgl. verder annotatie van J.M.V. Dubelaar bij Rb. Amsterdam 11 juni 1998 in *NTOR* oktober 1998, p. 166 (en p. 165 waar staat: 'Een van de meest wezenlijke regels is uiteraard dat de verplichtingen die partijen bij de overeenkomst aangaan, moeten worden nagekomen. Niet- of niet-deugdelijke nakoming is wanprestatie en verplicht tot vergoeding van schade die daardoor mocht ontstaan. Er is geen enkele reden waarom dit in het onderwijs niet zou gelden.'). Vgl. Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89): Onjuist acht de rechtbank het verweer van de school dat een ouder die klachten heeft over het onderwijs geen andere rechtsgang openstaat dan een klacht bij de onderwijsinspectie in te dienen of de medezeggenschapsraad en/of de oudercommissie te informeren; een ouder kan zich wel degelijk tot de burgerlijke rechter wenden indien wordt gemeend dat de school wanprestatie pleegt.

over de andere verplichtingen van de school en daarmee corresponderende rechten van de leerling. Hiermee bedoel ik de verplichting tot het laten deelnemen aan het onderwijs en tot het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, de veiligheid en gezondheid van de leerling. Niet alleen hangen zij nauw samen met de verplichting om kwalitatief deugdelijk onderwijs te geven. Ook hebben zij op zichzelf beschouwd een eigen waarde voor de leerling, die in rechte erkenning heeft gekregen.[184] Aan het vermogensrechtelijke karakter van de rechtsbetrekking en afdwingbaarheid van de verplichting wordt voldaan, zodat deze elementen naar mijn idee dan ook niet in de weg staan aan het aannemen van een verbintenis.

In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt daar waar van een overeenkomst wordt uitgegaan door sommigen de vraag of hieruit verbintenissen voortvloeien niet geproblematiseerd, bijvoorbeeld omdat zij de aanwezigheid van verbintenissen vanzelfsprekend achten.[185] Door anderen wordt bij de vraag naar het verbintenisrechtelijke karakter van de onderwijsovereenkomst wel stilgestaan. Zij zien voor het aannemen of bestaan van verbintenissen geen beletsel.[186]

Gelet op het bovenstaande lijkt het mij aangewezen om de verplichtingen van de school en daarmee corresponderende rechten van de leerling als verbintenissen aan te merken.

3.3.3.5 Verplichtingen van de leerling

Wanneer de blik wordt gericht op de verplichtingen die op de leerling rusten, valt op dat het rechtskarakter lastiger te bepalen is. In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt bij de verplichtingen van de leerling in het kader van de vraag naar het verbintenisrechtelijke karakter van de overeenkomst minder uitgebreid stilgestaan. Nu eens omdat de vraag niet wordt opgebracht, dan weer omdat dit karakter vanzelfsprekend wordt geacht.[187] Expliciet worden 'het volgen van alle lessen' en 'het doen van wat in het vermogen van de leerling ligt om door het volgen en voorbereiden van lessen, het leren van de opgedragen stof en het afleggen van examens, de opleiding met succes te voltooien', als verbintenissen die rusten op de leerling aangemerkt.[188] Daar waar de vraag naar

184 Zie voor rechtspraak par. 3.5. Vgl. Pors 1990, p. 157 over vordering tot toelating die kan worden gezien als vordering tot nakoming van de overeenkomst.

185 Stoop 1977, p. 547 e.v.; Pors 1990, p. 158. Vgl. Huisman & Zoontjens 2009, p. 39 die opmerken dat de kwalificatie tot onderwijsovereenkomst van belang is omdat hierdoor het in titel 6.5 BW vervatte overeenkomstenrecht van toepassing is.

186 Noorlander ten aanzien van het openbaar en bijzonder onderwijs, Noorlander 2005, p. 252-253; Huisman & Noorlander 2004 in het kader van het bijzonder onderwijs, p. 154.

187 Stoop 1977, p.

188 Pors 1990, p. 158, herhaald in Hermans, Backx & Pors 1993, p. 192; niet-nakoming van de verbintenis tot het volgen van alle lessen kan volgens Pors na ingebrekestelling leiden tot ontbinding van de overeenkomst. Ook wordt door hem als verbintenis genoemd: het betalen van een bepaald geldbedrag door de leerling.

het verbintenisrechtelijke gehalte van de verplichtingen wel naar voren wordt gebracht, worden zij ook als verbintenissen bestempeld; dat bijvoorbeeld de verplichting om zich op een behoorlijke manier te gedragen van de leerling geen economische waarde zou representeren, vormt volgens de desbetreffende auteurs geen beletsel omdat ook niet op geld waardeerbare verplichtingen als verbintenis kunnen worden beschouwd.[189] Ook bij de verplichtingen van de leerling komt het voornamelijk aan op de vraag naar het vermogensrechtelijke karakter en de mogelijke afdwingbaarheid van deze verplichtingen.

De leerling moet deelnemen aan het onderwijs, zich goed gedragen, zich onthouden van ordeverstorend gedrag en zich voldoende inspannen. Het is ongebruikelijk de verplichtingen van de leerling op geld te waarderen. Zij hangen echter nauw samen met de verplichtingen van de school en om die reden zou het al aanbeveling verdienen ze over één kam te scheren. Deze verplichtingen die op de leerling rusten vormen als het ware noodzakelijke voorwaarden voor de school om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen. Vanwege deze nauwe samenhang met de verplichtingen van de school kan een vermogensrechtelijk karakter in de zin van het tweede kenmerk (b) worden aangenomen. Daarbij komt dat hoewel de omstandigheid dat een prestatie op geld waardeerbaar is een aanwijzing kan zijn voor het aannemen van een vermogensrechtelijk karakter, de afwezigheid ervan evenwel niet het tegendeel meebrengt: 'sommige verplichtingen worden tot het vermogensrecht gerekend hoewel de waarde daarvan niet in geld kan worden uitgedrukt'.[190]

Wat valt op wanneer er per verplichting naar het derde kenmerk (c), het met de verplichting corresponderende recht, en het vierde kenmerk (d), de afdwingbaarheid wordt gekeken? Op de leerling rust de verplichting tot deelname aan het onderwijs. De school heeft er groot belang bij dat de leerling het onderwijs volgt, al is het maar om te kunnen voldoen aan haar eigen verplichting. Ook overige leerlingen kunnen er belang bij hebben, bijvoorbeeld wanneer het aankomt op samenwerken of groepsprojecten. Zo gezien is een belangrijk kenmerk van de verbintenis een gegeven: de afdwingbaarheid in rechte behoort – gelet op de betrokken belangen – tot de mogelijkheden. Vanzelfsprekend zal de stap naar de rechter zelden bij scholen opkomen, maar dit doet aan het rechtskarakter niet af.

Wanneer een school constateert dat een leerling verzuimt aanwezig te zijn, zal zij acties ondernemen om de leerling weer naar school te krijgen, bijvoorbeeld door gesprekken te voeren met de leerling zelf en/of ouders.[191] Wanneer sprake is van een serieus en ongeldig verzuimgeval, zal de school de

189 Huisman & Noorlander 2004, p. 154; Noorlander 2005, p. 252-253.
190 Aldus Schut 1987, p. 104.
191 'Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak', de Inspectie Veiligheid en Justitie oktober 2016, p. 6.

leerplichtambtenaar inschakelen (art. 21, 21a Lpw).[192] De wet voorziet vervolgens in een strafrechtelijk traject, zodat de 'nakoming van de verbintenis' buiten beeld lijkt te geraken. Niettemin wordt aan een 'civiele aanpak' de voorkeur gegeven, aldus de inspectie van Veiligheid en Justitie in haar rapport over de strafrechtelijke aanpak van schoolverzuim.[193] Met 'civiele aanpak' wordt hier niet bedoeld in rechte nakoming vorderen, maar aanpak buiten het strafrechtelijke kader om, in het kader van de jeugdhulpverlening. Schoolverzuim hangt vaak samen met problemen in de familie sfeer.[194] Een nakomingsactie van de school lost die problemen niet op. Toch laat dit onverlet dat de school nakoming kan vragen, gelet op haar eigen belang en de belangen van medeleerlingen bij aanwezigheid en deelname van de leerling.[195]

De leerling is verplicht zich goed te gedragen en zich te onthouden van ordeverstorend gedrag. Zoals eerder genoemd zou deze verplichting eventueel omschreven kunnen worden als 'goed leerlingschap'. In het kader van huur wordt 'goed huurderschap' (zie art. 7:213 BW) als een verbintenis aangemerkt die de verhuurder in rechte kan afdwingen bijvoorbeeld wanneer de huurder overlast veroorzaakt.[196] De verplichting tot 'goed leerlingschap' zou men als een vergelijkbare verplichting kunnen zien in het onderwijs, in die zin dat de school nakoming kan vorderen in het geval dat de leerling ordeverstorend gedrag vertoont.

Is er aanleiding om deze verplichting toch als niet afdwingbaar te beschouwen en deze derhalve als een Obliegenheit te karakteriseren zoals besproken in paragraaf 3.3.3.3? Is met andere woorden sprake van een gehoudenheid zich op een bepaalde wijze te gedragen op straffe van verlies van de leerling zelf toekomende rechten en ondergraaft met andere woorden de leerling op wie de verplichting rust bij niet naleving 'slechts' zijn eigen rechtspositie? Naar mijn idee niet, de plicht zich te onthouden van ordeverstorend gedrag is meer dan louter een gehoudenheid zich op een bepaalde wijze te gedragen. De school moet onder andere in het belang van overige leerlingen kunnen ingrijpen bij ordeverstorend of onveilig gedrag van de leerling. Zou de leerling zich niet aan deze verplichting houden dan heeft de leerling kort gezegd zeker niet 'alleen zichzelf ermee' – op de gedragingen van de leerling kan de school reageren, bijvoorbeeld met nablijven of het nemen van een ordemaatregel zoals

192 In deze artikelen staat dat het hoofd van de school onverwijld kennis geeft aan burgemeester en wethouder dan wel aan de minister indien een ingeschreven leerplichtige leerling zonder geldige reden 16 uren lestijd heeft verzuimd gedurende een periode van vier opeenvolgende weken.

193 Rapport 'Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak', p. 7.

194 Rapport 'Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak', p. 7.

195 Vgl. Storimans 2009, p. 62 die zich erover verwondert dat het bevoegd gezag of het hoofd ingevolge de Leerplichtwet niet verantwoordelijk is of op zijn minste medeverantwoordelijk is gesteld voor de nakoming van de schoolbezoekplicht door de jongere.

196 Het kan in desbetreffende gevallen ook om een vordering tot schadevergoeding of eventueel ontbinding draaien.

schorsing of wellicht verwijdering – maar ook wel degelijk de medeleerlingen en leerkrachten. Correcte nakoming van deze verplichting straalt af op de omgeving van de leerling, reden waarom de school de leerling daaraan moet kunnen houden. Hoewel van een Obliegenheit ook kan worden gezegd dat deze naast het eigen belang tevens het belang van anderen kan dienen, zou het de school afhouden van de mogelijkheid tot nakoming de leerling in een te vrijblijvende positie plaatsen.

Frustreert de leerling het geven van onderwijs of de veiligheid van andere betrokkenen, dan moet de school kunnen ingrijpen.[197] Ofschoon naar mijn idee in rechte nakoming kan worden gevorderd zal dit zich in praktijk niet snel voordoen. De school zal van deze verplichting door middel van andere vormen dan in rechte de leerling tot nakoming van goed gedrag manen.

De verplichting tot het zich voldoende inspannen tijdens het volgen van het onderwijs is mijns inziens het minst gemakkelijk te karakteriseren. Op het eerste gezicht lijkt de figuur van Obliegenheit de goede eigenschappen te hebben. De verplichting zou kunnen worden gekarakteriseerd als een gehoudenheid zich op bepaalde wijze te gedragen, waarvan het nalaten zekere nadelige rechtsgevolgen met zich brengt, verlies of beperking van rechten of bevoegdheden. Dit heeft naar mijn idee te maken met het gegeven dat wanneer de leerling zich niet inspant, de gevolgen vooral voor de leerling zelf voelbaar zullen zijn.[198] De leerling is gehouden zich voldoende voor te bereiden, huiswerk te maken, mee te doen in de les etc. Laat de leerling dit na, dan zal een leerling waarschijnlijk onvoldoendes halen, geen herkansingsmogelijkheden meer kunnen benutten en niet naar het volgende jaar kunnen worden bevorderd zodat er gedoubleerd moet worden. De leerling zou uiteindelijk het recht op nakoming van het krijgen van onderwijs kunnen verliezen en de school moeten verlaten, bijvoorbeeld wanneer de school het beleid heeft dat een leerling niet in dezelfde klas twee keer mag doubleren.[199]

Maar, is de verplichting zich als leerling in te spannen ook als zodanig niet afdwingbaar door een school? Een kenmerk van een Obliegenheit is immers de niet afdwingbaarheid ervan. Onmiskenbaar heeft de school er veel belang bij dat leerlingen zich voldoende inspannen. Spannen leerlingen zich in dan heeft dat zijn positieve uitwerking op andere leerlingen en wordt de

197 Men zou kunnen spreken van een zogenaamd 'netwerkkarakter', vgl. in het kader van het netwerkkarakter van de franchiseovereenkomst Asser/Houben 7-X 2015/144.

198 Vgl. de discussie tussen Stoop en Trietsch t.a.v. de vraag of van een onderwijsovereenkomst sprake is en of daaruit een op de leerling rustende prestatieverplichting tot het 'z'n best doen' kan voortvloeien. Trietsch (1978, p. 489) meent in tegenstelling tot Stoop (1977, p. 457; 1978, p. 509) dat er niet van een juridische verplichting maar slechts van een morele verplichting (jegens zijn ouders of misschien zelfs wel in de eerste plaats jegens zichzelf) sprake zou kunnen zijn.

199 Hoewel uiteraard het onvoldoende presteren niet per definitie het gevolg hoeft te zijn van onvoldoende inspanning – een leerling kan ook heel veel inzet tonen maar het niveau niet halen omdat dit te hoog is – is een verband tussen inzet en resultaat wel aanwezig.

uitvoering van de taakopdracht van leerkrachten niet gefrustreerd. Zo komt het inspannen van de leerlingen het moreel en het leerproces in de klas ten goede.[200] Ook heeft de school er belang bij dat leerlingen door hun inspanningen kunnen doorstromen naar een volgende klas of naar vervolgonderwijs of hun examen behalen. Hogere slagingspercentages zijn goed voor het imago van een school. De school kan dus een met de inspanningsverplichting corresponderend recht of aanspraak hebben, waarvan ook nakoming behoort te kunnen worden gevorderd. Noorlander spreekt van een juridische verplichting zich als leerling in te spannen[201] en schetst het beeld van juridisch optreden tegen onwillige leerlingen die de onderwijskundige en opvoedkundige taakuitoefening van de school belemmeren. In uitzonderlijke omstandigheden zou volgens hem een leerling verwijderd kunnen worden wegens het stelselmatig niet nakomen van de inspanningsverplichting.[202] Over nakoming spreekt hij niet letterlijk.[203] Hoewel mijns inziens de in te roepen sancties los staan van het aanmerken van een verplichting als verbintenis, kunnen deze wel een aanwijzing opleveren dat de verplichting een afdwingbare verplichting betreft.

Het is mijns inziens dus niet vanzelfsprekend dat slechts van een Obliegenheit sprake is. Op de keper beschouwd komt het wederom neer op een normatieve keuze of er een vorderingsrecht ontstaat en sprake is van een afdwingbare verplichting. Deze keuze is mijns inziens niet eenvoudig te maken. Naar mijn mening is het echter niet op voorhand uitgesloten dat de verplichting zich voldoende in te spannen als een verbintenis dient te worden gekwalificeerd, gelet op het eigen belang dat de school bij nakoming van deze verplichting heeft. Evenals ten aanzien van de eerder genoemde verplichtingen meen ik dat de inspanningsverplichting wel in rechte afdwingbaar is, maar dat in praktijk een dergelijke vordering zich nauwelijks voor zal doen. Het voeren van een procedure tegen een leerling zal voor de school niet snel opwegen tegen het resultaat dat daarmee zal kunnen worden behaald. Nakoming eisen van de inspanningsverplichting zal vooral buiten de rechter om plaatsvinden, maar dat neemt niet weg dat deze verplichting als afdwingbaar kan worden beschouwd en daarmee ook als verbintenis is aan te merken.

200 Vgl. Noorlander 2005, p. 193.

201 Noorlander 2005, p. 193, in navolging van Cohen (1981, p. 48) in het kader van hoger onderwijs.

202 Noorlander geeft vervolgens onder vermelding van rechtspraak weer dat hieraan wel strenge eisen moeten worden gesteld. Verwijdering kan bijvoorbeeld niet in de loop van het schooljaar, art. 14 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo, Noorlander 2005, p. 194.

203 Vgl. Cohen 1981, p. 51 die over het hoger contractonderwijs opmerkt: 'Wanneer een student zich niet houdt aan zijn inspanningsverplichting, dan heeft de docent een even eenvoudige als doeltreffende sanctie: het contract wordt ontbonden, de slaaggarantie vervalt en de inspanningsverplichting wordt teruggebracht tot het niveau waartoe een docent in het algemeen verplicht is.'

3.3.3.6 Afronding rechtskarakter

De vraag naar het rechtskarakter van de hoofdverplichtingen die rusten op de school en de leerling blijkt niet eenvoudig te beantwoorden. Dit houdt vooral verband met de theorie van de verbintenis die niet in beton gegoten is. Uitgaande van de algemene kenmerken van de verbintenis kúnnen de verplichtingen van de school waarmee rechten van de leerling corresponderen mijns inziens als verbintenissen worden aangemerkt. De leerling kan deze mijns inziens in rechte afdwingen. In essentie komt het aan op een keuze die in de maatschappij ten aanzien van de vraag naar afdwingbaarheid wordt gemaakt. Wanneer wordt ingezoomd op de verplichtingen van de leerling is het karakter wellicht nog minder eenvoudig vast te stellen. Maar ook ten aanzien van deze verplichtingen is niet uitgesloten dat sprake is van afdwingbare verplichtingen en daarmee van verbintenissen. Zeker als belangen van de school zelf en van medeleerlingen in ogenschouw worden genomen.

3.3.4 Wederkerige overeenkomst en schakelbepaling

Uit artikel 6:261 lid 1 BW volgt dat een overeenkomst wederkerig is indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt. Partijen zijn in geval van een wederkerige overeenkomst 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. Dit wordt het 'do ut des' karakter genoemd: 'Ik geef opdat jij geeft'. Kenmerkend is dan ook het ruilkarakter.[204] De hoofdverplichtingen waartoe partijen zich verbinden zijn onderling afhankelijk.[205] De vraag of van een ruilkarakter sprake is, moet volgens de parlementaire geschiedenis 'aan economische en psychologische begrippen worden getoetst'.[206] En de vraag naar wederkerigheid moet worden gesteld ten aanzien van een 'gegeven, zich in werkelijkheid opdoende, bepaalde overeenkomst'.[207] Het antwoord hangt dus af van de inhoud van de voorliggende overeenkomst en de omstandigheden van het geval.[208]

Kan een onderwijsovereenkomst als een wederkerige overeenkomst worden aangemerkt? Het antwoord op deze vraag vergt inzicht in de inhoud van de overeenkomst, dat wil zeggen in de hoofdverplichtingen die uit de desbetreffende onderwijsovereenkomst voortvloeien. Uitgaande van de besproken hoofdverbintenissen kan een onderwijsovereenkomst inderdaad als een weder-

204 Parl. Gesch. Boek 6, p. 989.
205 Schut 1987, p. 86; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/81.
206 Parl. Gesch. Boek 6, p. 988 (TM).
207 Parl. Gesch. Boek 6, p. 990 (Advies RvS).
208 Klomp, GS Verbintenissenrecht, art. 6:261 BW, aant. 6.

kerige overeenkomst worden aangemerkt. De onderwijsovereenkomst bindt wederzijds. Zowel de school als de leerling neemt verplichtingen op zich: beiden 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, zich goed gedraagt en zich inspant.[209] Een school heeft ook een eigen belang bij de deelname, het goede gedrag en de inspanning van de leerling vanwege bijvoorbeeld de positieve invloed op de groepsdynamiek. De leerling zal op zijn beurt aan het onderwijs deelnemen, zich goed gedragen en inspannen met de bedoeling kwalitatief goed onderwijs te krijgen in een veilige omgeving.[210] Deze hoofdverplichtingen zijn als onderling afhankelijk te bestempelen en hebben een ruilkarakter.

Met Noorlander meen ik dat het wederkerigheidsgehalte wel beperkt is.[211] De school zal niet per definitie goed onderwijs verschaffen ter verkrijging van de prestatie aan de kant van de leerling, inhoudende dat deze aanwezig is en zich goed gedraagt. De deelname en het goede gedrag van de leerling zijn eerder noodzakelijke voorwaarden voor het correct kunnen nakomen van de prestatieverplichting die op de school rust. De school zal daarnaast mede goed onderwijs verschaffen in een veilige omgeving omdat zij op grond van publiekrechtelijke regelgeving verplicht is hiervoor zorg te dragen.[212]

Het wederkerigheidsverband is in het bekostigd onderwijs minder pregnant aanwezig dan bij andere wederkerige overeenkomsten, zoals de koopovereenkomst waarbij de prestatie wordt verricht opdat ervoor wordt betaald.[213] Wel is het naar mijn mening, bovenstaande in acht nemende, voldoende om de onderwijsovereenkomst als wederkerig aan te merken.

Artikel 6:261 BW kent in lid 2 nog een schakelbepaling: 'De bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten zijn van overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet.' De bepaling maakt analogische toepassing 'in ruime mate mogelijk'.[214] Niet is nodig dat een ruilkarakter aanwezig is.[215] Naar mijn mening kan de onderwijsovereenkomst als wederkerige overeenkomst worden gekwalificeerd. Mocht men niet willen aannemen dat van een wederkerige overeenkomst sprake is, dan kunnen de bepalingen die gelden voor wederkerige overeenkomsten ook via lid 2 van overeenkomstige toepassing zijn op de onderwijsovereen-

209 In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.
210 In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.
211 Zie voor de visie van Noorlander 2005, p. 255.
212 Vgl. art. 10 Wpo, art. 23a Wvo en art. 19 Wec betreffende de kwaliteit van het onderwijs; art. 4c Wpo, art. 3b Wvo en art. 5a Wec betreffende de zorgplicht t.a.v. de veiligheid op school.
213 Hetgeen zich voordoet in het particulier onderwijs.
214 Parl. Gesch. Boek 6, p. 988.
215 Parl. Gesch. Boek 6, p. 989; Olthof T&C BW, art. 6:261 lid 2, aant. 3 onder a en b.

komst. De rechtsbetrekking in het onderwijs strekt in ieder geval tot het wederzijds verrichten van prestaties. Duidelijk is immers dat de onderwijsovereenkomst partijen en daarbij dus ook de leerling verplicht tot prestaties. De bepalingen inzake wederkerige overeenkomsten zijn kortom hoe dan ook via lid 2 op de onderwijsovereenkomst van toepassing voor zover de aard van de rechtsbetrekking er niet aan in de weg staat.

3.3.5 Inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting

Hoe kunnen de verbintenissen uit de onderwijsovereenkomst worden gekwalificeerd; is sprake van resultaatsverbintenissen of inspanningsverbintenissen? Deze vraag is moeilijk in zijn algemeenheid te beantwoorden. Het komt telkens aan op de precieze verbintenis die partijen op zich hebben genomen. Ook is een strikte indeling of categorisering in een van de twee typen niet altijd goed mogelijk. Het kan zijn dat een verbintenis elementen van beide typen bevat.[216]

In de onderwijsrechtelijke literatuur is de verplichting van de school om zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs en dus om kwalitatief deugdelijk onderwijs aan te bieden als inspanningsverplichting aangemerkt. Bijvoorbeeld Noorlander omschrijft de verplichting van het bevoegd gezag als een inspanningsverbintenis. Hij meent dat het niet eenvoudig, zo niet onmogelijk is om de verplichting tot het leveren van kwalitatief behoorlijk onderwijs in alle redelijkheid als een resultaatsverbintenis te construeren.[217] In een andere bijdrage met Huisman wordt opgemerkt dat 'natuurlijk het onderscheid met name bij het onderwijs niet heel scherp is omdat de inspanningsverbintenis ook resultaatelementen bevat'.[218]

Kijkend naar de door mij geschetste verbintenissen ga ook ik er vanuit dat op partijen inspanningsverbintenissen en geen resultaatsverbintenissen rusten. De verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs strekt tot het verrichten van een zekere inspanning. Deze is nagekomen wanneer de school de van haar te verwachten inspanning om de leerling te onderwijzen heeft geleverd.[219] Wanneer de leerling het beoogde resultaat niet haalt, is de school niet per definitie tekortgeschoten. Hoewel er waarschijnlijk wel een bepaald resultaat wordt beoogd door de leerling die het onderwijs volgt, gaan partijen bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst geen resultaatsver-

216 De Jong 2014, nr. 204.
217 Noorlander 2005, p. 496-49, hoewel volgens hem theoretisch aan de hand van kerndoelen niet op voorhand onmogelijk.
218 Huisman & Noorlander 2004, p. 155.
219 Krans 2014, nr. 56, p. 44 over inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis.

plichting aan.[220] Partijen spreken niet een bepaald resultaat af dat per definitie moet worden bereikt en de school staat daar ook niet voor in.[221] De school zegt geen resultaat tot slagen toe. Dat zou zich in het onderwijs bijvoorbeeld ook niet verenigen met het uitreiken van diploma's, gelet op het devaluerende effect op diploma's dat van een resultaatsverplichting uit zou gaan. Ook ten aanzien van de veiligheid en gezondheid van de leerling is sprake van een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis.[222] Van de zijde van de leerling hebben we waar de leerling zich voldoende moet inspannen tijdens het volgen van het onderwijs ook te maken met een inspanningsverplichting en niet met een resultaatsverplichting.

Het verschil tussen een inspannings- en resultaatsverbintenis is vooral relevant voor de vraag of er is nagekomen of niet en daarmee voor de stelplicht en bewijslast van degene die zich beroept op ondeugdelijke nakoming en de ander aansprakelijk wil houden.[223] In het geval van een inspanningsverplichting die niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, is het aan de schuldeiser, de leerling, om te stellen en te bewijzen dat de schuldenaar, de school, niet de vereiste inspanning heeft geleverd en dat er is tekortgeschoten. Zou het om een resultaatsverplichting gaan en wordt het resultaat niet bereikt, dan is daarmee duidelijk dat de verplichting niet is nagekomen en dat er tekortgeschoten is: de schuldeiser zou dan kunnen volstaan met te stellen dat het overeengekomen resultaat niet is bereikt, de schuldenaar moet vervolgens stellen en bewijzen dat hij voor deze tekortkoming niet aansprakelijk is.

3.3.6 Duurovereenkomst

De inhoud van de desbetreffende overeenkomst bepaalt of sprake is van een duurovereenkomst of niet. Dit zal dus door uitleg van de overeenkomst moeten worden vastgesteld. Het kenmerk van een duurovereenkomst is dat één of beide partijen zich verplichten tot 'opeenvolgende dan wel voortdurende prestaties'.[224] Dit in tegenstelling tot aflopende of voorbijgaande overeenkomsten waarbij de verbintenissen na voldoening van de eenmalige prestaties

220 Vgl. In dit kader Tjong Tjin Tai 2006 p. 105: 'Resultaatsverbintenissen verplichten tot het bereiken van een zeker resultaat, inspanningsverbintenissen slechts tot een zekere inspanning. Dat neemt niet weg dat ook die inspanning op een zeker resultaat is gericht.' Zo bestaan er inspanningsverbintenissen gericht op het bereiken van een concreet resultaat door een doen, p. 107.

221 Zie anders Cohen over het contractonderwijs in het hoger onderwijs, Cohen 1981, p. 51.

222 Zie over de kwalificatie als inspanningsverplichting t.a.v. de in acht te nemen zorg betreffende kwaliteit, veiligheid en gezondheid zijdens de school jegens de leerling (civielrechtelijke zorgplicht) o.a. onder verwijzing naar literatuur, uitspraken van de LKC en de civiele rechter, Paijmans 2013, par. 4.7.4, p. 122-124 en voor een bespreking van buitenlandse visies, p. 124-127.

223 Krans 2014, nr. 56, p. 43.

224 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/89; Asser/Sieburgh 6-I 2016/43 onder b.

tenietgaan of eindigen. Aan deze verbintenissen is voldaan door deze na te komen, door het uitvoeren van een prestatie of verplichting.[225] Is een onderwijsovereenkomst als voortdurende of voorbijgaande overeenkomst te bestempelen?

Hoewel het afhangt van de precieze afspraken die in het concrete geval zijn gemaakt, kan in algemene zin een onderwijsovereenkomst worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst, net als bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Een school is gehouden dag in dag uit, week in week uit, jaar in jaar uit onderwijs te verzorgen. Het is niet zo dat de overeenkomst door nakoming van de hoofdverplichtingen eindigt. Er is sprake van telkens terugkerende rechten en verplichtingen. Een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs wordt niet telkens voor een jaar aangegaan.[226] De onderwijsovereenkomst strekt tot het verrichten van voortdurende prestaties. De mogelijkheid of het gegeven dat de overeenkomst mede is gericht op of wordt aangegaan met het doel een bepaald niveau te behalen om door te stromen van basisschool naar middelbare school of om een diploma te behalen, maakt de overeenkomst niet tot een overeenkomst waarvan partijen door een enkele prestatie (nakoming) worden bevrijd. Met het aangaan van de onderwijsovereenkomst kan mede het bereiken van een bepaald resultaat zijn beoogd, dit doet niet af aan de kwalificatie als duurovereenkomst. Als het doel niet wordt behaald, betekent dit niet dat de school (of leerling) per se tekort is geschoten. De kernprestatie van de school betreft dus niet het behalen van het beoogde resultaat, maar het leveren van goed onderwijs.

Een duurovereenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd. De vraag of sprake is van een onderwijsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd zal per geval aan de hand van de uitleg van de overeenkomst moeten worden bepaald. Vervolgens kan worden nagegaan of opzegging in beginsel wel of niet tot de mogelijkheden behoort en of er bijvoorbeeld een termijn voor opzegging nodig zal zijn. Hoewel het antwoord op deze vragen afhangt van het voorliggende geval, ga ik na wat in algemene zin het geval lijkt te zijn.

'Bepaalde tijd' kan zien op een bepaalde duur of tijd zoals één jaar of twee jaar etc. Maar het kan ook gaan om een bepaald resultaat.[227] Of de overeenkomst die wordt aangegaan voor het bereiken van een bepaald resultaat leidt tot een overeenkomst voor bepaalde tijd dient door uitleg te worden bepaald.

---

225 Zijn alle verbintenissen voldaan dan eindigt ook de overeenkomst. Zie over het tenietgaan van de verbintenis en het tenietgaan van de rechtsverhouding Asser/Sieburgh 6-I 2016/44.

226 Vgl. Pors 1990, p. 158. Volgens Pors zou dat 'grote onzekerheid scheppen aan het eind van elk schooljaar, terwijl de leerling juist aan zijn rechtsverhouding met de onderwijsinstelling een eventueel recht op bevordering moet kunnen ontlenen en een opleiding in het algemeen als één geheel dient te worden gezien'.

227 Zonder dat hiermee een resultaatsverbintenis in het leven wordt geroepen. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/408; Houben & Nijland 2016, p. 72 onder stap 4; vgl. De Vries 2007, p. 2357.

Het is dus de vraag hoe een en ander in de overeenkomst zelf is afgesproken, hetgeen door uitleg moet worden vastgesteld. Bij de uitleg van de overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[228] Relevant voor de vraag of sprake is van een duurovereenkomst voor bepaalde tijd is of voor partijen duidelijk is wanneer het resultaat is bereikt. Een voorbeeld biedt een uitspraak van het Hof 's- Hertogenbosch:

> '(…) nu doel van de samenwerking tussen Vieya Projecten en Berghenbos was de ontwikkeling en realisatie van woningbouw op de gronden die Vieya Wooncorporatie van [broer van de directeur en enig aandeelhouder van Berghenbos] had gekocht, en in artikel 2 is opgenomen dat de samenwerkingsovereenkomst is aangegaan tot aan het moment dat alle op het perceel gerealiseerde bouwkavels c.q. lofts aan derde(n) zijn verkocht en geleverd, de *overeenkomst is aangegaan voor het bereiken van een bepaald resultaat*. Anders dan Vieya Projecten betoogt, is de samenwerkingsovereenkomst dus *niet aangegaan voor onbepaalde tijd, maar voor bepaalde tijd*. *De door partijen gedachte einddatum (het moment dat alle op het perceel gerealiseerde bouwkavels cq lofts aan derde(n) zijn verkocht en geleverd) is objectief bepaalbaar*. Dat het bereiken van het resultaat mede afhankelijk is van de wil en het toedoen van partijen, maakt dat niet anders.'[229] [cursivering: SV]

Kan een onderwijsovereenkomst als een duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd worden gezien? Een onderwijsovereenkomst kan een tijdsbepaling bevatten, bijvoorbeeld door overeen te komen dat een leerling acht jaar primair onderwijs zal ontvangen of bijvoorbeeld zes jaar voortgezet onderwijs. Gevolg hiervan is dat sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd. De vraag is evenwel of dit expliciet tussen partijen wordt afgesproken. In verschillende digitaal te raadplegen aanmeldformulieren of inschrijfformulieren van willekeurige basisscholen staat geen expliciete tijd genoemd. Het betreft voornamelijk de aanmelding bij de school, waar vervolgens nog toelating moet plaatsvinden. Bij sommige middelbare scholen staat in de aanmelding bijvoorbeeld wel voor welk niveau en welke brugklas wordt ingeschreven, maar een expliciete duur ben ik niet tegengekomen. In het beroepsonderwijs schrijft de Web voor dat de overeenkomst schriftelijk wordt aangegaan voor de duur van de opleiding of een deel ervan. In het voorbeeldmodel van de onderwijsovereenkomst van de MBO-Raad wordt op het opleidingsblad van

228 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex)*, zie par. 3.2.2.

229 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2241, r.o. 7.10.2. Deze overeenkomst zou echter mogelijk ook als een 'niet-duurovereenkomst' kunnen worden aangemerkt en dus als een overeenkomst die door nakoming eindigt.

een startdatum en verwachte einddatum gesproken en in het vervolg van de voorbeeldovereenkomst van een gestelde termijn.[230]

Indien in het primair en voortgezet onderwijs een tijdsbepaling niet expliciet wordt overeengekomen, kan uitleg van de overeenkomst of aanvulling op grond van de wet of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de overeenkomst voor een bepaalde tijdspanne is aangegaan. Aanwijzing hiervoor bieden de artikelen over de duur van het onderwijs in de Wvo. Zo staat er in de artikelen 7, 8, 9 en 10a Wvo dat het desbetreffende onderwijs[231] wordt gegeven aan scholen met een cursusduur van respectievelijk zes, vijf en vier jaren. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de overeenkomst die aan het geven van het desbetreffende onderwijs ten grondslag ligt een daarmee corresponderende duur aanneemt. Het kan wel zijn dat de leerling blijft zitten of een klas overslaat in de onderbouw en/of bovenbouw, in dat geval komen er jaren bij of gaan er jaren af.

Naast de mogelijkheid van een bepaalde duur is ook goed denkbaar dat de onderwijsovereenkomst wordt aangegaan met als doel het bereiken van een bepaald resultaat, zowel in het primair als in het voortgezet onderwijs. In artikel 39 lid 4 van de Wpo staat:

> 'Leerlingen bij wie naar het oordeel van de directeur van de school de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs in voldoende mate is gelegd, verlaten aan het einde van het schooljaar de school, mits hierover met de ouders overeenstemming bestaat. In elk geval verlaten de leerlingen de school aan het einde van het schooljaar waarin zij de leeftijd van 14 jaar hebben bereikt.'

Dit kan met zich brengen dat een bepaald resultaat is beoogd[232] en (daarmee) een door partijen gedachte einddatum wordt afgesproken: 'de overeenkomst wordt aangegaan tot aan het einde van het schooljaar waarin naar het oordeel van de directeur in voldoende mate de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs bestaat, in overeenstemming met de ouders van de leerling, doch als uiterste moment heeft te gelden het einde van het schooljaar waarin de leerling de leeftijd van 14 jaar heeft bereikt'. Het resultaat betreft het in voldoende mate bestaan van de grondslag voor aansluitend onderwijs. Een alleruiterste datum wordt er direct aan vastgeplakt. De vraag kan worden gesteld of het resultaat en de einddatum objectief bepaalbaar zijn. In het voortgezet onderwijs lijkt het resultaat duidelijker objectief bepaalbaar te zijn

---

230 'Servicedocument onderwijsovereenkomst, informatie en voorbeeld model onderwijsovereenkomst 2016-2017', MBO-Raad, p. 12 te raadplegen via: www.mboraad.nl/publicaties/service document-onderwijsovereenkomst. Zie voor het gebruik van de gestelde termijn art. 7.2. Servicedocument MBO-Raad.

231 Voorbereidend wetenschappelijk onderwijs (vwo), Hoger algemeen voortgezet onderwijs (havo) etc.

232 Zonder dat de overeenkomst resultaatsverbintenissen in het leven roept, zie par. 3.3.5 en 3.5.3.

dan in het primair onderwijs. Het resultaat is zichtbaar in de vorm van het met goed gevolg doorlopen van alle klassen en uiteindelijk het behalen van een diploma. Zo kan de overeenkomst worden aangaan 'tot aan het moment van het behalen van het diploma'. De Leerplichtwet speelt hierbij mogelijk ook een rol. Kinderen van 5 tot en met 16 jaar zijn leerplichtig, hebben zij na hun 16e jaar nog geen startkwalificatie (een vwo, havo of mbo (niveau 2 of hoger) diploma), dan moeten zij onderwijs volgen tot het bereiken van de leeftijd van 18 jaar.[233] Met dit in gedachten zou een onderwijsovereenkomst in het voortgezet onderwijs in ieder geval niet korter kunnen worden aangegaan dan tot het bereiken van de leerplichtige leeftijd van 16 jaar, of, als de leerling dan nog niet in het bezit is van een startkwalificatie niet korter dan tot de leerling deze kwalificatie wel heeft behaald of de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Zo kan mogelijk op de Leerplichtwet worden teruggevallen ter in- of aanvulling van de overeenkomst en het beantwoorden van de vraag naar bepaalde of onbepaalde tijd.

Kortom, een onderwijsovereenkomst kan naar mijn idee over het algemeen worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst voor bepaalde tijd. De vraag of sprake is van een duurovereenkomst en of deze een duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd betreft, is onder andere relevant voor de vraag of opzegging mogelijk is, zie hierover nader paragraaf 5.3.

3.3.7 Geen overeenkomst van opdracht

Artikel 7:400 lid 1 BW kent een brede omschrijving van de overeenkomst van opdracht: 'De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken'. Is hieronder ook een onderwijsovereenkomst te scharen?

In beginsel zou een onderwijsovereenkomst onder deze brede omschrijving kunnen vallen. Er kan worden gezegd dat het bij een onderwijsovereenkomst draait om kort gezegd 'het verlenen van diensten of werkzaamheden anders dan op grond van arbeidsovereenkomst'. Toch is het niet passend om een onderwijsovereenkomst als overeenkomst van opdracht aan te merken. De onderwijsovereenkomst lijkt niet aan te sluiten bij het karakter van een overeenkomst van opdracht zoals dit tot uitdrukking komt in de bepalingen van

233 Art. 3 Lpw en over de startkwalificatie art. 1 onder f jo. 4a en 4b Lpw; zie ook www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/leerplicht.

de afdeling betreffende een overeenkomst van opdracht in het algemeen.[234] Het stemt niet overeen met de context van het primair en voortgezet onderwijs om de leerling als opdrachtgever en de school als opdrachtnemer aan te wijzen. In het geval van het aangaan van bepaalde cursussen is dit wellicht eerder denkbaar.

Vooral artikel 7:402 BW toont aan waarom de kwalificatie tot overeenkomst van opdracht niet past in het primair en voortgezet onderwijs. Dit artikel brengt mee dat de opdrachtnemer gehouden is gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzing omtrent de uitvoering van de opdracht. De school zou dus gehouden zijn de aanwijzingen van de leerling of diens ouders op te volgen. Dit is in het onderwijs verre van het geval. Hoewel leerlingen, ouders en school onderling afspraken kunnen maken en in goed overleg tot een bepaalde begeleidingsmethode kunnen komen bijvoorbeeld bij leerlingen met extra leer- of ondersteuningsbehoefte, past deze kernbepaling in het geheel niet bij de verhouding in het onderwijs. De leerling is niet in de positie instructies te geven of de gang van zaken te instrueren of iets dergelijks. Een cliënt van een advocaat of patiënt van een arts zijn dit als opdrachtgevers tot op zekere hoogte wel. In deze relatie wordt de dienstverrichting als een overeenkomst van opdracht aangemerkt. De advocaat zal uiteraard niet zomaar doen wat een cliënt zegt, wel is het de cliënt die de advocaat instrueert wat hij wenst te vorderen en hoe hij zijn belangen gediend wil zien. Ook de patiënt zal geen directe aanwijzingen kunnen geven over hoe de arts de operatie uit zal voeren, maar het is wel de patiënt die beslist of hij een bepaalde operatie wil ondergaan of niet. Het recht om aanwijzingen te geven bestaat wel in deze gevallen, maar is beperkt onder andere vanwege de beroepsethiek van de advocaat en de arts.[235]

Mogelijk kan van artikel 7:402 BW worden afgeweken,[236] zoals artikel 7:400 lid 2 BW ook mee brengt. De artikelen uit de afdeling, waaronder 7:402 BW, zijn van toepassing tenzij uit de wet, de inhoud of de aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte iets anders voortvloeit.[237] Ondanks het bestaan van artikel 7:402 BW zou gelet op deze zogenoemde 'uitschakelbepaling'[238] een onderwijsovereenkomst toch als overeenkomst van opdracht kunnen worden aangemerkt. Maar gelet op de essentie van de overeenkomst van opdracht die desalniettemin gelegen lijkt in het kunnen geven van instructies en het zelf kunnen meebeslissen, meen ik dat deze kwalificatie niet rijmt met de context in het primair en voortgezet

234 Deels ontleend aan Houben; vgl. Asser/Houben 7-X 2015/107 over de distributieovereenkomst en nrs. 259-260 over de overeenkomst tot het leveren van telecommunicatiediensten en de kwalificatie als overeenkomst van opdracht, met kanttekeningen daarbij.

235 Ernes 2010, nr. 194.

236 Art. 7:402 lid 1 BW is volgens Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/103 als regelend recht aan te merken.

237 Zie over art. 7:400 lid 2 BW Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/48.

238 Zoals art. 7:400 lid 2 wordt genoemd in Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/48.

onderwijs. In het vervolg van mijn onderzoek ga ik er vanuit dat een onderwijsovereenkomst geen overeenkomst van opdracht betreft.

3.3.8 Afronding karakteristieken onderwijsovereenkomst

Een exercitie door de theorie van verbintenissen en Obliegenheiten leidt tot de bevinding dat de verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst als verbintenissen kunnen worden aangemerkt. Een onderwijsovereenkomst kan dus als een verbintenisscheppende overeenkomst worden beschouwd. Beide partijen, zowel de school als de leerling, nemen verbintenissen op zich. Deze verbintenissen kunnen in algemene zin als inspanningsverbintenissen (en niet als resultaatsverbintenissen) worden gekenschetst. Verder leidt een verkenning van de karakteristieken van een onderwijsovereenkomst tot de bevinding dat deze als een wederkerige overeenkomst te kwalificeren is. Ook is het aangewezen om de onderwijsovereenkomst als een duurovereenkomst aan te merken, te weten een duurovereenkomst voor bepaalde tijd. Een onderwijsovereenkomst kwalificeren als overeenkomst van opdracht is daarentegen minder passend.

3.4 Buitencontractuele benadering

Voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding tussen school en leerling biedt de overeenkomst een specifiek kader dat alle ruimte biedt om onder andere rekening te houden met de belangen van de leerling, medeleerlingen, de school en voorschriften uit onderwijswetgeving. Wat nu als er geen sprake is van een overeenkomst, hoe kan dan de inhoud van de rechtsverhouding tussen leerling en school worden vastgesteld?

Wanneer geen sprake is van een overeenkomst is het kader uit artikel 6:248 BW niet van toepassing. Een vergelijkbaar kader om de rechten en verplichtingen van betrokkenen vast te stellen wordt dan gemist. Zonder het voor handen hebben van een dergelijk kader vallen de rechten en verplichtingen van de school en de leerling echter ook vast te stellen.

Het zal in een buitencontractuele context, en dus bij het wegdenken van een onderwijsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen, draaien om het bestaan van *algemene rechtsplichten*, ook wel kale rechtsplichten/verplichtingen genoemd. Algemene rechtsplichten bestaan er veel, zij rusten op alle burgers.[239] Het zijn verplichtingen die door het recht in het leven worden geroepen. Denk hierbij aan verkeersregels of de verplichting om zich

239 Asser/Sieburgh 6-I 2016/8.

te onthouden van onrechtmatig gedrag jegens een ander.[240] In tegenstelling tot een verbintenis vestigt een algemene rechtsplicht geen rechtsbetrekking of rechtsband tussen twee of meer bepaalde personen.[241] Een rechtsplicht zelf schept dus geen rechtsverhouding. Overduidelijk ontstaat bij inschrijving en toelating wel een rechtsverhouding tussen leerling en school. Bij het wegdenken van de overeenkomst en daarmee van de rechtsplichten die verbintenissen zijn, is er kennelijk geen concrete grondslag voor deze rechtsverhouding aan te wijzen. Toch kan er sprake zijn van rechtsplichten die in deze specifieke relatie gelden.

In een buitencontractuele benadering van de rechtsverhouding tussen school en leerling is een school (net als bij uitgaan van een contract) gehouden aan een ingeschreven leerling kwalitatief deugdelijk onderwijs te geven en deze leerling tot het onderwijs toe te laten. Daar waar in de contractuele benadering sprake is van verbintenissen, wordt de grondslag van de verplichtingen in de buitencontractuele benadering gevonden in de wet en eventueel het ongeschreven recht. Deze verplichtingen zijn aldus aan te merken als rechtsplichten.[242] De mogelijke verplichtingen die op de leerling rusten zouden eveneens kunnen worden aangemerkt als rechtsplichten, gegrond op wettelijke verplichtingen en het ongeschreven recht.[243]

Ook zal op de school een zorgplicht rusten betreffende de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van de leerlingen die aan de school zijn toevertrouwd. In de contractuele benadering zal deze zorgplicht als verbintenis volgen uit de overeenkomst. Dit kan verlopen via uitleg, of voor een deel via aanvulling op grond van de wet maar in ieder geval via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de buitencontractuele context is deze zorgplicht te bestempelen als rechtsplicht die voor een belangrijk gedeelte is vervat in onderwijswetgeving[244] maar ook kan of zal berusten op ongeschreven recht. Het gaat dus om op de specifieke rechtsverhouding toegesneden rechtsplichten.

De contractuele en buitencontractuele zorgplicht zouden zich zo bezien beide als grondslag aan kunnen dienen. Een vergelijkbare situatie doet zich voor ten aanzien van de bijzondere zorgplicht van een financiële onderneming, zoals een bank:

---

240 Rechtsplichten kunnen uit het ongeschreven recht voortvloeien, terwijl voor de bronnen van verbintenissen een (gematigd) gesloten stelsel (art. 6:1 BW) geldt, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/11.

241 Asser/Sieburgh 6-I 2016/8, Smits 2003, nr. 5, p. 7.

242 Er kan van *algemene* rechtsplichten worden gesproken wanneer men zich daar wel bij bedenkt dat deze gelden in de *specifieke* relatie tussen een desbetreffende school en leerling.

243 Denk bijv. aan de Leerplichtwet en art. 41 Wpo over verplichte deelname aan het onderwijs. Een dergelijk artikel ontbreekt in het voortgezet onderwijs maar geldt daar volgens Noorlander evenzeer, Noorlander 2005, p. 192. Storimans heeft over dit artikel overigens anders dan Noorlander opgemerkt dat het niet een bepaling is die de leerling bindt.

244 Denk aan de artikelen over (de zorg voor) de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid van leerlingen in de verschillende onderwijswetten.

> 'Het gaat om een open norm die in concrete gevallen wordt uitgewerkt, nu eens in een contractuele, dan weer in een precontractuele of delictuele context. De bijzondere zorgplicht hangt als het ware *freischwebend* boven het gehele vermogensrecht, zonder dat daarvoor een eenduidige wettelijke grondslag valt aan te wijzen.'[245]

De open norm die zich uit in de privaatrechtelijke contractuele dan wel buitencontractuele zorgplicht die op scholen rust, kan worden aangescherpt door publiekrechtelijke regelgeving die is terug te vinden in de onderwijswetgeving. Deze norm die als privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht verweven is met de omstandigheden van het geval kan ook verder gaan dan een wettelijke publiekrechtelijke (ofwel onderwijsrechtelijke) zorgplicht.[246] Niet alleen de omstandigheden van het geval, maar ook de specifieke overeenkomst of de rechtsverhouding kunnen de zorgplicht verzwaren.[247] De inhoud of reikwijdte van de zorgplicht zal of deze nu wordt gebaseerd op een contractuele of buitencontractuele grondslag dan ook niet zo snel uiteenlopen.

Wordt de blik gericht op de gevolgen van het wegdenken van de onderwijsovereenkomst voor het afdwingen van de verplichtingen dan blijkt dat voor een leerling nagenoeg dezelfde acties open staan. Net als in de contractuele context – waarin de leerling op grond van artikel 3:296 BW nakoming van de verbintenissen uit de onderwijsovereenkomst kan vorderen[248] – kan in de buitencontractuele benadering een leerling nakoming vorderen, namelijk van de bestaande rechtsplicht. Een eenmaal toegelaten leerling kan een gebod of bevel tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, tot toelating tot het onderwijs of tot naleving van de zorgplicht vorderen. Deze gebodsactie loopt (eveneens) via artikel 3:296 BW. Meest voor de hand liggend is het vorderen van een gebod, maar er kan ook op basis van artikel 3:296 BW een verbod worden gevorderd, bijvoorbeeld bij het zich voordoen van een (dreigende) onrechtmatige daad. Ook zou een verbod via het vorderen van schadevergoeding anders dan in geld, artikel 6:103 BW kunnen worden gevorderd.

---

245 Castermans & Den Hollander 2012, p. 564 onder verwijzing naar Jansen 2010, p. 624 en A-G Wissink in noot 11 van zijn conclusie voor HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje c.s.*). Wissink geeft in zijn conclusie weer dat juridisch gezien de zorgplicht kan worden gefundeerd op de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (sub 3.10). Volgens Wissink merkt Jansen 'terecht op dat het bij de bijzondere zorgplicht gaat om een ongeschreven privaatrechtelijke norm die niet exclusief tot een bepaald wettelijk kader kan worden herleid' (conclusie noot 11).

246 Ontleend aan Castermans & Den Hollander 2012, p. 566 over de reikwijdte en verhouding van publiekrechtelijke en civielrechtelijke zorgplicht in de financiële sector. Zie over de verhouding tussen onderwijswetgeving en civielrechtelijke zorgplicht ook Paijmans onder andere p. 231 e.v., p. 237, p. 402, 444, 478.

247 Paijmans 2013, p. 104. Op p. 102-105 gaat zij in op een driedeling van zorgplichten, gebaseerd op art. 6:162 BW, op kwalitatieve aansprakelijkheid en voortvloeiend uit overeenkomst en bespreekt de schijnbare tegenstrijdigheid die volgens haar de driedeling oplevert.

248 Vgl. voor nuances in het kader van afdwingbaarheid van zorgplichten par. 4.6 van Tjong Tjin Tai 2006.

Ik sta tot slot stil bij de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen. Als buitencontractuele ofwel delictuele variant geldt artikel 6:162 BW als grondslag voor een vordering tot schadevergoeding, tegenover artikel 6:74 BW bij een onderwijsovereenkomst. In strijd handelen met de rechtsplicht tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, het laten deelnemen van de leerling of het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van de leerling (deze laatste behelst de (bijzondere) zorgplicht, zie par. 3.3.2) kan aanleiding zijn voor ouders en leerling om schadevergoeding te vorderen. Een leerling kan zich beroepen op schending van een bepaling uit de onderwijswetgeving (en dus een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht indien die voorhanden is en die strekt tot bescherming van de belangen van de leerling) of (en misschien eerder) op het in strijd handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, waarbij het eventuele schenden van een onderwijsbepaling als factor kan meewegen. Zie voor de categorieën die als onrechtmatige daad worden aangemerkt lid 2 van artikel 6:162 BW.

De genoemde rechtsplichten scheppen als zodanig geen rechtsbetrekking of rechtsband tussen twee personen, zoals bij een verbintenis wel aan de orde is. Pas wanneer de rechtsplicht wordt geschonden kan een verbintenis tot schadevergoeding ontstaan. Dat artikel 6:162 BW van toepassing is, oogt op het eerste gezicht wat vreemd omdat het in de relatie tussen leerling en school uiteraard niet gaat om een toevallig treffen van personen.[249] Werken met een delictuele context in de bestaande rechtsverhouding tussen leerling en school voelt mijns inziens dan ook wat onnatuurlijk aan. Toch kan er mee worden gewerkt. Dit blijkt ook uit verschillende uitspraken (die benoemd zijn in het vorige hoofdstuk en tevens in de volgende paragraaf naar voren komen) waar de kwalificatie van de rechtsverhouding door de rechter in het midden wordt gelaten en die gaan over schadevergoeding wegens onvoldoende kwaliteit van het onderwijs. In deze gevallen wordt bijvoorbeeld overwogen dat het handelen van een school:

> '(…) moet (…) worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt'.[250]

De norm of maatstaf om de inhoud van de zorgplicht vast te stellen ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs is in geval van contractuele of buitencontractuele verhouding volgens de rechter dezelfde. Voor het constateren van het bestaan van de zorgplicht en het vaststellen van de inhoud of de reikwijdte van de zorgplicht die rust op de school is het hanteren van het kader

249 Vgl. Paijmans 2013 p. 105.

250 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.3 in vervolg op Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773.

dat volgt uit artikel 6:248 BW dan ook niet per se nodig. In veel gevallen zal de inhoud en reikwijdte van de zorgplicht inderdaad in contractuele en buitencontractuele context dezelfde zijn. Het kan evenwel zijn dat bij een overeenkomst specifieke afspraken zijn gemaakt met het oog op de zorg die de school jegens een specifieke leerling moet betrachten. Dat dit mogelijk het geval is, zou wellicht over het hoofd kunnen worden gezien bij het in het midden laten van de kwalificatievraag en daarmee het ongebruikt laten van het contractenrechtelijke kader om de rechtsgevolgen van de overeenkomst vast te stellen. Dit hoeft niet het geval te zijn als er ondanks het buitenspel zetten van de kwalificatiekwestie bij de beoordeling alsnog rekening wordt gehouden met eventuele toezeggingen of afspraken die anders binnen het kader van het contract tot uiting zouden komen. De reikwijdte van de zorgplicht in buitencontractuele context zal dan in diezelfde zin mee 'opschuiven'. Wordt met dergelijke afspraken rekening gehouden binnen het buitencontractuele kader dan zal in het midden laten van de kwalificatie voor de inhoud van de zorgplicht niet uit hoeven maken. De rechter moet voor het 'opschuiven' van de zorgplicht vanwege specifieke afspraken dan wel oog blijven houden.

De inhoud van de zorgplicht hoeft dan wellicht niet te verschillen, maar het toepasselijke regime is wel anders.[251] Het regime van de artikelen 6:162 en 6:74 BW verschilt zowel materieel als bewijsrechtelijk.[252] Wordt uitgegaan van een algemene rechtsplicht en dus voor het vaarwater van artikel 6:162 BW gekozen, dan zijn de bepalingen van Boek 6 BW over (de nakoming en) de gevolgen van niet-nakoming van verbintenissen niet van toepassing. Wel gelden dezelfde regels uit afdeling 6.1.10 BW over de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.[253] Zo wordt de omvang van de schadevergoeding uit onrechtmatige daad door dezelfde regels beheerst als de omvang van de schadevergoeding wegens wanprestatie.

Voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding is het algemene vermogensrechtelijke kader dat zich bevindt in artikel 6:248 BW niet per se nodig: in de buitencontractuele context zal het draaien om rechtsplichten gebaseerd op ongeschreven recht of neergelegd in onderwijswetgeving en dient artikel 3:296 BW als basis voor de vordering tot nakoming en artikel 6:162 BW als basis voor de vordering tot schadevergoeding zich aan. Wel geeft het contractenrechtelijke kader houvast. Het brengt een systematiek mee die een buitencontractuele benadering ontbeert. Hoewel in veel gevallen de invulling van de inhoud van bijvoorbeeld de zorgplicht die op een school rust niet verschilt, is het mogelijk dat bij het buiten spel zetten van het vermogensrechtelijke kader over het hoofd wordt gezien dat partijen wellicht wel een verdergaande zorgplicht zijn overeengekomen of dat er andere specifieke afspraken zijn gemaakt. De vraag zal in beide gevallen blijven draaien om welke inspan-

251 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 176.
252 Asser/Sieburgh 6-I 2016/11.
253 Asser/Sieburgh 6-I 2016/11, Smits 2003, nr. 5, p. 8.

ning of zorg van een school mag worden verwacht. Wat van de school mag worden gevergd zal oprekken naarmate er specifieke afspraken zijn gemaakt of toezeggingen zijn gedaan. Ook in de buitencontractuele benadering zal daar dan rekening mee moeten worden gehouden. Dat er ook via een buitencontractuele manier adequate oplossingen kunnen worden gevonden, laat onverlet dat het contractenrecht een specifiek kader geeft dat meer houvast biedt.

3.5 ONDERWIJSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE

3.5.1 Kader en karakteristieken terug te zien?

Volgen civiele rechters in onderwijszaken het geschetste algemeen vermogensrechtelijke kader betreffende het vaststellen van de inhoud van de onderwijsovereenkomst? Is terug te vinden dat de rechter kijkt naar de uitleg van de onderwijsovereenkomst, en eventuele aanvulling op grond van de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid, zoals artikel 6:248 lid 1 BW omvat (par. 3.5.2)? En geeft de rechtspraak aanknopingspunten ten aanzien van de karakteristieken omtrent de inhoud van de verbintenis (par. 3.5.3), nakoming (par. 3.5.4), de wederkerigheid, de duur en dergelijke (par. 3.5.5)?

3.5.2 Algemeen vermogensrechtelijke kader: uitleg, aanvulling, beperking?

Overeenkomst aangenomen

Een voorbeeld waarin het algemeen vermogensrechtelijk kader voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst duidelijk is terug te vinden, biedt een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden uit 1990.[254] Tussen partijen staat vast dat tussen de ouders en de school een onderwijsovereenkomst bestaat waarbij enerzijds de ouders hun opvoedingsplicht gedurende een zekere periode voor een aantal uren per dag delen met de school en anderzijds de school zich bereid heeft verklaard om tenminste op de bij of ingevolge de wet (Wbo, oud) aangewezen wijze onderwijs te geven.

In de procedure vordert de vader onder andere dat de school veroordeeld wordt om zodra de vader dat wenst mee te werken aan een deskundigen onderzoek naar het onderwijs dat door de zoon wordt gevolgd. De rechtbank gaat er vanuit dat deze vordering wordt gebaseerd op de goede trouw die bij de uitvoering van de overeenkomst in acht moet worden genomen en overweegt dat sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst. Wanneer de rechtbank het kader geldend voor het vaststellen van de inhoud erop loslaat, blijkt uit deze overeenkomst niet een dergelijke verplichting tot mee-

254 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89) (bijzonder onderwijs).

werken aan deskundigen onderzoek telkens wanneer dit wordt gewenst, voort te vloeien. De rechtbank overweegt:

> 'Uit de onderwijsovereenkomst vloeit voor pcbo de (inspannings)verplichting voort om onderwijs te (doen) geven op de bij of ingevolge de WBO aangewezen wijze. *Noch bij noch ingevolge de WBO is aan het bevoegd gezag (pcbo) met zoveel woorden de verplichting opgelegd* om mee te werken aan een onderzoek door een deskundige naar het onderwijs dat door een leerling gevolgd zou moeten worden en zich aan de resultaten van dat onderzoek te conformeren telkens wanneer een ouder dat wenst.' [cursivering: SV]

Kijken wij naar het kader dan is deze overweging te plaatsen bij de vraag of de wet, i.c. de Wbo (oud), een dergelijke verplichting dwingend meebrengt. Dit is volgens de rechtbank niet het geval. Ook vult de wet de overeenkomst op dit punt niet met regelend recht aan. Aanvulling op grond van de wet zoals artikel 6:248 lid 1 BW mogelijk maakt, is derhalve niet aan de orde. De rechtbank vervolgt met:

> 'Nu eiser evenmin (voldoende) heeft gesteld dat partijen in aanvulling op de wet *zijn overeengekomen* dat deze verplichting op pcbo rust en naar het oordeel van de rechtbank ook niet althans onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond *waarvan de goede trouw (aanvullend) een dergelijke verplichting voor pcbo meebrengt*, verwerpt de rechtbank deze grondslag voor de vordering van eiser.' [cursivering: SV]

De rechtbank concludeert met andere woorden dat evenmin op grond van partijafspraken ofwel uitleg van de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen een dergelijke verplichting op de school rust. En tot slot dat ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (of in de woorden van de rechtbank: de goede trouw) niet een dergelijke verbintenis in het leven roept.[255]

Een ander voorbeeld waarin het kader zich laat zien, biedt een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch uit 2004. De rechtbank benoemt niet expliciet artikel 6:248 BW, wel tekent het kader daaruit zich af:

> 'Vooropgesteld wordt dat tussen een school als het Piersoncollege en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers) een contractuele relatie bestaat. De inhoud

255 Vgl. in het particulier onderwijs: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10195, (vervolg op Rb. Overijssel 5 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3326), r.o. 5.6: 'Anders dan [appellanten] betogen, rust op [geïntimeerde] niet, ook niet (mede) vanwege een hoog schoolgeld, de resultaatsverplichting dat [zoon] de examens moest (kunnen) halen. Die verbintenis heeft [geïntimeerde] niet op zich genomen bij of krachtens de studieovereenkomst en vloeit evenmin voort uit haar hiervoor beschreven zorgplicht, noch uit de aard van de studieovereenkomst dan wel de eisen van redelijkheid en billijkheid.'

> van die relatie wordt bepaald door *wettelijke bepalingen*, die op de relatie betrekking hebben, en *individuele afspraken* die door partijen zijn gemaakt. Voorts wordt deze relatie bepaald door de regelingen die de school heeft opgesteld en waaraan de leerling door aanvaarding of wetsbepaling aan gebonden is. Tenslotte wordt de relatie beheerst door de eisen van *redelijkheid en billijkheid*.'[256] [cursivering: SV]

Niet altijd wordt door een rechter het gehele systeem zoals dat is neergelegd in artikel 6:248 BW geschetst, maar komt slechts een deel van dit systeem aan bod, zoals uitleg van het overeengekomene[257] of aanvulling op grond van de wet.

In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2016 waarbij een leerling de toegang tot het onderwijs wordt ontzegd omdat hij zich niet aan zijn

---

256 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 4.6 (bijzonder onderwijs) (deze uitspraak lijkt gebaseerd op Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.1 aangaande het particuliere onderwijs). Vgl., hoewel in deze uitspraak de kwalificatie in het midden werd gelaten, Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252, r.o. 4.2 eind (openbaar onderwijs).

257 Zonder dat de uitlegmaatstaf als zodanig expliciet wordt benoemd – zie ook voorbeelden in voetnoot 258 hierna waarin de uitlegmaatstaf wel in de uitspraak wordt benoemd – bijv.: Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400, r.o. 4.5 (openbaar onderwijs): 'Daarmee is tussen partijen een onderwijsovereenkomst totstandgekomen. [eiser] moet worden geacht bij voorbaat te hebben ingestemd met de regels van de school, waaronder het examenreglement (…)'. Waarna vervolgens de inhoud van dit reglement en het bindend zijn van de uitspraak van de algemeen directeur wordt vastgesteld;
Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720, r.o. 4 (bijzonder onderwijs): '(…) Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is het niet zo dat een eenmaal gesloten onderwijsovereenkomst een school zou verplichten om ongeclausuleerd leerlingen die dat wensen de mogelijkheid te bieden te blijven doorstromen (…).'
En in het particulier voortgezet onderwijs: Rb. Overijssel (vzr.) 15 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1992, r.o. 4.7: 'Onduidelijk is echter wat is afgesproken ten aanzien van de aard, inhoud en duur van de te geven begeleiding. (…) Voorshands komt het de voorzieningenrechter voor dat [eiseres 2] niet onbeperkt en naar eigen goeddunken aanspraak kan maken op extra begeleiding voor [zoon 1] en [zoon 2].'
Zie in het beroepsonderwijs bijv. HR 16 mei 1952, *NJ* 1953/67 *(Monsjou/Instituut voor Autohandel)*, waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof bekrachtigt en aangeeft 'dat een overeenkomst als de onderhavige naar haar aard voor het hoofd der onderwijsinrichting het recht met zich brengt een leerling, die zich zodanig gedraagt "dat hij ter handhaving van den goeden gang van zaken op het Instituut niet langer te handhaven viel", voorgoed van de inrichting te verwijderen, ook al wordt in het prospectus van zodanig recht niet gerept'. Zoals eerder genoemd levert 'de aard van de overeenkomst' (geen zelfstandige bron, maar) een gezichtspunt op bij eventuele aanvulling op grond van de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad stelt in deze zaak zelf de aard van de overeenkomst vast, binnen het kader van uitleg, zo lijkt, zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nrs. 386, 387. Vgl. in het primair onderwijs (hoewel de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden lijkt te blijven) HR 9 april 1976, *NJ* 1976/409 (*Terheijden*) waarin de Hoge Raad overweegt 'dat uit de aard van de rechtsverhouding bestaande tussen een bijzondere lagere school aan de ene kant en de aldaar ingeschreven leerling en zijn ouders aan de andere kant de bevoegdheid van de school voortvloeit om de leerling die weigert een of meer lessen van het door de school voorgeschreven programma te volgen, niet langer tot de school toe te laten'.

internaatsverplichting houdt, komt het facet van uitleg van de overeenkomst duidelijk naar voren. Het arrest is ook in het vorige hoofdstuk belicht en er wordt in hoofdstuk 4 uitgebreid bij stilgestaan, zodat ik mij hier beperk tot het gedeelte waarin zichtbaar wordt dat de onderwijswetgeving via uitleg onderdeel van de onderwijsovereenkomst kan uitmaken. Het hof staat voor de vraag of de Wvo en daarmee de regeling omtrent schorsing en verwijdering van toepassing is op de onderwijsovereenkomst die bestaat tussen de leerling en de school. De school meent dat slechts sprake is van bekostigingsvoorwaarden waarop een leerling zich niet kan beroepen. Volgens het hof kan de leerling zich hier echter wel op beroepen. Het komt tot die conclusie door na te gaan wat de leerling en ouders redelijkerwijs mochten verwachten, met andere woorden door te *'Haviltexen'*:

> '(…) de rechtsverhouding tussen haar en [eiser3] [is; SV] een onderwijsovereenkomst. Op grond van deze overeenkomst is [geïntimeerde] verplicht [eiser3] onderwijs te geven. In de Wvo is nauwkeurig omschreven aan welke vereisten het door [geïntimeerde] te geven onderwijs dient te voldoen (voor wat betreft het bijzonder onderwijs: wil het door de overheid worden bekostigd). Gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde] bij het aangaan van de overeenkomst of nadien aan [eisers] heeft aangegeven dat zij niet zal voldoen aan de in de Wvo gestelde eisen. Dat ligt ook niet voor de hand omdat [geïntimeerde] door de overheid wordt gefinancierd en om voor financiering in aanmerking te komen aan de eisen van de Wvo dient te voldoen. *Onder deze omstandigheden mochten [eisers] redelijkerwijs verwachten* dat [geïntimeerde] zich bij de invulling van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst zou houden aan de bepalingen van de Wvo. Die bepalingen zijn aldus, als invulling van de verplichtingen van [geïntimeerde] jegens [eiser3] , van toepassing op de overeenkomst tussen [eiser3] en [geïntimeerde] . [eiser3] kan zich dan ook, anders dan [geïntimeerde] stelt, wel degelijk op die bepalingen beroepen, waaronder de bepalingen betreffende verwijdering en schorsing. (…).'[258] [cursivering: SV]

258 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.17 (bijzonder onderwijs).
Ook in het particulier voortgezet onderwijs wordt het *Haviltex*-criterium gehanteerd om na te gaan wat partijen zijn overeengekomen en om afspraken/bedingen uit te leggen: Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ8894, r.o. 3.2: 'Het besluit tot verwijdering van [de zoon] is gebaseerd op artikel 11 lid 4 van de studieovereenkomst. Vooropgesteld wordt dat voor de beoordeling van dit geschil bepalend is wat partijen in voormeld artikellid zijn overeengekomen. Daarbij geldt dat voor de uitleg niet alleen naar de bewoordingen moet worden gekeken, maar ook naar de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen.'; Rb. Utrecht (vzr.) 2 januari 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AA9454, r.o. 3.6.
Zie in het beroepsonderwijs bijv. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324 (*Beganovic/Stichting ROC van Twente)*, r.o. 3.3 en 3.4 waar in cassatie het hof tevergeefs een niet met de *Haviltex*-maatstaf strokende manier van uitleg wordt verweten van art. 13 van het desbetreffende OER waar de onderwijsovereenkomst naar verwijst.

Niet alleen doorwerking van onderwijswetgeving via uitleg maar ook via aanvulling op grond van de wet lijkt in rechtspraak terug te vinden. De Rechtbank Utrecht laat zich in 2010 uit over de vraag of een school toerekenbaar tekortgeschoten is gelet op het volgens de ouders inplannen van te weinig lesuren, lesuitval, onvoldoende kwaliteit van de lessen en onvoldoende communicatie over het verzuim van hun kind. De rechtbank oordeelt dat de school niet tekortgeschoten is in haar verplichtingen. Alvorens tot deze conclusie te komen, overweegt de rechtbank in navolging van hetgeen de ouders aanvoeren en door de school niet wordt betwist dat de school 'uit hoofde van d[i]e overeenkomst gehouden is tot het naleven van haar wettelijke verplichtingen'.[259] Ook in de in het vorige hoofdstuk nader uitgelichte uitspraak van de Rechtbank Groningen uit 2009 komt naar voren dat de desbetreffende overeenkomst 'genormeerd werd door artikel 23b Wvo' over het rapporteren aan de ouders over de vorderingen van de leerling.[260] Dit artikel vult de rechtsverhouding derhalve aan. De onderwijswetgeving krijgt aldus duidelijk een plek bij de beoordeling van het voorliggende geschil.

Er zijn kortom verschillende voorbeelden waarin het gehele kader of een van de facetten van artikel 6:248 BW naar voren komt. Uit deze rechtspraak is aldus af te leiden dat er ook in de context van het onderwijs mee kan worden gewerkt. De systematiek is niet altijd even goed zichtbaar, bijvoorbeeld niet in de gevallen waarin slechts een element van het kader naar voren komt en de rest van het kader er verder niet bij wordt betrokken. Wel zijn (ook) in die gevallen de verschillende mogelijkheden te ontwaren waarop de onderwijswetgeving kan doorwerken, zoals via uitleg of via aanvulling op grond van de wet.

Kwalificatie in het midden gelaten

In diverse gevallen waarin de rechter de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden laat, is het algemeen vermogensrechtelijk kader ten aanzien van het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst niet expliciet terug te vinden. Om dezelfde reden dat de rechter niet toekomt aan het vaststellen van wie er partij is bij de onderwijsovereenkomst, komt de rechter niet toe aan het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst: wordt de kwalificatie in het midden gelaten en over de kwalificatie kwestie heengestapt, dan zal ook niet met zoveel woorden stil worden gestaan bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst aan de hand van het kader dat artikel 6:248 lid 1 BW hiervoor biedt.[261]

---

259 Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.3 (openbaar onderwijs).

260 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947 r.o. 5.2.1 (bijzonder onderwijs).

261 Zie bijv. Rb. Maastricht (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297 (openbaar onderwijs) waarin dit met zoveel woorden wordt overwogen, r.o. 3.12: 'In het midden wordt gelaten of er een onderwijsovereenkomst is, op welke rechtsverhouding (publiek- of privaatrechtelijke) die onderwijsovereenkomst is gestoeld, en zo ja, wat de inhoud daarvan is.'

Wat is er mogelijk betreffende de inhoud van de rechtsverhouding en daarmee de (door)werking van wetgeving wel af te leiden uit deze uitspraken waarin de kwalificatie in het midden wordt gelaten? Ik stip voornamelijk uitspraken over de kwaliteit van het onderwijs aan.

Illustratief is de bekende *Schaapman*-zaak. Mevrouw Schaapman verwijt de gemeente dat haar zoon Tom een onderwijsachterstand heeft opgelopen omdat hij een deel van de op het programma staande lesstof niet of onvoldoende onderwezen heeft gekregen wegens uitval van leerkrachten. Volgens Schaapman is het bevoegd gezag tekortgeschoten in de uitvoering van de onderwijsovereenkomst die de verplichting met zich brengt een zekere kwaliteit van onderwijs te garanderen, dan wel handelde de gemeente onrechtmatig, want in strijd met de wettelijke verplichtingen uit de Wbo (inmiddels Wpo).[262]

De rechtbank meent inderdaad dat de gemeente tekortgeschoten is in de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs door een forse leer- of onderwijsachterstand te laten ontstaan en tot halverwege groep 8, de hoogste klas, geen maatregelen te nemen de achterstand op te heffen. Volgens de rechtbank is de gemeente voor de kwaliteit van het onderwijs 'op grond van de Wbo verantwoordelijk' zodat de gemeente 'in strijd met haar wettelijke plicht' handelde.[263] De rechtbank geeft aan dat er in de Wbo nog geen bepaling bestond over de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs zoals artikel 10 Wpo tegenwoordig wel doet, maar dat deze verplichting net zo goed onder de oude wet gold, zoals met name volgde uit de artikelen 8 en 9 Wbo. De rechtbank overweegt voorts dat deze wettelijke verplichting mede dient ter bescherming van de belangen van leerlingen en ouders zodat de gemeente onrechtmatig handelde jegens Schaapman.[264] Tegelijkertijd laat de rechtbank de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden. De rechtbank gaat niet na of er sprake is van een overeenkomst, wel laat zij expliciet de mogelijkheid open dat dit het geval kan zijn en dat er dus van wanprestatie sprake zou kunnen zijn. Interessant is met het oog op het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst dan ook de overweging:

> 'Als zou moeten worden aangenomen dat tussen Schaapman en de gemeente een overeenkomst heeft bestaan – partijen hebben op dit punt geen duidelijke keuze gemaakt – dan wordt die overeenkomst *zozeer beheerst door de hiervoor genoemde wettelijke verplichtingen van het bevoegd gezag* dat de uitkomst niet anders zou zijn, zij het dat dan van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de gemeente

262 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 3 (openbaar onderwijs).

263 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8 (openbaar onderwijs).

264 Hiermee staat de rechtbank stil bij de relativiteitsvraag betreffende de wettelijke plicht zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs.

> zou moeten worden gesproken. De rechtbank kan dit dan ook in het midden laten.'[265] [cursivering: SV]

Duidelijk is dat volgens de rechtbank de overeenkomst wordt beïnvloed preciezer gezegd beheerst wordt door de wettelijke verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs. Deze wettelijke verplichtingen werken met andere woorden door en zouden deel uitmaken van de onderwijsovereenkomst als die aanwezig zou zijn. Dit zou passen in het kader van artikel 6:248 lid 1 BW. De wijze waarop de wettelijke bepalingen dan doorwerken is uit het vonnis niet te destilleren.

Ook in een recenter arrest op het gebied van de kwaliteit van het onderwijs en het adequaat onderwijzen van een zieke leerling – dat het hoger beroep betreft van een zaak in eerste aanleg die in het vorige hoofdstuk is uitgelicht – is een dergelijke overweging terug te vinden en wordt duidelijk dat de verplichting uit artikel 6b Wvo werkt in de relatie met de leerling. Het Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt met betrekking tot de door de ouders tevergeefs aangevoerde grief tegen de overweging van de Rechtbank Midden-Nederland dat de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden kan blijven namelijk het volgende:

> 'Zoals de rechtbank heeft overwogen, moet het handelen van het Revius Lyceum worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt. Daarbij gaat het in dit geval in essentie om de vraag of CVO haar uit artikel 6b Wvo voortvloeiende verplichting is nagekomen om het onderwijs zodanig in te richten dat [appellant sub 3] ondanks zijn ziekte in staat was om op adequate wijze onderwijs te genieten. *Die verplichting geldt ook, ongeacht of wordt aangenomen dat tussen CVO en [appellant sub 3] en/of zijn ouders een onderwijsovereenkomst bestaat of niet*. Indien deze verplichting niet is nageleefd, moet in het ene geval worden aangenomen dat CVO in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst is tekortgeschoten en in het andere geval dat CVO onrechtmatig heeft gehandeld. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid maakt dit geen wezenlijk verschil.'[266] [cursivering: SV]

In andere uitspraken lijkt hetzelfde te zijn beoogd.[267] Zo overweegt het Hof

---

265 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8 (openbaar onderwijs).

266 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245 r.o. 4.3 in vervolg op Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773 (bijzonder onderwijs). Vgl. Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 (bijzonder onderwijs).

267 Met de kanttekening dat mijns inziens van een zuivere formulering geen sprake is daar waar door rechtbanken de onrechtmatige daad als rechtsverhouding wordt aangeduid. Voordat is vastgesteld of sprake is van een onrechtmatige daad, en derhalve uit het onrechtmatig handelen een verbintenis tot schadevergoeding voortvloeit, kan 'de onrechtmatige daad' niet als rechtsverhouding worden aangemerkt. Dit in tegenstelling tot 'de onderwijs-

's-Gravenhage – nadat de rechtbank het kwalificatievraagstuk in het midden had gelaten omdat als al zou moeten worden aangenomen dat tussen partijen een onderwijsovereenkomst heeft bestaan deze overeenkomst zozeer wordt beheerst door dezelfde normen dat de uitkomst niet anders is bij 'de subsidiair gestelde rechtsverhouding, de onrechtmatige daad':

> 'Het gaat er (…) niet om of er een hoogbegaafdenbeleid binnen de (hele) school was en wat dat (voor alle leerlingen) inhield, maar of CSG jegens M heeft voldaan aan de *kwaliteitseisen die in en krachtens de art. 23a en 24 van de Wvo aan het onderwijs zijn gesteld*.'[268] [cursivering: SV]

Deze kwaliteitseisen en de desbetreffende bepalingen uit de onderwijswetgeving werken kennelijk door in de relatie met de leerling, ongeacht of en dus ook als de relatie als contractueel wordt aangemerkt.

Een ander geval toont eveneens aan dat de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen de verplichtingen van de desbetreffende school beïnvloeden. Opvallend is dat rechtbank de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen los lijkt te koppelen van de rechtsverhouding tussen de basisschool en de leerling en zijn ouders:

> '(…) De vordering (…) kan in beginsel worden toegewezen indien komt vast te staan dat OBS Panta Rhei als school tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen. *Deze verplichtingen vloeien enerzijds voort uit de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen en anderzijds uit de rechtsverhouding tussen OBS Panta Rhei en [Z] en zijn ouders, op grond waarvan ook een specifieke zorgplicht jegens [Z] en zijn ouders moet worden aangenomen*. Van schending van deze zorgplicht zal sprake zijn indien OBS Panta Rhei ten aanzien van [Z] niet gehandeld heeft zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende school mag worden verwacht (…).'[269] [cursivering: SV]

De Rechtbank Amsterdam laat zich in 2012 uit over een geschil aangaande een leerling met leer- en gedragsproblemen waarin de ouders tevergeefs

---

overeenkomst', die wel alvorens over schending ervan is geoordeeld als rechtsverhouding kan worden aangemerkt. Zie: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376 (bijzonder onderwijs), r.o. 27, met vervolg Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628 zie voetnoot hierna; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.2 (bijzonder onderwijs). Vgl. Rb. 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526 (bijzonder onderwijs).

268 Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628, r.o. 3.2 (bijzonder onderwijs).

269 Rb. Breda 11 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199, r.o. 3.6 (openbaar onderwijs). In het vervolg van de overweging staat de rechtbank stil bij welke inspanningen van de school mogen worden verwacht in het kader van kort gezegd de kwaliteit van het onderwijs, zoals het maken van hulpplannen wanneer de leerling achterblijft op het gebied van lezen en schrijven. De toetsingsmaatstaf in dit vonnis is gebaseerd op het arrest van het Hof Arnhem van 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9107 (openbaar onderwijs). Ook de uitspraak in de noot hierna verwijst naar dit arrest.

betogen dat de school tekortgeschoten is in de nakoming van de onderwijsovereenkomst ofwel onrechtmatig heeft gehandeld onder andere gelet op het gebrek aan voortgangsregistratie en rapportage over de voortgang waartoe de Wpo verplicht. De rechtbank stelt het volgende voorop:

> 'Het handelen van de school levert een tekortschieten *of* onrechtmatige daad op jegens de ouders, als de school in ernstige mate is tekortgeschoten in het leveren van de inspanningen die redelijkerwijs van haar *mochten worden verwacht gelet op de concrete omstandigheden* van het geval en *de wettelijke verplichtingen zoals die in het schoolplan nader zijn geconcretiseerd*. Daarbij gaat het erom of de school *zich gehouden heeft aan de normen zoals gesteld in de Wet op het Primair Onderwijs* (hierna: WPO) en meer in het bijzonder of de school [kind] heeft begeleid en opgeleid zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende school (leiding en onderwijspersoneel) mocht worden verwacht (Gerechtshof Arnhem, 13-06-2006, LJN: AY9107). Waar die beoordeling raakt aan de vrijheid van onderwijs, dient de rechtbank terughoudend te toetsen.'[270] [cursivering: SV]

De normen uit de Wpo gelden volgens de rechtbank derhalve in de relatie met de leerling. De wettelijke verplichtingen zoals in het schoolplan nader geconcretiseerd vullen de relatie in. Nu de mogelijkheid van een overeenkomst wordt opengehouden, lijkt de doorwerking van de wettelijke verplichtingen in de contractuele relatie ook gegeven. Interessant is voorts dat de rechter spreekt over inspanningen die gelet op de concrete omstandigheden van het geval redelijkerwijs van de school mochten worden verwacht. Dit sluit aan bij het *Haviltex*-criterium.

Deze uitspraken laten zien dat de wettelijke verplichtingen en door de overheid opgelegde kwaliteitseisen hoe dan ook gelden, ongeacht of een onderwijsovereenkomst bestaat of niet. Ook indien een overeenkomst wordt aangenomen, werkt de wetgeving dus (door) in de relatie met de leerling.[271]

Soms laat de rechter echter in het midden of de wetgeving al dan niet doorwerkt in de relatie. Dit illustreert een arrest van het Hof Den Haag uit 2013. De school betwist dat schending van de artikelen 24 lid 2 en 24a lid 1 onder b Wvo – inzake opname van het beleid omtrent de zorg voor kinderen met een leerlinggebonden financiering in het schoolplan en de schoolgids – een normschending jegens de moeder of de leerling oplevert, aangezien de bepalingen bekostigingsvoorwaarden betreffen en niet de verhouding tussen leerling, ouders en school regelen. Het hof brandt de vingers niet aan deze kwestie en overweegt dat het de vraag of '[appellanten] zich op de gestelde normschending kan beroepen in het midden zal laten, omdat naar het oordeel

---

270 Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAM:2012:BX4929 met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787 (bijzonder onderwijs).

271 Vgl. noot B.P. Vermeulen bij Rb. Amsterdam 29 juli 1999, *AB* 2000, 105 (bijzonder onderwijs). Vermeulen geeft aan dat de rechtsverhouding ook in het bijzonder onderwijs sterk door publiekrecht wordt genormeerd.

van het hof niet kan worden gezegd dat zij daarvan nadeel heeft ondervonden'.[272] De Rechtbank Breda laat zich in een uitspraak waarin het geschil draait om het niet langer aanbieden van voortgezet onderwijs op een dependance ook niet uit over de vraag of de Wvo de rechtsverhouding beheerst:

> 'Hierbij geldt dat ongeacht de vraag of, c.q. in welke mate, de grondslag van de rechtsverhouding tussen OMO en de ouders wordt beheerst door de WVO, deze rechtsverhouding mede gedomineerd wordt door de goede trouw, die met zich brengt dat OMO een zorgplicht heeft die ertoe strekt dat zij ernaar dient te streven voor de VWO leerlingen in de bovenbouw het onderwijs aan het Merletcollege in Grave tot aan het eindexamen te blijven verzorgen en zo nodig de rechtsmiddelen in een eventueel handhavingstraject ten behoeve van de leerlingen uit te nutten.'[273]

Interessant is dat de rechter overweegt dat deze rechtsverhouding mede wordt gedomineerd door de goede trouw. Deze overweging zou zonder enig probleem in het kader van artikel 6:248 lid 1 BW passen: de zorgplicht kan als verbintenis uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid volgen. Dat de rechter hier kiest voor de term goede trouw in plaats van redelijkheid en billijkheid kan komen omdat hij zich over de kwalificatie van de rechtsverhouding als overeenkomst niet heeft uitgelaten en zich derhalve het overeenkomstenrechtelijke kader omtrent het vaststellen van de inhoud niet aantrekt.

Al met al kan worden geconcludeerd dat in deze uitspraken een duidelijke lijn ten aanzien van het toepassen van het kader niet is te ontdekken, nu de rechters het kwalificatievraagstuk in het midden laten en derhalve ook aan het kader voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst niet toe (behoeven te) komen. Hoewel de rechters de toetsing niet als zodanig 'framen' en de systematiek van artikel 6:248 BW niet met zoveel woorden hanteren, passen sommige overwegingen evenwel geruisloos binnen het kader van dit artikel. Duidelijk lijkt ook te zijn dat de wet de rechtsverhouding nader invult en in sommige gevallen dat er om de wet niet heen gegaan kan worden, al zijn er ook gevallen waarin de rechter de vraag naar (door)werking van de wetgeving onbeantwoord laat.[274] De verhouding wordt ongeacht of sprake

272 Hof Den Haag 9 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6073, r.o. 11 (bijzonder onderwijs). Uit het arrest is niet goed af te leiden wie het hof met 'zij' bedoelt, nu in de gepubliceerde versie in dezelfde zin van [appellanten], dat zijn moeder en dochter, in meervoud wordt gesproken.

273 Rb. Breda (vzr.) 26 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB6539, r.o. 3.6 (bijzonder onderwijs).

274 Om terug te grijpen op par. 3.2.3.1 e.v.: Uit de rechtspraak is mijns inziens af te leiden dat dus zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs bepalingen en derhalve normen uit de onderwijswetgeving in de interne relatie tussen leerling en school (kunnen) gelden, zodat niet gesproken kan worden van slechts of pure bekostigingsvoorwaarden die alleen gelden in relatie tussen overheid en school en waar een leerling zich niet op zou kunnen beroepen nu deze niet intern zouden kunnen werken, zie hierover par. 3.2.3.3. In het

is van een overeenkomst door het publiekrecht genormeerd, dus ook als wel sprake is van een overeenkomst, en ook dan zullen de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen en wettelijke verplichtingen een plek krijgen. De wijze waarop dit gebeurt, is evenwel uit de rechtspraak zoals gezegd niet helder op te maken.

3.5.3 Rechtskarakter: inspanningsverbintenissen?

In de rechtspraak tekent zich een zorgplicht inzake de kwaliteit van het onderwijs af. Deze zorgplicht betreft een inspanningsverplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, zowel in de gevallen waar van een overeenkomst wordt uitgegaan als waarin het kwalificatievraagstuk in het midden wordt gelaten.

Daar waar van een overeenkomst wordt uitgegaan vloeit blijkens de rechtspraak uit een onderwijsovereenkomst een inspanningsverplichting inzake de kwaliteit van het onderwijs voort, die onder andere wordt ingevuld door de onderwijswetgeving:

> 'Uit de onderwijsovereenkomst vloeit voor pcbo de (*inspannings*)verplichting voort om onderwijs te (doen) geven op de bij of ingevolge de WBO aangewezen wijze.'[275]

Zie bijvoorbeeld ook een recentere uitspraak waarin de Utrechtse Rechtbank overweegt dat de wettelijke verplichting zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs:

> '(…) in de rechtsverhouding van bevoegd gezag en leerling als een inspanningsverbintenis [dient] te worden beschouwd in die zin dat het bevoegd gezag aan zijn verplichting heeft voldaan als het bij de uitvoering daarvan de vereiste zorg heeft betracht. Het bevoegd gezag is daarbij gehouden de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend schoolbestuur in acht te nemen. Uit deze zorgplicht vloeit

---

bijzonder onderwijs lijkt dus inderdaad de genuanceerde opvatting en derhalve doorwerking van een bekostigingsvoorwaarde indien deze strekt tot de belangen van de leerling leidend.

275 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89). Vgl. JMVD NTOR 1998, afl. 1 oktober, p. 166 over het vonnis van de Kantonrechter inzake de Schaapman-zaak: 'Het begrip kwaliteit van onderwijs is naar zijn inhoud vaag. De school heeft een inspannings- geen resultaatsverbintenis. De wetgever spant zich vooral de laatste jaren in om tot meer concrete en structurele beoordeling van onderwijskwaliteit te komen.'
Vgl. in het particulier onderwijs: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017 ECLI:NL:GHARL:2017:10195, r.o. 5.6 (vervolg op Rb. Overijssel 5 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3326), waarin de zorgplicht voor de kwaliteit van het onderwijs, begeleiding en ondersteuning als inspanningsverplichting uit contract volgt.

> voort dat het bevoegd gezag tijdige en adequate maatregelen moet nemen om lesuitval zoveel mogelijk te voorkomen.'[276]

Ook waar kwalificatie in het midden wordt gelaten wordt niet van een resultaatsverplichting maar van een inspanningsverplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs uitgegaan, waartoe onder andere de wet verplicht. Zie bijvoorbeeld de overweging van de Rechtbank Amsterdam in het *Schaapman*-vonnis:

> 'Voor de goed[e] orde, het gaat in deze zaak niet om de verplichting een bepaald eindniveau bij een leerling te garanderen, maar om de eis dat de in het schoolprogramma opgenomen lesstof tenminste bij benadering aan die leerling wordt aangeboden.'[277]

Andere uitspraken tonen eveneens duidelijk aan dat het draait om een inspanningsverplichting.[278]

In de rechtspraak tekent zich, naast een zorgplicht ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs, ook een zorgplicht van de school inzake de veiligheid en gezondheid van de leerlingen af, bijvoorbeeld met het oog op pesten.[279] Ook dit betreft een inspanningsverplichting en geen resultaatsver-

---

276 Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.8.

277 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104 (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8 eind, m.nt. B.P. Vermeulen onder 5.

278 Zie Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9107, r.o. 5.4 en 5.13: 'Het gaat hier niet om de vraag in hoeverre X baat heeft gehad bij de maatregelen die zijn genomen – op de basisschool rustte immers niet de verplichting om met X een bepaald resultaat te bereiken – maar of op de basisschool X's problemen tijdig zijn onderkend en vervolgens ook voldoende adequate maatregelen zijn ondernomen.' (Vgl. Rb. Breda 11 april 2012 ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199); Rb. Amsterdam 27 juni 2012 ECLI:NL:RBAM:2012:BX4929, r.o. 4.2, vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787 r.o. 3.1.7 en 3.2; Rb. Amsterdam 17 oktober 2012 ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7002, r.o. 4.3; Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.3: '(…) De verplichting van een school zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, welke verplichting nader is uitgewerkt in artikel 6b Wvo, is – anders dan [eisers] c.s. betoogt – een inspanningsverplichting'. Zie voor vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245 r.o. 4.6, het hof spreekt over een inspanningsverbintenis; Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.3 eind. Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9909, r.o. 4.3.

279 Een uitzondering wordt gevormd door Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, r.o. 4.8. Er wordt aangenomen dat van een onderwijsovereenkomst sprake is maar nog daargelaten of de gemeente bij het aangaan (stilzwijgend) de verbintenis op zich heeft genomen zich voldoende in te spannen om geweld jegens de leerling te voorkomen dan wel zich voldoende in te spannen voor de veiligheid van de leerling, zijn volgens de rechtbank deze verbintenissen onvoldoende bepaalbaar op grond van art. 6:227 BW. Bij het vonnis kunnen de nodige vraagtekens worden geplaatst. Noorlander merkt bijv. op dat niet valt in te zien waarom de verbintenis(sen) onvoldoende bepaalbaar is (zijn), zie zijn noot in School en Wet november 2006, afl. 5, p. 32-33.

plichting, zo blijkt onder andere uit een uitspraak van de Rechtbank Utrecht die overweegt:

> '(…) dat op een school – volgens vaste jurisprudentie – een bijzondere zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan. Deze bijzondere zorgplicht houdt in dat een school alle inspanningen moet verrichten die redelijkerwijze van haar kunnen worden gevergd teneinde een veilig schoolklimaat te bieden. Van een resultaatsverplichting is, anders dan de ouders primair betogen, dus geen sprake. Een dergelijke verplichting volgt ook niet uit de door de ouders in dit verband aangehaalde wetsartikelen. Evenmin kan een dergelijke verplichting worden afgeleid uit hetgeen de ouders naar voren hebben gebracht over de inhoud van de door hen gestelde (onderwijs)overeenkomst met de school.'[280]

Ook de Rechtbank Groningen geeft aan dat de zorgplicht een actieve inspanning vergt van de school om de veiligheid en gezondheid van haar leerlingen zo veel mogelijk te waarborgen en om in dat licht pestgedrag te voorkomen:

> 'Algemeen bekend is dat pestgedrag door en tussen leerlingen een onveilige situatie voor één of meerdere leerlingen tot gevolg heeft of kan hebben. Van een school mag in het kader van voormelde zorgplicht verwacht worden dat zij pestgedrag probeert te voorkomen en dat, indien dit gedrag zich (toch) voordoet, de school adequate inspanningen verricht om het pestgedrag te doen eindigen en dat de school redelijke inspanningen verricht om te bewerkstelligen dat voor de gepeste leerling(en) weer een als veilig aan te merken situatie op school ontstaat.'[281]

De Rechtbank Midden-Nederland stelt eveneens voorop dat op een school een zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd. Het geheel uitbannen van pestgedrag lijkt evenwel niet te kunnen worden gevraagd. Zo kan volgens de rechtbank van een school niet worden verwacht dat zij continu toezicht houdt en ervoor zorgt dat er in het geheel geen gepest plaatsvindt of dat er zich andere vervelende situaties voordoen. Wel moet volgens de rechtbank een school:

> '(…) alle redelijkerwijs te verwachten inspanningen plegen om die situaties zoveel mogelijk te voorkomen of op te heffen (zie ook rechtbank Den Bosch 14 februari 2007, JA 2007, 129 en rechtbank Utrecht 25 juni 2008, JA 2008, 113). Deze zorgplicht

280 Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252 r.o. 4.2. Zie voor een opsomming Paijmans 2013, p. 123 ten aanzien van pesten, misbruik, geweld en ongevallen.

281 Rb. Groningen (vzr.) 20 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX2104, r.o. 4.7. Ook in het arrest Hof Arnhem 11 maart 2008 ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417, r.o. 2.7 wordt opgemerkt dat de school erop dient toe te zien dat pesten zoveel mogelijk wordt voorkomen.

> is een inspanningsverplichting (zie ook rechtbank Zwolle 6 januari 2010, JA 2010, 33 en rechtbank Utrecht 27 oktober 2010, *LJN*: BO1935). (…).'[282]

Niet alleen een school is gehouden zich op verschillende fronten in te spannen, een leerling is dit ook: een school heeft inspanningsverplichtingen maar daartegenover staat een inspanningsverplichting van leerling en ouders.[283] Zo is ook een leerling waarmee afspraken worden gemaakt (in het kader van uitvoering van een handelingsplan) zelf mede verantwoordelijk voor het nakomen van die afspraken; door het maken van afspraken wordt de leerling duidelijk wat van hem wordt verwacht.[284] Hierin kan een inspanningsverplichting rustend op de leerling worden teruggevonden. Deze verplichting komt in de rechtspraak sporadisch naar voren, waarschijnlijk omdat het geschil vaak draait om het al dan niet voldoende inspannen van de school (en niet van de leerling).

Wat betreft de zorgplicht die op de school rust zich in te spannen voor de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van de leerlingen, met andere woorden de derde hoofdverplichting, is duidelijk dat in de rechtspraak van een inspanningsverplichting wordt uitgegaan, in contractuele termen een inspanningsverbintenis. Ook kan van de zijde van de leerling inspanning worden verwacht. Over het karakter van de andere door mij geschetste hoofdverplichtingen die over en weer uit de overeenkomst kunnen voortvloeien, wordt in de uitspraken niet expliciet gesproken, zodat ik de vraag of deze verplichtingen in de rechtspraak als inspannings- of resultaatverbintenissen worden aangemerkt niet kan beantwoorden. Dit komt omdat ouders de school voor de rechter dagen en niet andersom. De school heeft andere middelen om nakoming van de verplichting van de leerling en/of ouders te bevorderen.

3.5.4 Vordering tot nakoming en afdwingbaarheid?

In de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden uit 1990 wijdt de rechter uitgebreid een overweging aan de mogelijkheid nakoming te vorderen:

> 'Zoals zojuist is overwogen, is in casu sprake van een privaatrechtelijke overeenkomst. Indien een ouder meent dat het bevoegd gezag c.q. de school wanprestatie pleegt, kan hij zich terzake wenden tot de burgerlijke rechter. Hij kan nakoming

282 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.3.
283 Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.10.
284 Rb. Amsterdam 27 juni 2012 ECLI:NL:RBAM:2012:BX4929 (met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787), r.o. 4.12.

> van de onderwijsovereenkomst vorderen[285] en daarbij aan de rechter vragen ter vaststelling van de (pretense) wanprestatie een deskundigenonderzoek te gelasten. (…) Onjuist acht de rechtbank derhalve het verweer van pcbo dat in geval van klachten van een ouder over het onderwijs dat aan zijn/haar kind wordt gegeven geen andere rechtsgang openstaat dan een klacht bij de onderwijsinspectie in te dienen of de medezeggenschapsraad en/of de oudercommissie te informeren. Pcbo lijkt voorts te miskennen dat een eventuele toewijzing van de gevorderde nakoming (op basis van het deskundigenonderzoek) kan leiden tot een verplichting tot aanpassing van het onderwijs. Eiser baseert echter in het onderhavige geval zijn vordering kennelijk niet op gepleegde wanprestatie maar wellicht in de toekomst door pcbo c.q. de school te plegen wanprestatie. Van toewijzing van de vordering op grond van een dergelijke vage stelling kan geen sprake zijn.'[286]

In essentie is nakoming vorderen mogelijk, is de op de school rustende verplichting afdwingbaar, en kan een leerling naar de rechter stappen. Hoe de vordering wordt ingestoken is evenwel afhankelijk van het voorliggende geval en van wat de leerling en/of ouders in een procedure willen bereiken. Dit bepaalt of er daadwerkelijk nakoming van de overeenkomst wordt gevorderd of dat er bijvoorbeeld schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming centraal staat. Ook uit de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding in te stellen bij de rechter blijkt de afdwingbaarheid van de verplichting. Als het om schadevergoeding gaat is het de vraag of de school al dan niet tekortgeschoten is in haar verplichting voldoende inspanningen te leveren om bijvoorbeeld kwalitatief deugdelijk onderwijs te verzorgen en dus of de vordering tot het betalen van schadevergoeding wordt toegewezen of niet. Een nakomingsactie of bevel tot nakoming is in dergelijke zaken niet snel terug te vinden. Dat is anders wanneer de vordering direct ziet op bijvoorbeeld nakoming van de verplichting voldoende inspanningen te verrichten in de loop van het huidige schooljaar bijvoorbeeld.

Ook wanneer er bijvoorbeeld expliciet toegang wordt gevorderd nadat de school besloten heeft een leerling te verwijderen of wanneer de school voornemens is een dependance te sluiten kan nakoming naar voren komen. Een dergelijke vordering tot toelating of tot continuering van de lessen kan in termen van nakoming worden gezien, in die zin dat de school bij toewijzing haar verplichting uit overeenkomst dient na te komen. De vraag is evenwel of leerling en ouders hun vordering met dergelijke bewoordingen inkleden en rechters vervolgens zich ook in dergelijke termen uitlaten. Dit is niet steevast het geval, maar een vordering of veroordeling tot nakoming kan in uitspraken wel worden ontwaard. Bijvoorbeeld in een uitspraak van de Recht-

285 Hierbij zij overigens aangetekend dat nakoming vorderen ook kan zonder dat er van wanprestatie sprake is; nakoming wordt gevorderd op basis van de overeenkomst zelf.

286 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89).

bank Breda uit 2008.[287] Voor de rechter wordt wedertoelating tot het reguliere havo-onderwijs gevorderd, onder andere omdat de school volgens eisers de onderwijsovereenkomst niet naar behoren nakomt. De school wordt veroordeeld de leerling inderdaad weer toe te laten: dit zou als nakoming kunnen worden bestempeld – ware het niet dat de rechter de kwalificatie van de rechtsverhouding onbenoemd laat.

3.5.5 Karakteristieken: wederkerigheid, duur, opdracht?

Een duidelijk voorbeeld waarin de wederkerigheid van de onderwijsovereenkomst in rechtspraak wordt belicht, biedt het al meerdere keren aangehaalde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden inzake kort gezegd de internaatsverplichting (waarover in par. 4.5 meer). Volgens het hof is er geen twijfel dat ten aanzien van een onderwijsovereenkomst sprake is van een wederkerige overeenkomst:

> '(…) Op grond van een overeenkomst tussen de school en een leerling rusten niet alleen op de school verplichtingen maar ook op de leerling. Waar de school gehouden is deugdelijk onderwijs te verschaffen, dient de leerling zich te houden aan de binnen de school geldende regels. De school heeft daar uiteraard groot belang bij. Dat de leerling daar ook zelf belang bij heeft, zoals eisers opmerken, betekent

287 Bijv. Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015. Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7977 over een vordering tot toelating tot havo 4 ondanks doubleren. Eiser merkt het weigeren van toelating als tekortkoming in de nakoming van de verbintenis van de onderwijsinstelling jegens leerling aan. Zie in ander verband bijv. Rb. Breda (vzr.) 26 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB6539, eisers vorderen de school die voornemens is een dependance te sluiten te gebieden tot continuering van de lessen, met als grondslag toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de onderwijsovereenkomst althans onrechtmatig handelen. Dit is m.i. opvallend, de grondslag nakoming van de onderwijsovereenkomst zou geschikter zijn. Vgl. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:655, er wordt terugplaatsing naar de eerdere schoollocatie gevorderd, hieraan wordt ten grondslag gelegd dat de stichting tekortschiet in de nakoming van de onderwijsovereenkomst dan wel onrechtmatig want onzorgvuldig handelt. Vgl. in het mbo: Rb. Arnhem (vzr.) 17 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI4332, de rechter 'veroordeelt [onderwijsinstelling] uit hoofde van de nakoming van de onderwijsovereenkomst, om [eiseres], na betekening van het vonnis, per direct weer onvoorwaardelijk toe te laten tot de onderwijsactiviteiten en alle daarbij behorende faciliteiten.'; Rb. Limburg (vzr.) 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280, de vordering tot nakoming van de onderwijsovereenkomst en het direct weer toelaten van de leerling wordt afgewezen omdat de stichting niet tekortgeschoten is in de nakoming van de krachtens de met de leerling gesloten onderwijsovereenkomst op haar rustende verbintenissen; Rb. Overijssel (vzr.) 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3790; Rb. Rotterdam (vzr.) 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6137 in beide gevallen wordt de instelling veroordeeld de onderwijsovereenkomst na te komen.

niet dat hij niet jegens de school verplicht is zich aan de schoolregels te houden. (…).'[288]

Over de vraag of sprake is van een duurovereenkomst zijn in uitspraken minder aanknopingspunten te vinden. Wel wordt in uitspraken bijvoorbeeld benoemd dat in de schoolgids wordt verwezen naar een tijdvak van acht aaneensluitende jaren waarin de leerling in beginsel de basisschoolperiode kan doorlopen en dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen meemaken.[289]

Dat de onderwijsovereenkomst in het primair of voortgezet onderwijs aangemerkt zou kunnen worden als overeenkomst van opdracht ben ik in de door mij onderzochte uitspraken nergens tegengekomen. Wel is er een voorbeeld in het particulier voortgezet onderwijs.[290] Deze voorbeelden bestaan ook in het beroeps- of hoger onderwijs. Daar wordt in verschillende uitspraken de voorliggende onderwijsovereenkomst wel als overeenkomst van opdracht gekwalificeerd en aan de regelgeving daaromtrent getoetst.[291]

---

288 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.8. Vgl. in het mbo: Rb. Limburg (vzr.) 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280, r.o. 4.3.4: '(…) Overigens rusten op grond van de onderwijsovereenkomst tussen de onderwijsinstelling en een leerling niet alleen verplichtingen op de onderwijsinstelling, maar ook op de leerling. Terwijl de onderwijsinstelling gehouden is deugdelijk onderwijs te verschaffen en voldoende begeleiding en ondersteuning te bieden, dient de leerling zich te houden aan de binnen de school geldende regels, zoals bijvoorbeeld de regels ter zake verzuim.'

289 Bijv. Rb. Amsterdam 29 juli 1999, *AB* 2000, 105 m.nt. B.P. Vermeulen. Vgl. bijv. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.4 aangaande het particulier onderwijs.

290 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746, r.o. 4.6: 'De schoolfee is een essentiala van de tussen school en ouders te sluiten overeenkomst, die overigens kwalificeert als een onderwijsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht.'

291 HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775 in cassatie op Hof Den Haag 8 maart 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:486 (Tio Teach B.V.): De Hoge Raad overweegt dat het hof de overeenkomst als overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 lid 1 BW heeft aangemerkt en voegt daaraan toe 'hetgeen in cassatie terecht niet wordt bestreden', r.o. 3.3.3. Uit de formulering kan vermoedelijk worden afgeleid dat de Hoge Raad het eens is met de kwalificatie als overeenkomst van opdracht. Zie over de overeenkomst van opdracht sub 2.7 van de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2017:889). Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het hof dat sprake is van een onredelijk bezwarend beding waarvoor aansluiting is gezocht bij art. 7:411 BW, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zie hierover Boom 2017, p. 300-302. Voor andere voorbeelden: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARNL:2014:326 (Stichting PTC+); Rb. Amsterdam 1 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4647 (Tio Teach B.V.) (met vervolg Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1419); Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3001 (beroepsonderwijs); Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5331 (NCOI opleidingsgroep B.V.); Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2980 (Avans Hogeschool B.V.) Het kwalificeren als overeenkomst van opdracht kan meebrengen dat de student wordt beschermd ten aanzien van de door onderwijsinstellingen gehanteerde annuleringsbedingen die meebrengen dat studenten kosten verschuldigd zijn bij voortijdige beëindiging: de annuleringsbedingen kunnen, naast als mogelijk onredelijke bezwarende bedingen, aangemerkt worden als strijdig met art. 7:408 lid 1 en lid 3 (jo. 7:413)

3.5.6 Afronding jurisprudentie

De civielrechtelijke jurisprudentie inzake onderwijszaken geeft een divers beeld. In verschillende uitspraken waarin van een onderwijsovereenkomst sprake is, komt het gehele kader of komen facetten van artikel 6:248 BW naar voren. Er wordt dus reeds door rechters van het contractenrechtelijke kader ter vaststelling van de inhoud voor de rechtsverhouding in het onderwijs gebruik gemaakt. De onderwijswetgeving krijgt duidelijk een plaats bijvoorbeeld via uitleg of aanvulling op grond van de wet. In de gevallen waarin de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden wordt gelaten, wordt niet toegekomen aan het contractenrechtelijke kader voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst. Hoewel rechters de systematiek uit artikel 6:248 BW niet met zoveel woorden hanteren, passen sommige overwegingen echter wel probleemloos binnen dit kader. Duidelijk is geworden dat ook in die gevallen doorwerking van de desbetreffende bepalingen uit de onderwijswetgeving zich voordoet, denk aan kwaliteitseisen en verplichtingen omtrent het opnemen van informatie in een schoolplan en een schoolgids, het rapporteren over de vorderingen aan de ouders e.d. Ongeacht of sprake is van een overeenkomst vult de wet de rechtsverhouding in. Dus ook als inderdaad sprake is van een contractuele rechtsverhouding worden desbetreffende bepalingen uit de onderwijswetgeving geïncorporeerd in de overeenkomst. De wijze waarop deze doorwerking dan plaatsvindt is uit die rechtspraak evenwel niet helder af te leiden.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de zorgplicht die rust op de school betreffende de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van leerlingen wordt aangemerkt als een inspanningsverplichting. In contractuele termen: een inspanningsverbintenis.

Het vorderen van nakoming is met name terug te zien in de gevallen waarin een reeds toegelaten leerling aan wie de school de toegang ontzegt of onthoudt voor de rechter wedertoelating vordert. Uit de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen bijvoorbeeld wegens het ontvangen van kwalita-

---

BW over opzegging zonder dat schadevergoeding verschuldigd is, en zijn daarmee op grond van art. 3:40 lid 2 BW vernietigbaar. Vgl. Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2303. Zie over de vraag of een onderwijsovereenkomst met een hogeschool uit België valt onder de werking van Richtlijn 93/13/EEG oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten: Conclusie van A-G E. Sharpton, 30 november 2017, Zaak C-147/16.

Anders bijv.: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:10363, r.o. 4.3: 'Gesteld noch anderszins is gebleken dat [appellant] gedurende zijn opleiding jegens AIS een instructiebevoegdheid (vgl. art. 7:402 BW) toekwam. Reeds op deze grond vormt de overeenkomst geen overeenkomst van opdracht.' In een ander geval verloopt het geschil aangaande een beëindigingsbeding via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zonder dat daarbij de kwalificatie als overeenkomst van opdracht aan bod komt: Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2719.

tief ondeugdelijk onderwijs kan worden afgeleid dat in de rechtspraak wordt aangenomen dat van een afdwingbare verplichting sprake is.

Voorbeelden waarin in rechtspraak in het primair en voortgezet onderwijs wordt uitgegaan van een overeenkomst van opdracht heb ik niet aangetroffen. Ook over het eventuele duurkarakter van een onderwijsovereenkomst in het funderend onderwijs is in rechtspraak weinig informatie terug te vinden. Wel is er een uitspraak voor waarin expliciet wordt weergegeven dat sprake is van een wederkerige overeenkomst tussen leerling en school, die voor beide partijen verplichtingen in het leven roept.

3.6 AFRONDING

Het algemeen contractenrechtelijke kader uit artikel 6:248 BW kan worden toegepast om de inhoud van de rechtsverhouding tussen leerling en school vast te stellen. Civiele rechters passen soms voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding dit kader reeds toe of gebruiken facetten eruit. In diverse gevallen wordt, als gevolg van het in het midden laten van de kwalificatiekwestie, bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst en het kader dat artikel 6:248 BW hiervoor biedt evenwel niet met zoveel woorden stilgestaan. De rechter heeft weliswaar artikel 6:248 BW niet nodig – ook door middel van een buitencontractuele benadering kan tot de vaststelling van rechten en verplichtingen over en weer worden gekomen – maar dit artikel geeft wel een overzichtelijk kader dat in een buitencontractuele benadering ontbreekt. Het contractenrechtelijk kader geeft houvast, in de vorm van beoordelingscriteria en bronnen waarop teruggevallen moet worden. Ook brengt het een zekere systematiek mee, gelet op het drieluik van uitleg, aanvulling en beperking.

Bij het vaststellen van de inhoud van de onderwijsovereenkomst staan de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen voorop. Bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen zal het aankomen op de *Haviltex*-norm, met daarbinnen eventueel ruimte voor een meer objectieve benadering. Het komt daarbij onder andere aan op het gerechtvaardigd vertrouwen, hetgeen partijen over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Zo bestaat er voor het uitleggen van de tussen leerling en school overeengekomen rechtsgevolgen een flexibele en subtiele maatstaf waarbinnen voldoende rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval en, onder andere vanwege de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, voldoende met de context van het onderwijs en de belangen van overige leerlingen en leerkrachten. De mogelijkheid tot 'dynamische uitleg' geeft ruimte om daar waar het kind zich ontwikkelt de overeenkomst mee te laten ontwikkelen.

Vervolgens zal de overeenkomst kunnen worden aangevuld door de wet. Uit de rechtsverhouding in het onderwijs vloeien voor zowel de leerling als

de school rechten en verplichtingen voort, deze zullen mede worden bepaald door de onderwijswetgeving. Binnen het contract is hier voldoende ruimte voor. In hoeverre onderwijswetgeving de overeenkomst nader invult of aanvult is afhankelijk van de formulering en strekking van de desbetreffende bepaling. Of de bepaling ook ziet op de belangen van een leerling is niet altijd helder uit de bepaling zelf of parlementaire geschiedenis te destilleren. Wanneer partijen niets (anders) hebben afgesproken, zal een bepaling die inderdaad blijkt te strekken tot bescherming van de belangen van de leerling de overeenkomst aanvullen. Dit zal met name het geval zijn bij bepalingen die zijn te scharen onder de door mij genoemde categorieën 'cognitieve aspecten', 'onderwijskundige uitgangspunten' en 'maatschappelijke aspecten'. Zijn partijen wel iets overeengekomen dat afwijkt van een bepaling uit de onderwijswetgeving dan rijst de vraag in hoeverre deze bepaling kan worden aangemerkt als van regelend of dwingend recht. Nu in de onderwijswetgeving zelf niet wordt stilgestaan bij de gevolgen van een eventuele contractuele afwijking zal via artikel 3:40 BW nagegaan moeten worden of de afwijking geldig is of leidt tot vernietigbaarheid of nietigheid. Dit zal geen sinecure zijn, onder andere omdat niet helder is in hoeverre de bepalingen uit de onderwijswetgeving reiken. Het is dan ook aan te bevelen dat de onderwijswetgever duidelijk stil staat bij de vraag in hoeverre de onderwijswetgeving gevolgen heeft voor de interne relatie tussen leerling en school en daarmee het contract, wil daarmee gewerkt worden.

Voorts dienen aanvulling op grond van de gewoonte en voornamelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid zich aan. Aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid ligt dicht tegen uitleg aan. Maar laten partijen een en ander ongeregeld, geeft uitleg geen duidelijkheid of blijkt na uitleg sprake van een leemte dan kan de aanvullende werking van het duo een zelfstandige rol spelen. Voor het vaststellen van wat de redelijkheid en billijkheid eisen kan artikel 3:12 BW worden geraadpleegd: er moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Tot slot kunnen de gevolgen van de onderwijsovereenkomst ook worden beperkt op grond van dit duo. Zo is een regel die als gevolg van de overeenkomst tussen school en leerling geldt, niet van toepassing, wanneer dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zie artikel 6:248 lid 2 BW.

De onderwijswetgeving heeft een plaats in het wettelijk kader voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding. Binnen een onderwijsovereenkomst bestaat ervoor voldoende ruimte. Er is een vrij prominente rol voor de onderwijswetgeving weggelegd. Artikel 6:248 BW biedt immers meerdere mogelijkheden of routes via welke de onderwijswetgeving een plaats kan krijgen in de overeenkomst. Dit kan allicht via aanvulling op grond van de wet, de overeenkomst kan worden aangevuld met een desbetreffende bepaling

uit bijvoorbeeld de Wpo of de Wvo. Ook kan dit via uitleg van de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen en in dat licht door middel van de redelijkheid en billijkheid (waarvoor aansluiting bij artikel 3:12 BW kan worden gezocht en waarbinnen ook de onderwijswetgeving kan worden betrokken). Daarnaast kan ook via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid tot toepassing van een bepaling uit onderwijswetgeving worden geconcludeerd, zij het dat wanneer via uitleg en aanvulling op grond van de wet dit resultaat niet wordt bereikt dit zich wellicht ook niet snel via aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zal voordoen. Toch blijft de aanvullende werking van dit duo bij uitstek een vangnet. Daarnaast kan de beperkende werking aan toepassing van een contractuele regel in de weg staan wanneer toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht en daarbij bijvoorbeeld een bepaling uit de onderwijswetgeving wordt meegewogen.

Aan de hand van het besproken kader kunnen de rechten en verplichtingen van partijen over en weer worden vastgesteld. Het is dan ook niet mogelijk om 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst te schetsen. Om een algemeen beeld te krijgen en om in de volgende hoofdstukken het contractenrecht en haar remedies nader door te kunnen exerceren heb ik toch drie hoofdverplichtingen rustend op de school en drie hoofdverplichtingen rustend op de leerling geschetst, die over het algemeen zullen voortvloeien uit de onderwijsovereenkomst. Mijn exercitie naar de vraag wat het rechtskarakter van deze verplichtingen is, heeft geleid tot de mogelijkheid om deze aan te merken als verbintenissen uit overeenkomst. Van de verplichtingen van de school kunnen leerlingen in rechte nakoming vorderen. In beginsel kan ook de school van de verplichtingen van de leerling nakoming vorderen al is het praktische belang van een dergelijke vordering niet groot, daar de school in praktijk eerder andere middelen zal aanwenden. De overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst hangen af van uitleg en van het specifiek voorliggende geval. In algemene zin kunnen de door mij geschetste verbintenissen echter met name als inspanningsverbintenissen worden aangeduid. Daar ga ik in het vervolg vanuit. Voorts is de onderwijsovereenkomst in algemene termen te kwalificeren als een wederkerige overeenkomst en een duurovereenkomst. De kwalificatie als overeenkomst van opdracht is niet uitgesloten maar stemt mijns inziens niet overeen met de context van het primair en voortgezet onderwijs, zodat ik daar in het vervolg niet van uit ga.

Voor de in de volgende hoofdstukken te onderzoeken artikelen 6:262 en 6:52, 6:265 BW en hun werking of betekenis in het onderwijs zal ik uitgaan van de volgende verbintenissen – hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten – die rusten op de school en de leerling: de verplichting van de school tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs en het recht van de leerling op het krijgen van kwalitatief deugdelijk onderwijs; de verplichting tot het toelaten en laten deelnemen van de leerling aan de lessen en toetsen e.d. en het recht op toelating en deelneming; het voldoende inspannen dan

wel zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, voor de veiligheid en gezondheid van de leerling en het recht op kwalitatief deugdelijk onderwijs in een veilige en gezonde omgeving; de verplichting van de leerling tot deelnemen aan het onderwijs, de lessen en toetsen en het recht van de school op het volgen van onderwijs door leerlingen; de verplichting tot het zich goed gedragen en onthouden van ordeverstorend gedrag en het recht op kort gezegd behoorlijk gedrag in de schoolomgeving; de verplichting tot inspannen tijdens het volgen van het onderwijs en het recht van de school daarop.

Het kader dat het overeenkomstenrecht meebrengt voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst laat zien dat er duidelijk een rol voor onderwijswetgeving is weggelegd. Dit kan de schroom wegnemen die er bestaat om van een overeenkomst te spreken (de schroom is voor een deel ingegeven door de publiekrechtelijke normering van de rechtsverhouding in het onderwijs). Daarnaast laat dit hoofdstuk zien dat artikel 6:248 BW een breder kader biedt en meer biedt dan alleen plek voor onderwijswetgeving. Verder blijkt uit de exercitie in dit hoofdstuk dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst verbintenissen uit een wederkerige duurovereenkomst kunnen zijn. Daarmee werk ik in de vervolghoofdstukken. Wat brengen de bevoegdheden tot opschorting en ontbinding en opzegging in het onderwijs? Het is de vraag of, uitgaande van een verbintenisrechtelijke overeenkomst, deze bevoegdheden aan partijen toekomen, hoe deze kunnen worden toegepast en of deze in de context van het onderwijs passen.

4 Opschorting van een verplichting uit een onderwijsovereenkomst

4.1 INLEIDING

Als wordt uitgegaan van een contractuele rechtsverhouding dan rijst onder meer de vraag in hoeverre de bevoegdheden uit het algemene contractenrecht van Boek 6 BW kunnen worden toegepast.

In het schooljaar 2015-2016 zijn er in totaal 5.271 leerlingen in het voortgezet onderwijs en 436 leerlingen in het primair onderwijs voor langer dan één dag geschorst.[1] 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 publiekrechtelijke sectorwetgeving opgenomen.[2]

Het privaatrecht kent geen mogelijkheid tot schorsing van een persoon. Wel erkent het Burgerlijk Wetboek 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 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).

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of en zo ja in hoeverre de bevoegdheid tot opschorting kan worden gebruikt. Kan een verplichting die voortvloeit uit een onderwijsovereenkomst worden opgeschort? Kan aldus nakoming van de eigen verplichting van de school of de leerling worden uitgesteld, totdat de wederpartij de op hem rustende verplichting nakomt? En 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 ga ik na hoe het opschortingsrecht in het onderwijs zou kunnen worden toegepast (par.

---

1 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 en 'Factsheet schorsingen primair onderwijs. Elektronische meldingen over schooljaren 2014-2015 en 2015-2016', p. 3. In 2015-2016 bedroeg het totaal aantal leerlingen in het voortgezet onderwijs 991.753 en in het primair onderwijs 1.476.912. Te raadplegen op de website van de Inspectie van het Onderwijs: www.onderwijsinspectie.nl/onderwerpen/schorsen-en-verwijderen.

2 Zo volgt uit art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo respectievelijk art. 40c Wet op het Primair Onderwijs (Wpo).

4.2). Vervolgens zal ik stilstaan bij de door publiekrecht geboden mogelijkheid die scholen hebben om leerlingen te schorsen (par. 4.3). Daarna zal ik de bevoegdheden met elkaar vergelijken en zal ik de verhouding tussen opschorting en schorsing belichten (par. 4.4). Voorts zal ik onderzoeken hoe er in civielrechtelijke uitspraken met schorsingsgeschillen en opschorting wordt omgesprongen, onder meer in de eerder al genoemde zaak waarin een school zich heeft beroepen op een opschortingsbevoegdheid als reactie op het niet-nakomen van een internaatsverplichting van haar leerling (par. 4.5). Ik concludeer dat de opschortingsbevoegdheid kan worden toegepast en de onderwijsverhouding iets te bieden heeft, gelet op haar ingebakken proportionaliteitsmaatstaf en inbedding in de redelijkheid en billijkheid. Er kan rekening worden gehouden met de regeling van schorsing in de onderwijswetgeving (par. 4.6).

4.2 Opschorting in het onderwijs

4.2.1 De vereisten van artikel 6:262 lid 1 en 2 BW

Wanneer een van de partijen haar verbintenis niet nakomt, kan de wederpartij op grond van artikel 6:262 BW haar daar tegenoverstaande verplichting opschorten. Artikel 6:262 BW is bij uitstek een contractueel middel; in te roepen in geval van een wederkerige overeenkomst. Kan een verplichting voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden opgeschort, omdat de wederpartij een verbintenis uit die overeenkomst niet (geheel of behoorlijk) nakomt?

Voor het antwoord op deze vraag zal ik uitgaan van de door mij in hoofdstuk 3 geschetste hoofdverplichtingen van beide partijen. Voor een geslaagd beroep op artikel 6:265 BW moet er allereerst sprake zijn van een wederkerige overeenkomst. Zoals besproken in hoofdstuk 3 is mijns inziens een onderwijsovereenkomst als een wederkerige overeenkomst aan te merken.[3] Voor een beroep op artikel 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 van de prestatie en niet-nakoming hiervan is dan voldaan. De leerling komt de verplichting zich te onthouden van ordeverstorend gedrag immers niet na. 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 in paragraaf 3.3.2 genoemde 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

3 Zie par. 3.3.4.

belemmerd, kan de school in beginsel haar daar tegenoverstaande kernverplichting tot het laten deelnemen van de betreffende leerling tot de lessen en toetsen op school opschorten.[4] Mocht in een specifiek geval een beroep op artikel 6:262 BW afstuiten omdat er geen sprake is van tegenover elkaar staande verplichtingen, dan kan ook in onderwijsverband mogelijkerwijs teruggevallen worden op het algemene artikel 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.[5] 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 artikel 6:262 BW, over opschorting in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming.[6] 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 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 mag blijven worden.[7]

4.2.2 'Uitstel en geen afstel'

Nu op het eerste gezicht aan de vereisten uit artikel 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

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

5 Streefkerk 2013, nr. 6.2, 22 en 23; Asser/Hijma 7-I* 2013/403, 406, 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.

6 Streefkerk 2013, nr. 23.

7 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 lesuren en verschillende vakken gegeven door verschillende docenten.

leidt dan ook tot uitstel, niet tot afstel.[8] De opschortingsbevoegdheid is onder andere bedoeld als prikkel tot nakoming.[9] Deze vormt dus een pressiemiddel: druk uitoefenen op de wederpartij om hem tot presteren aan te zetten.[10] 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 beroep op het opschortingsrecht kan of mag partijen in beginsel niet bevrijden van de overeengekomen verplichtingen.[11]

Bijvoorbeeld bij een opschorting door een verhuurder van zijn verplichting toegang tot het gehuurde te geven wegens het uitblijven van betaling van de huurpenningen, 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.[12] Er zijn, zo blijkt uit de uitspraken, in een dergelijk geval zeer bijzondere omstandigheden nodig om op te kunnen schorten.[13] Bezwaarlijk wordt geacht dat de verhuurder niet meer kan nakomen en definitief zou worden bevrijd van diens verplichting.[14] In geval van een duurovereenkomst zoals de huurovereenkomst waarvan bepaalde (op te schorten) verplichtingen wellicht niet later alsnog nagekomen kunnen worden, lijkt een beroep op opschorting dan ook lastig gelet op

8 HR 19 februari 1988, *NJ* 1989/343, m.nt. C.J.H. Brunner onder 1 (*Droog/Bekaert*). Streefkerk 2013, nr. 26.4; Asser/Hijma 7-I* 2013/405; zie ook De Jong 2014, nr. 155.

9 Streefkerk 2013, nr. 7.1; Klomp 2003, p. 57, p. 65, p. 73; Klomp, GS Verbintenissenrecht, art. 6:262 BW, aant. 9 (online, laatst bijgewerkt 1 april 2007); De Jong 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.

10 Naast de prikkel tot nakoming biedt opschorting 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.

11 Streefkerk 2013, nr. 26.4; Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, 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. Wel is het opschortingsrecht uit art. 6:262 BW te gebruiken als inleiding van een mogelijke ontbinding waardoor degene die de opschortingsbevoegdheid inroept zich ook van zijn verbintenissen uit de overeenkomst definitief bevrijden kan.

12 Rb. Arnhem 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 art. 6:54 sub b BW, waar art. 6:264 BW een uitzondering op maakt.

13 Rb. Arnhem 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'.

14 Vergelijk in het kader van het alsnog nakomen van de op te schorten verplichting: Hielkema (red.) 2009, p. 82.

het 'uitstel en geen afstel' karakter van opschorting.[15] 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'.[16] 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. 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 er op 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. In de rechtspraak is bovendien wel eerder aangenomen dat een wederpartij een verplichting uit een duurovereenkomst, tot kort gezegd 'het geven van toegang' kan opschorten, hoewel er voor het verleden niet alsnog zou kunnen worden nagekomen. Zo kon een sportschoolhouder bij betalingsachterstand van de abonnementhouder diens verplichting tot het geven van toegang tot de sportschool opschorten.[17] 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 niet alsnog exact kan

15 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. Dit kan vervolgens leiden tot een geslaagde vordering tot huurprijsvermindering, waardoor de huurder van betaling van die opgeschorte huurpenningen uiteindelijk toch wordt bevrijd (zie art. 7:207 BW). Zie over opschortingsrechten in het kader van huur: Asser/Abas 5-IIA 2007/3 en in de nieuwe druk Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/52, zie ook de nrs. 39, 47, 68.

16 Streefkerk 2013, nr. 26.4, met verwijzing naar 23.2.

17 Rb. Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3661, zie onder het kopje gronden van de beslissing (eindvonnis). Vgl. Rb. Midden-Nederland 13 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6659.

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 (art. 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.[18] Zo kan het dus zijn dat opschorting toch deels bevrijdt.

4.2.3 Praktische uitwerking in het onderwijs

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 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.[19] 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 een aantal 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

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

19 Niet vanwege een poenaal aspect dat ervan uit zou moeten gaan, maar bijv. omdat een moment van 'afkoelen' zowel voor de leerling als medeleerlingen gewenst is. In bepaalde gevallen van duurovereenkomsten is volgens sommigen opschorting mogelijk problematisch gelet op de essentie die gelegen is in het prikkelen tot nakomen van de wederpartij. Wanneer bijvoorbeeld 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.

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.[20]

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 duurovereenkomst speelt naar mijn idee de prikkel tot nakoming voornamelijk voor de toekomst een belangrijke rol. Het doel is dat de leerling weer deel neemt aan het onderwijs en aantoont zich tijdens zijn aanwezigheid verder te onthouden van orde verstorend 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'.[21] 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 hoofdverplichtingen 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.[22] 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 onder andere 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.[23] In theorie kunnen beide gebruik maken van een opschortingsbevoegdheid. Interessant is de vraag of de leerling ook gebruik kan maken van de opschortingsbevoegdheid. Een positief antwoord hierop lijkt lastig voorstelbaar, maar is wellicht niet geheel uitgesloten.

De verplichting van de leerling inhoudende het zich goed gedragen, leent zich niet voor opschorting. Wederom maken de belangen van andere betrokke-

---

20 Zie art. 6:58 BW laatste zinsnede: De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhinderd 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'.

21 Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/273.

22 Vgl. Streefkerk 2013, nr. 22.3, voorbeeld waarin de aard van een bepaalde rechtsverhouding meebrengt dat een opschortingsbevoegdheid geheel of gedeeltelijk is uitgesloten.

23 Zie hoofdstuk 2.

nen, zoals leerlingen en leerkrachten dat het voor een leerling niet mogelijk is zijn verplichting zich goed te gedragen op te schorten. Het is niet denkbaar dat de leerling in de klas, als reactie op het tekortschieten van de school, gerechtvaardigd de orde kan verstoren dan wel de veiligheid in gevaar kan brengen.[24]

Het is naar mijn idee met name het beperkte wederkerigheidskarakter dat bij de vraag naar opschorting van deelname aan het onderwijs door een leerling gaat wringen, bijvoorbeeld wanneer opschorting een reactie op het krijgen van ondermaats onderwijs is: de leerling heeft eigenlijk geen duidelijk pressiemiddel voor handen. De school zal het niet snel als druk of prikkel tot nakoming ervaren om goed onderwijs te verschaffen wanneer een leerling niet deelneemt aan het onderwijs of zich niet voldoende inspant. Het middel schiet dan haar doel voorbij. Bovendien ondervindt een leerling uiteraard voornamelijk zelf nadelige hinder van het niet aanwezig zijn in de les of het zich niet voldoende inspannen. Ook staat de plicht de school geregeld te bezoeken die voortvloeit uit de Leerplichtwet waarschijnlijk aan opschorting door de leerling in de weg, niet-naleving kan mogelijk zelfs leiden tot strafrechtelijke vervolging.[25] Bij het ontbreken van het effect om druk uit te oefenen op de school, is het dus niet goed denkbaar dat de leerling zijn verplichting tot deelname aan het onderwijs of zijn inspanningsverplichting kan opschorten.

Hoewel het niet voor de hand ligt, kan het wellicht in een specifieke situatie anders zijn. Bijvoorbeeld wanneer de school haar verplichting omtrent veiligheid zou schenden en de leerling over wil gaan tot het opschorten van de verplichting deel te nemen aan het onderwijs. Stel, leerlingen worden bij scheikunde steevast blootgesteld aan te gevaarlijke proeven, dan zullen leerlingen zich wellicht collectief als reactie op deze tekortkoming gerechtvaardigd kunnen beroepen op opschorting, door niet in de les te verschijnen. Mogelijk leidt dit beroep tot een uitzondering op grond van artikel 11 sub g (jo. art. 14 lid 2) Lpw, nu een leerling 'door andere gewichtige omstandigheden verhinderd is de school te bezoeken'.[26] In geval van zeer ernstig pestgedrag of geuite

24 Vgl. Noorlander 2005, p. 255, het ligt volgens Noorlander bijvoorbeeld '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'.

25 Zie art. 2 e.v. Lpw. Ouders zijn verantwoordelijk en uit lid 3 van art. 2 Lpw volgt dat leerlingen van twaalf jaar of ouder ook zelf verplicht zijn zich aan de leerplicht te houden: de leerling moet de school waarbij hij ingeschreven staat, geregeld bezoeken.

26 Art. 14 Lpw regelt in lid 1 dat een beroep op vrijstelling wegens andere gewichtige omstandigheden bedoeld in artikel 11 onder g slechts kan worden gedaan, indien het hoofd op verzoek van de in artikel 2, eerste lid, bedoelde personen verlof heeft verleend, dat de jongere de school onderscheidenlijk de instelling tijdelijk niet bezoekt. Uit lid 2 volgt dat indien geen verlof is gevraagd, het hoofd alsnog verlof kan verlenen, indien hem binnen twee dagen na het ontstaan van de verhindering de redenen daarvan worden medegedeeld. Staatssecretaris Dekker geeft in zijn brief van 5 juni 2013 als antwoord op Kamervragen over het rapport van de *Kinderombudsman 'Van leerplicht naar leerrecht'* ter illustratie aan:

bedreigingen of dreigementen waar een school geen enkele inspanningen tegen verricht, kan wellicht een zelfde soort gerechtvaardigd beroep op opschorting worden gedaan. Een school zal zich in een dergelijk geval wellicht wel gehouden voelen, iets ten behoeve van de veiligheid te ondernemen, anders gezegd, druk ervaren haar verplichting na te komen.

4.3 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 het onderwijs op school of tot bepaalde lessen, dan wel activiteiten. Voor het voortgezet onderwijs is de mogelijkheid tot schorsing terug te vinden in het Inrichtingsbesluit Wvo. Op grond van artikel 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. Voor de schorsingsbevoegdheid in artikel 40c van de Wpo is gekozen aan te sluiten bij de schorsingsregeling uit het voortgezet onderwijs.[27]

Schorsing is een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag: de keuze er toe over te gaan is aan het bevoegd gezag zelf. Het bevoegd gezag stelt zelf het beleid rond schorsing en verwijdering vast.[28] De wet geeft niet aan in welke gevallen tot schorsing wordt of kan worden over gegaan. De school kan haar beleid uitwerken in de schoolgids of, voor het voortgezet onderwijs, in het leerlingenstatuut.[29] Schorsing wordt wel omschreven als

---

'Van gewichtige omstandigheden is sprake in geval van een buiten de wil van de leerling of ouders gelegen omstandigheid, denk bijvoorbeeld aan een kind met een angststoornis. Het kind blijft in deze situaties wel ingeschreven op een school. Deze school blijft dus ook verantwoordelijk voor het onderwijs.'

27 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 77 (MvT).

28 Dit beleid kan er op 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.

29 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 Huisman & Zoontjens 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.

een formele ordemaatregel of tuchtmaatregel, te onderscheiden van een opvoedkundige maatregel.[30] Het straffen van de leerling lijkt niet het doel te zijn.[31] Het lijkt te gaan om het geven van een 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.'[32]

Het Rapport 'Schorsing en verwijdering in het funderend onderwijs' van de Inspectie van het onderwijs geeft 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 in de lessen waardoor het leerproces wordt belemmerd.[33] 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'.[34]

Er zijn bij mijn weten weinig bestuursrechtelijke uitspraken die de procedure van schorsing 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

30 Noorlander 2008a, p. 5; Huisman & Noorlander 2009, p. 125; Huisman (red.) 2017, p. 131: een opvoedkundige maatregel is bijv. een middag terugkomen, het schoolplein vegen, of een extra opdracht maken.

31 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 Sperling 2009, p. 76. Vgl. Storimans 2000, p. 53 onder verwijzing naar par. 6.2.2 (waarschijnlijk is par. 1.6.2 bedoeld, op p. 47).

32 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 20 (MvT) onder par. 2.1.

33 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.

34 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'.

in de zin van de Awb,[35] waartegen, na bezwaar, bij de bestuursrechter in beroep kan worden gekomen.[36] In het bijzonder onderwijs is geen sprake van een besluit in de zin van de Awb.[37] Een geschil over een beslissing tot schorsing genomen door een bijzondere school, kan worden voorgelegd aan de civiele rechter (par. 4.5).

Uit een bestuursrechtelijke uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam gewezen in het kader van schorsing in afwachting van verwijdering valt af te leiden dat een school gedurende schorsing verplicht blijft om in huiswerk en begeleiding te voorzien.[38] De relatie met de leerling blijft bij schorsing namelijk intact. De school moet derhalve voorkomen dat de geschorste leerling een onderwijsachterstand oploopt.[39] De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat in het primair onderwijs langdurige schorsing, dat wil zeggen langer schorsen dan een week, niet is toegestaan, dus ook niet in afwachting van verwijdering zoals in het voortgezet onderwijs kan. De rechter benoemt dat de wetgever expliciet heeft gekozen voor een maximale termijn van een week.[40]

Aan de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs (LKC)[41] worden vaker klachten over schorsing voorgelegd door ouders en leerlingen van zowel openbare als bijzondere scholen. Ook de LKC meent dat een leerling ondanks

35 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. De schorsingsbeslissing is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, een besluit dat is gericht op externe rechtsgevolgen die ontstaan in de verhouding tot een of meer anderen. Zie ook Huisman (red.) 2017, p. 34. Het komt aan op de vraag of een schorsingsbesluit externe gevolgen heeft en dus een besluit in de zin van de Awb oplevert. Vgl. Rb. Middelburg (vzr.) 27 juli 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AB2872 de voorliggende schorsing, die school een interne schorsing noemt, aangezien de leerling wel op school moet verblijven gedurende uitje naar Six Flags, wordt door de rechter aangemerkt als een besluit; Rb. Noord-Nederland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3340 met bevestiging ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1156, de beslissing tot een time-out inhoudende het ontzeggen van de toegang van de school voor vrijdagmiddag heeft gelet op de omstandigheden slechts een intern karakter en is geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Vgl. de civiele uitspraak van de Rb. Overijssel (vzr.) 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5712 die vanwege het schorsings- en verwijderingsbesluit van de openbare school de rechtsgang in het bestuursrecht aanwijst.

36 Bij schorsing is in tegenstelling tot bij de verwijdering in de onderwijswetgeving (in de Wpo en in het Inrichtingsbesluit Wvo) geen artikel over de mogelijkheid tot bezwaar opgenomen.

37 Er bestaat voor schorsing door een bijzondere school in de onderwijswetgeving ook niet een vergelijkbaar artikel over een bezwaarprocedure als wel voor verwijdering bestaat, vgl. art. 63 Wpo.

38 Rb. Rotterdam (vzr.) 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. I.c. betrof de schorsing een lange periode.

39 Noorlander 2008b, p. 6; Huisman (red.) 2017, p. 133. Vgl. Storimans 2000, p. 54.

40 Rb. Midden-Nederland 28 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6581, r.o. 5.

41 Sommige scholen hebben een eigen klachtencommissie, maar er bestaan ook klachtencommissies op regionaal of landelijk niveau waar diverse scholen bij aangesloten zijn. Een

schorsing zo min mogelijk van onderwijs verstoken moet blijven[42] 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.[43]

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.[44] De LKC beoordeelt over het algemeen of de school in redelijkheid de maatregel heeft kunnen nemen.[45] De LKC weegt onder meer mee:

> '(…) 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.'[46]

Naast het horen van de leerling[47] 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:

> '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.'[48]

Het recht van hoor en wederhoor speelt een belangrijke rol en goede communicatie is cruciaal.[49] Ook zal de school de leerling pas mogen schorsen als blijkt

---

voorbeeld is de LKC, ondergebracht bij de stichting Onderwijsgeschillen. Voor het raadplegen van uitspraken/adviezen: onderwijsgeschillen.nl/commissie/landelijke-klachtencommissie-onderwijs-lkc.

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

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

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

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

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

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

dat een minder verstrekkende maatregel niet werkt.[50] De LKC geeft aan dat schorsing niet mag zijn ingezet voor het regelen van een onderwijsassistent of om ouders in te doen stemmen met bespreking in het ondersteuningsteam door druk uit te oefenen; voor het bereiken van deze doelstellingen is het middel niet bedoeld.[51]

De praktijk van de LKC sluit (groten)deels aan bij Noorlander die zes inhoudelijke voorwaarden omschrijft welke volgens hem in elk geval vereist zijn voor het opleggen van een ordemaatregel zoals schorsing.[52] 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.[53] Ten vierde dient het bevoegd gezag zich te houden aan door hem zelf uitgevaardigde regels. Ten vijfde 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 schorsing in principe pas plaatsvindt nadat de leerling, ouders en leerkracht zijn gehoord, hoewel dit niet in de wet voorgeschreven staat.[54]

---

50 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.

51 LKC Onderwijs 107209, d.d. 13 juni 2016, primair onderwijs.

52 Of verwijdering, zie Noorlander 2008a, p. 8-11. Zie ook Noorlander 2005, p. 624 e.v.; Huisman & Noorlander 2009, p. 126 e.v. Zie in het kort Huisman (red.) 2017, p. 131-133.

53 Noorlander 2008a, p. 10.

54 Noorlander 2008b, 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.

4.4 Vergelijking en verhouding opschorting en schorsing

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 art. 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 ordeverstorend gedrag en situaties van geweld of bedreiging.[55] Daarmee heeft het schorsen van een leerling toch een bepaald vinger-wijzend karakter.[56] 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 voorop staan, 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 evenwel 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 daarentegen geen maatstaven. Het is aan de school een beleid te formuleren. De rechter of geschillencommissie toetst achteraf

55 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, 14 428, nr. 3, p. 48 (MvT). In de eerder aangehaalde *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 20 (MvT) wordt gesproken over 'bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag'.

56 Vgl. ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3421 in r.o. 5.1. In het kader van verwijdering van een leerlinge geeft de Afdeling aan dat het voorliggende verwijderingsbesluit gelet op de grond waarop dit is genomen een 'publiekelijke afwijzing van haar gedrag' behelst (maar geen *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM). De ABRvS bevestigt de aangevallen uitspraak van Rb. Midden-Nederland 5 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:97.

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 art. 6:248 BW). Bij schorsing zal het horen van leerling en/of ouders waarschijnlijk bij het zorgvuldig nemen van de maatregel naar voren komen.[57]

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 de reguliere lessen. Onderliggende verplichtingen, zoals het geven van (huis)werk en instructie, blijven wel in 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 de opschorting alsnog (huis)werk krijgt. De leerling is in beide gevallen, gedurende schorsing of opschorting, dan ook niet 'gewoon vrij'.

Artikel 13 Inrichtingsbesluit Wvo en artikel 40c Wpo eisen dat de schorsing aan de leerling en ouders schriftelijk bekend wordt gemaakt. In de artikelen 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. (…)'[58]

57 In het openbaar onderwijs kan het moeten horen volgen uit art. 3:2 en 4:8 Awb.

58 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 Hoge Raad 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 weten-

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. Kan het opschortingsrecht in het onderwijs ook langer dan één week worden ingeroepen? Naar mijn idee is dit niet het geval. Hoe wordt of kan dit verschil worden ondervangen?

Met andere woorden hoe verhoudt zich nu de privaatrechtelijke opschortingsbevoegdheid tot de schorsingsregeling in het onderwijsrecht? In het oog springt aldus de maximale termijn van één week. Brengt deze mee dat de specifieke regeling in de onderwijswetgeving toepassing van de privaatrechtelijke opschortingsregeling uitsluit? Het is in de kern een vraag van samenloop.[59] 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 vorderingsrecht 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 (…).'[60]

Het is dus de vraag of de regeling in de Wpo en 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

---

schap of dit begrijpen mocht aannemen (HR 17 februari 2006, nr. C04/275, LJN AU5663, *NJ* 2006/158, en HR 4 januari 1991, nr. 14063, LJN ZC0097, *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 (*Gelling/Jessurun*), r.o. 3.2. Vgl. net als Gelling/Jessurun in het kader van huur: HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/128 (*Van Bommel/Ruigrok*), r.o. 3.4.

59 Zie over samenloop bijv.: Boukema 1992; De Graaff & Bakker, GS Onrechtmatige daad, Samenloop, nr. III.2.1; Bakels 2009, p. 337-346 en p. 359-369; Castermans & Krans 2009, p. 155-169.

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

toegepast.[61] 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.[62] 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.[63] Disciplinaire maatregelen op school dienen ook in overeenstemming te zijn met het IVRK en daarmee met het beginsel van 'best interest of the child' (zie art. 28 lid 2 IVRK jo. art. 3 lid 1 IVRK).[64]

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

---

61 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53 (MvA).

62 Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 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'; Rb. Midden-Nederland 28 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6581, r.o. 5. De rechter geeft aan dat de wetgever expliciet heeft gekozen voor een maximale termijn van één week in het primair onderwijs en ziet in de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis geen aanwijzing om aan te nemen dat ook een langduriger schorsing is toegestaan (zoals in het voortgezet onderwijs in aanloop naar verwijdering wel mogelijk is). Het schorsingsbesluit voor langer dan de toegestane week is in strijd met de wet en onrechtmatig.

63 Art. 28 IVRK (1989; voor Nederland in werking getreden in 1995) betreft een uitwerking van art. 7 van de Verklaring van de Rechten van het Kind (1959). Deze bepaling is voornamelijk gericht op de beschikbaarheid en toegankelijkheid van onderwijs (zie hierover Verheyde 2006, p. 15 e.v.; voorts over art. 28 IVRK Blaak 2012, p. 421 e.v.), maar er is in het tweede lid ook aandacht voor de impact van disciplinaire maatregelen. 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).

64 Art. 28 lid 2 IVRK luidt: '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.' Zie hierover Verheyde 2006, p. 60 e.v.; Blaak 2012, p. 423.

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 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.[65] De samenlooptechniek wordt ook buiten de context van verjaring toegepast.[66] 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 bij het beantwoorden van samenloopvragen ook wel gebruik van het criterium of door toepassing van een regel een andere regel op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.[67] 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 onderwijs zou deze redenering kunnen worden gevolgd. De vijfdagentermijn zou 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'. Voor het *openbaar* onderwijs gelden de schorsingsregels uit artikel 40c Wpo en artikel 13 Inrichtingsbesluit Wvo als geschreven regels van publiek-

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

66 Zie verder De Graaff & Bakker, GS Onrechtmatige daad, Samenloop, nr. III.2.1.3 en III.2.1.6 over gedeeltelijke verdringing door een exclusieve regel en de 'parallelsprong'.

67 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, p. 345, de terminologie is ontleend aan HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 *(Staat/Windmill).* Zie over samenloop en onaanvaardbare doorkruising: De Graaff 2014, p. 337-343; Castermans & Krans 2009, p. 163; De Graaff & Bakker, GS Onrechtmatige daad, Samenloop, nr. III.2.1.6.

recht. Zij zijn in de sectorwet aangemerkt als '*Regelen* voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs'.[68] Artikel 3:14 BW gaat van toepasselijkheid van het privaatrecht uit, maar stelt aan de uitoefening ervan paal en perk.[69] 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? Een zelfde redenering als in geval van samenloop doet zich voor. De publiekrechtelijke schorsingsregeling legt zoals gezegd niet expliciet de privaatrechtelijke opschortingsbevoegdheid aan banden en ook de summiere totstandkomingsgeschiedenis wijdt niet uit over doel en strekking van deze schorsingsregeling. Zoals besproken ligt het in de rede dat het belang van de leerling een belangrijke rol heeft gespeeld, deze zal niet te lang verstoken moeten blijven van onderwijs. Dit sluit aan bij het recht op onderwijs zoals verankerd in het eerste lid van artikel 28 IVRK en bij hetgeen opgenomen is in het tweede lid. Zoals reeds genoemd dienen disciplinaire maatregelen op school in overeenstemming te zijn met het IVRK en daarmee met het belangrijke beginsel van 'best interest of the child' (art. 3 lid 1 IVRK); het belang van het kind staat voorop. Ook de schorsingsbevoegdheid zal 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 artikel 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'. Voor het *bijzonder* onderwijs is het onduidelijk in hoeverre de schorsingsbevoegdheid slechts als bekostigingsvoorwaarde geldt of dat deze functioneert als een algemeen verbindend voorschrift. Zoals besproken in hoofdstuk 3 (par. 3.2.3.3) bestaat de opvatting dat de voorwaarden alleen op de bekostiging zien en er een doorvertaling of omzetting in bijvoorbeeld een contract nodig is om werking in de interne relatie tussen de leerling en de school te krijgen. Maar, de nuancering van deze opvatting leert dat het aankomt op de strekking en formulering van een bekostigingsvoorwaarde, zodat afhankelijk hiervan de voorwaarde toch interne werking heeft en zal gelden in de interne relatie met de leerling. Ook bij de schorsingsbevoegdheid die is ingekleed als bekostigingsvoorwaarde ligt interne werking in de rede. De vijfdagentermijn strekt ertoe de belangen van de leerling te beschermen. Het zou vreemd zijn als een

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

69 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, GS Vermogensrecht, art. 3:14 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2018), 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*).

leerling geen aanspraak op de vijfdagentermijn zou kunnen maken, terwijl de schorsingsregeling juist ziet op de positie van de leerling. Artikel 3:14 BW kan, uitgaande van de interne werking van de schorsingsbepaling, 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 artikel 3:14 BW niet omzeild kunnen worden. Artikel 3:14 BW is dan wel voornamelijk gericht op een overheid die privaatrechtelijk handelt, maar het artikel spreekt van 'iemand', dus ook een particulier,[70] of bijvoorbeeld een bijzondere school zal zich eraan moeten houden.

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 die schorsing niet langer dan een week toestaat.

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

4.5 Schorsing en opschorting voor de civiele rechter

De civiele rechter buigt zich over schorsingszaken in het bijzonder onderwijs.[71] 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.[72] De civiele rechter hanteert eveneens een terughoudende of marginale toets. Ook hij ziet binnen deze redelijkheidstoets noodzaak te waken tegen een te vergaande of buitenproportionele reactie gegeven door het bevoegd gezag op het handelen van een leerling, al vormt

70 Scheltema, GS Vermogensrecht, art. 3:14 BW, aant. 10 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2018) onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1055 (MvA II Inv.).

71 Vgl. Rb. Almelo 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873: voor een schorsingsgeschil in het openbaar onderwijs is de bestuursrechter aangewezen; vgl. Rb. Overijssel (vzr.) 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5712, eveneens t.a.v. een stichting voor openbaar onderwijs.

72 Rb. Den Haag (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). Vgl. Rb. Utrecht (vzr.) 2 januari 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AA9454, r.o. 3.5, 3.7 en 3.8, waarin een particuliere school een leerling 'definitief heeft geschorst' nu hij vanwege het (vermeend) roken van een joint art. III lid 6 studieovereenkomst schendt.

proportionaliteit geen opzichzelfstaand toetsingscriterium. In bepaalde gevallen zal mogelijk een minder vergaande sanctie moeten worden gekozen.[73]

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 uitspaak 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 over de grondslag niet specifiek uit.[74] 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.[75] 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 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 internaatsverplichting. Wanneer hij zich aan het begin van het vierde jaar niet inschrijft voor het internaat, wordt hem de toegang tot de lessen ontzegd.

---

73 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 toegestane) 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.

74 Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 (voortgezet onderwijs), r.o. 3.2 over schorsing en verwijdering: '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.

75 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, waarover voorts 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 kort geding wordt de vordering tot toelating tot het onderwijs afgewezen.[76] 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 (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.[77]

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.[78] De Rechtbank Noord-Nederland concludeert dat wel sprake is van een onderwijsovereenkomst,[79] 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.'[80]

De ouders doen verder – zij het niet met zoveel woorden – een beroep op het tweede lid van artikel 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

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

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

78 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).

79 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. Dit is opvallend; de Web ziet namelijk niet op een vmbo-opleiding, daarop is de Wvo van toepassing.

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

het tweede lid. 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.'[81] [cursivering: SV]

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.[82] Dientengevolge was de school niet aansprakelijk. De ouders tekenden hoger beroep aan.

In hoger beroep betogen ouders dat er geen sprake is van een onderwijsovereenkomst. Verder richten zij verweren tegen de toepassing van artikel 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 rechtsmiddelen uit Boek 6 BW kan geen beroep worden gedaan nu die als lex generalis hebben te gelden, zeker wanneer die rechtsmiddelen 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.[83] 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 ontlenen.[84]

Volgens het hof is er wél sprake van een wederkerige overeenkomst[85] tussen enerzijds het bevoegd gezag en anderzijds de leerling, de ouders krijgen wat dat betreft dus ongelijk.[86] Maar ook de school krijgt deels ongelijk. Vol-

81 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7.
82 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7, zie ook r.o. 4.2.
83 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.2 en 7.13.
84 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.15.
85 Het hof wijst in r.o. 7.1 de toets van de rechtbank terecht af en onderbouwt in de overwegingen 7.3 tot 7.10 uitgebreid waarom aan de voorwaarden van een wederkerige overeenkomst is voldaan. Zie over de karakteristieken ook par. 3.3.
86 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.11 waarbij het hof stil staat bij de vraag naar wie er partij bij de onderwijsovereenkomst is, zie ook hoofdstuk 2 en eerder: Voskamp 2015, p. 211-233.

gens het hof zijn namelijk op deze onderwijsovereenkomst wél de bepalingen van de Wvo en de daarop gebaseerde regels betreffende schorsing en verwijdering in het Inrichtingsbesluit Wvo van toepassing. Zij vullen de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de leerling in.[87] De leerling kan zich volgens het hof dan ook wel degelijk op die bepalingen beroepen.

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. Artikel 13 Inrichtingsbesluit Wvo en artikel 27 Wvo jo. 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.[88] Het zijn volgens het hof dan ook niet slechts tuchtmaatregelen bij wangedrag, zij kunnen ook in andere situaties worden toegepast.[89] 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 geven de lessen bij te wonen totdat de leerling aan zijn verplichtingen voldoet.[90] 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.[91]

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.[92] 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', artikel 11 sub c Lpw. 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.[93]

87 Zie hierover r.o. 7.17 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502. Het hof komt tot dit oordeel door uitleg, het is in principe aan het 'Haviltexen', zie hierover ook par. 3.2.2 en par. 3.5.2, p. 138.
88 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14.
89 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14.
90 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14 vervolg.
91 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.19.
92 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.18.
93 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.19 vervolg.

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.[94]

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. Artikel 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 verwijderen.[95] 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.'[96]

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

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

95 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.22. Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305, r.o. 4.4, in het primair onderwijs, zie hiervoor voetnoot 62. 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.

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

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.[97] 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'.[98]

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 schadeplichtig.[99]

Het hof lijkt in algemene zin opschorting in het onderwijs van de hand te wijzen.[100] 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

---

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

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

99 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502 r.o. 7.24 slot. Wel oordeelt het hof dat er sprake is van eigen schuld, zie hiervoor r.o. 7.25 e.v. Zowel het niet-nakomen van de internaatsverplichting als het opschorten hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. In het kader van artikel 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, zie r.o. 7.41 e.v.

100 Het hof noemt het niet expliciet maar het oordeel lijkt te zijn ingegeven vanuit een 'doorkruisingsachtige' 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 (…)'.

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 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.[101] 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.

4.6 AFRONDING

In theorie komen beide partijen bij een overeenkomst een opschortingsbevoegdheid toe. Maar nu de leerling geen (of slechts een zeer beperkt) pressiemiddel lijkt te hebben om de school tot correcte nakoming te bewegen door een van zijn eigen verplichtingen op te schorten, lijkt het middel zijn doel voorbij te schieten. Het is dan ook niet goed denkbaar dat een leerling zijn verplichting voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst zal kunnen opschorten. Van de zijde van de school schiet het middel daarentegen niet direct zijn doel voorbij. Door de school kan de bevoegdheid tot opschorting wel worden gebruikt. Deze bevoegdheid zal echter vanwege de aard van de onderwijsovereenkomst en de bijzondere context van het onderwijs niet onverkort kunnen worden toegepast. Als een leerling zich niet onthoudt van ordeverstorend gedrag zou een school haar verplichting tot het laten deelnemen aan de lessen en de toetsen op school kunnen opschorten. Daarbij worden de grenzen van het opschortingsrecht opgezocht, maar mijns inziens zonder dat de bevoegdheid te zeer uit zijn verband wordt getrokken.

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

101 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.

het onderwijs ook in meer algemene zin van de hand te wijzen. De schorsingsregeling zou exclusief gelden. De school had kunnen en moeten schorsen. Dit lijkt mij te ver gaan.

Een vergelijking tussen opschorting en schorsing laat zien dat tussen de bevoegdheden veel overeenkomsten bestaan en wanneer de verhouding tussen beide wordt onderzocht blijkt dat de verschillen die er op het eerste gezicht lijken te bestaan door het opschortingsrecht zelf en het privaatrecht reeds worden ondervangen, zonder dat er afbreuk wordt gedaan aan mogelijke waarborgen uit de schorsingsregeling. Dan is het te verkiezen de mogelijkheden van de opschortingsbevoegdheid uit het BW niet uit het oog te verliezen.

De opschortingsbevoegdheid biedt een fijnmaziger juridisch kader dan de schorsingsregeling in de onderwijswetgeving. Zo biedt artikel 6:262 BW 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. De bevoegdheid is ingebed in de redelijkheid en billijkheid en kent een ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit. De tekortkoming moet de opschorting rechtvaardigen. Ook geeft de bevoegdheid zakelijker weer wat de school in wezen doet: het opschorten van de eigen verplichting tot het verschaffen van de toegang tot de school en het daar geven van onderwijs. De opschortingsbevoegdheid prent partijen in dat het niet tot de les toelaten slechts een tijdelijke maatregel is, die niet verder gaat dan nodig, en biedt een duidelijke grondslag voor de verplichting om te voorzien in begeleiding ook al is de leerling fysiek niet aanwezig op school. Het gaat enkel om opschorting van de verplichting tot het laten deelnemen aan het onderwijs en daarmee de toelating tot reguliere lessen; aan onderliggende verplichtingen zoals het geven van huiswerk en instructie moet wel voldaan blijven worden. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Daarbij komt dat er alle ruimte is rekening te houden met specifieke aspecten van onderwijswetgeving zoals de waarborgen uit de schorsingsregeling waaronder de maximale termijn van vijf dagen.

5 Beëindigingsmogelijkheden van een onderwijsovereenkomst

5.1 INLEIDING

Er zijn verschillende manieren waarop de rechtsverhouding tussen leerling en school tot een einde kan komen. Zo zal de rechtsverhouding eindigen als een basisschoolleerling klaar is voor het voortgezet onderwijs of als een scholier voor zijn eindexamen slaagt. Er bestaat ook de mogelijkheid dat aan de rechtsverhouding een einde komt, vóór behalen van het vereiste niveau. Een leerling kan bijvoorbeeld vanwege een verhuizing genoodzaakt zijn naar een andere school te gaan.

Daarnaast is het mogelijk dat een school beslist dat een leerling van school moet gaan. Zo kan een school overgaan tot verwijdering van een leerling. De mogelijkheid tot verwijdering wordt scholen gegeven in publiekrechtelijke sectorwetgeving zoals de Wpo, de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo.[1] In het schooljaar van 2015-2016 zijn er in het voortgezet onderwijs in totaal 672 leerlingen van hun school verwijderd.[2] In het primair onderwijs is 32 keer een verwijderingsprocedure opgestart in het jaar 2014-2015, zo meldt de Inspectie van het Onderwijs op basis van meldingen die scholen verplicht moeten maken.[3] Of die leerlingen ook daadwerkelijk van hun basisschool zijn verwijderd, blijkt niet duidelijk uit het rapport. Er heeft 57 keer een verwijzing naar een andere basisschool plaatsgevonden.

Verwijdering van een leerling lijkt de beëindiging van de onderwijsrelatie te impliceren. Het privaatrecht kent verschillende mogelijkheden tot beëindiging. Zo kan een overeenkomst buiten de gevallen van beëindiging door

---

1 Art. 40 lid 11 en 12 Wpo en voor het bijzonder onderwijs nog extra art. 63 Wpo; art. 27 Wvo jo. art. 14 en 15 Inrichtingsbesluit Wvo.

2 'Factsheet schorsingen en verwijderingen in het voortgezet onderwijs, elektronische meldingen over de schooljaren 2001/2012 tot en met 2015/2016', onder Tabel 1, te raadplegen op de website van de Inspectie van het Onderwijs: www.onderwijsinspectie.nl/onderwerpen/schorsen-en-verwijderen.

3 Zie het rapport 'Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, december 2015, p. 13 te raadplegen via: www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/publicaties/2016/01/04/factsheet-schorsingen-en-verwijderingen/factsheet-schorsingen-en-verwijderingen.pdf. Het laatst gepubliceerde bestand 'Factsheet schorsingen primair onderwijs, elektronische meldingen over schooljaren 2014/2015 en 2015/2016' gaat alleen of voornamelijk over schorsing en laat geen tabel met cijfers van verwijdering zien.

wederzijds goedvinden of door de vervulling van een ontbindende voorwaarde worden beëindigd door ontbinding (art. 6:265 BW) of opzegging.

Deze privaatrechtelijke mogelijkheden tot het beëindigen van een overeenkomst staan in dit hoofdstuk centraal. Ik zal deze vergelijken met de publiekrechtelijke mogelijkheid tot verwijdering van een leerling. Kan de bevoegdheid tot ontbinding of opzegging in onderwijsverhoudingen worden gebruikt? Zo ja, in hoeverre? Hoe verhouden deze instrumenten van ontbinding en opzegging zich tot de verwijdering?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, zal ik allereerst nagaan hoe de instrumenten ontbinding en opzegging in het onderwijs kunnen worden toegepast (par. 5.2 en 5.3). Vervolgens zal ik stilstaan bij het middel verwijdering en hoe de bestuursrechter verwijderingsgeschillen in het openbaar onderwijs beoordeelt. Ook richt ik mijn blik op de civiele rechter en zal ik nagaan hoe in civiele rechtspraak met verwijderingsgeschillen in het bijzonder onderwijs wordt omgegaan (par. 5.4). Daarna zal ik de verschillende bevoegdheden met elkaar vergelijken en nagaan hoe deze zich tot elkaar verhouden (par. 5.5). Vervolgens ga ik na of en hoe de civiele rechter zich over de verhouding tussen deze drie instrumenten in het onderwijs heeft uitgelaten (par. 5.6). In deze paragraaf komen onderwijsuitspraken van de civiele rechter aan bod waarin verwijdering en ontbinding of opzegging tegelijk worden genoemd in het vonnis, het betreft gevallen buiten het primair en voortgezet bekostigd onderwijs. Geconcludeerd wordt dat ontbinding en opzegging kunnen worden toegepast in het onderwijs, zij het met inachtneming van enkele beperkingen. Waarborgen die ten aanzien van de verwijderingsmogelijkheid bestaan werken door in de privaatrechtelijke context (par. 5.7).

5.2 Ontbinding van een onderwijsovereenkomst?

5.2.1 Vereisten: wederkerige overeenkomst en het begrip tekortkoming

Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, zo luidt lid 1 van artikel 6:265 BW. Uit lid 2 volgt dat voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is – dus voor zover nakoming mogelijk is – de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat wanneer de schuldenaar in verzuim is. Kan een school of een leerling de onderwijsovereenkomst ontbinden op grond van artikel 6:265 BW omdat de wederpartij tekortschiet in de nakoming van een van haar verplichtingen?

Voor het antwoord op deze vraag zal ik net als voor het onderdeel over opschorting uitgaan van de door mij in hoofdstuk 3 geschetste hoofdverplich-

tingen aan de zijde van de school en de leerling.[4] De school is verplicht tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, tot het laten deelnemen van de leerling aan de lessen en toetsen en tot het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, voor de veiligheid en gezondheid van de leerling. De leerling is verplicht tot deelnemen aan het onderwijs, de lessen en toetsen, moet zich goed gedragen en onthouden van ordeverstorend gedrag en dient zich in te spannen tijdens het volgen van het onderwijs.

Wat is er voor een beroep op ontbinding vereist? De ontbindingsbevoegdheid is in te roepen wanneer sprake is van een wederkerige overeenkomst.[5] Zoals besproken in hoofdstuk 3 ten aanzien van de karakteristieken van een onderwijsovereenkomst, valt naar mijn mening de onderwijsovereenkomst aan te merken als een wederkerige overeenkomst.[6] Aan dit element kan dan ook worden voldaan.

Voor een geslaagde ontbindingsactie is verder vereist dat sprake is van een tekortkoming.[7] Tekortkomen of tekortschieten is 'een achter blijven bij hetgeen de verbintenis vergt'.[8] Tekortkomen omvat alle gevallen waarin de schuldenaar niet aan zijn verplichting voldoet: hij presteert niet, niet tijdig of ondeugdelijk.[9] Zo bezien lijkt het op het begrip niet-nakoming, maar het begrip tekortkoming is beperkter nu hieraan een specifieke invulling is gegeven.[10] Er is preciezer gezegd pas sprake van een tekortkoming wanneer er een opeisbare verbintenis is, waarvan de prestatie uitblijft of ondeugdelijk geschiedt en dit uitblijven niet wordt gerechtvaardigd door een opschortingsbevoegdheid. En in de gevallen waarin volgens lid 2 van artikel 6:265 BW verzuim is vereist, is pas sprake van een tekortkoming vanaf het moment waarop het verzuim is ingetreden.[11]

Waarin zou in geval van een onderwijsovereenkomst een tekortkoming kunnen bestaan? Dit is geheel afhankelijk van de precieze inhoud van de overeenkomst, maar uitgaande van de genoemde hoofdverplichtingen kan bijvoorbeeld aan de kant van de leerling ongeoorloofd schoolverzuim of het gebruiken van geweld leiden tot het tekortschieten in de nakoming. Mogelijk ook het keer op keer niet maken van huiswerk of meedoen in de klas. De leerling schendt daarmee immers de opeisbare verbintenis tot het deelnemen aan de lessen, het zich onthouden van ordeverstorend gedrag of tot het zich

4 Zie par. 3.3.2.
5 Art. 6:261 BW. De ontbindingsbevoegdheid ex art. 6:265 BW valt onder afdeling 5 'Wederkerige overeenkomsten', van titel 6.5.
6 Zie par. 3.3.4.
7 Zie mijn eerdere bijdrage over niet-nakoming, tekortkoming en de vereisten verzuim en ingebrekestelling, Voskamp 2013, delen hiervan komen in deze tekst terug.
8 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1250 (MvA II Inv).
9 In plaats van ondeugdelijk wordt ook wel gesproken van verkeerd of onbehoorlijk presteren.
10 Zie over het begrip niet-nakoming en tekortkoming Asser/Sieburgh 6-I 2016/316, 317, 320.
11 Het verzuim is daarmee een vereiste of onderdeel van het tekortkomingsbegrip: HR 20 september 1996, *NJ* 1996/748 (*Büchner/Wies*); HR 27 november 1998, *NJ* 1999/380 (*Van der Meer/Beter Wonen*).

inspannen. Aan het vereiste van opeisbaarheid en ondeugdelijke nakoming is daarmee voldaan.

Is correcte nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk, dan wordt verzuim niet vereist. Alleen wanneer nakoming mogelijk is, geldt het vereiste van verzuim (art. 6:265 lid 2 BW). Als hoofdregel geldt dat er in een dergelijk geval een ingebrekestelling moet worden gestuurd, waarin een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, zie artikel 6:82 lid 1 BW. Wordt binnen deze termijn niet nagekomen dan raakt de wederpartij in verzuim. Uitzonderingen op deze hoofdregel zijn te vinden in het niet-limitatieve artikel 6:83 sub a-c BW, waarin gevallen staan omschreven waarin verzuim van rechtswege intreedt.

Binnen het systeem omtrent verzuim en ingebrekestelling is duidelijk ook een rol voor de redelijkheid en billijkheid weggelegd. In verband met de hanteerbaarheid van het wettelijk stelsel in de praktijk heeft de Hoge Raad toepassing van de redelijkheid en billijkheid benadrukt: onder omstandigheden kan (1) een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn of kan (2) worden aangenomen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en dat de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim is geraakt.[12] Een voorzet voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de verzuimregeling is gegeven in de parlementaire geschiedenis, waarin duidelijk is gemaakt dat het niet zozeer gaat om het geven van strakke regels die de schuldeiser na raadpleging van de wet in de praktijk naar de letter zal kunnen toepassen, maar dat deze regels de rechter de mogelijkheid verschaffen om, in de gevallen waarin partijen – zoals meestal – zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld, tot een redelijke oplossing te komen naar gelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kan worden verwacht.[13]

Is nakoming blijvend onmogelijk, tijdelijk onmogelijk of mogelijk wanneer een leerling zijn verplichting voortvloeiend uit de onderwijsovereenkomst schendt? Met andere woorden is verzuim vereist en moet de school een ingebrekestelling uitsturen alvorens kan worden ontbonden of is er sprake van blijvende onmogelijkheid en speelt het verzuim geen rol? Naar mijn idee is dit laatste het geval. De onderwijsovereenkomst is aan te merken als een duurovereenkomst. Er vloeien voortdurende verplichtingen uit voort net als bijvoorbeeld bij een huurovereenkomst. In het kader van huur heeft de Hoge Raad een vergelijkbare vraag beantwoord in het arrest *Schwarz/Gnjatovic*. Schwarz (verhuurder van een winkelruimte) vorderde ontbinding van de huurovereenkomst met huurder Gnjatovic, wegens, kort gezegd, wanbetaling en wangedrag bestaande uit het zich agressief en onredelijk gedragen.[14] Vol-

12 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003/257 (*Fraanje/Götte*) r.o. 3.4.

13 Parl. Gesch. Boek 6, p. 289.

14 Ontleend aan Hijma, zie onder nr. 1 van zijn noot bij HR 11 januari 2002, *NJ* 2003/255 (*Schwarz/Gnjatovic*).

gens de Hoge Raad heeft het tekortschieten in de nakoming van een voortdurende verplichting (zoals de verplichting zich als goed huurder te gedragen) tot gevolg dat ontbinding direct mogelijk is, zonder dat verzuim is vereist:

> '(…) Het gaat hier om een huurovereenkomst, die voor beide partijen voortdurende verplichtingen inhoudt. Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke verplichting, *kan deze weliswaar in de toekomst alsnog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk*. Hetzelfde geldt met betrekking tot het tekortschieten in de nakoming van verplichtingen om niet te doen. Dit een en ander brengt mee dat ontbinding mogelijk is ook zonder dat sprake is van verzuim.'[15] [cursivering: SV]

Men kan zich nog afvragen of de Hoge Raad het oog heeft gehad op tijdelijke of blijvende onmogelijkheid, hoewel dit voor ontbinding niet veel uitmaakt omdat zowel in geval van tijdelijke als blijvende onmogelijkheid het verzuim niet wordt vereist.[16] Het lijkt erop dat het gaat om blijvende onmogelijkheid, mede gelet op de verwijzing naar de overtreding van een verplichting 'om niet te doen'. Overtreding van een dergelijke verbintenis geldt als standaardvoorbeeld van de situatie dat nakoming blijvend onmogelijk is.[17] Uit het arrest *Fisser/Tycho* inzake een verplichting 'om niet te doen' (geheimhouding), lijkt afgeleid te kunnen worden dat het inderdaad draait om blijvende onmogelijkheid. Een geheimhoudingsplicht opgenomen in een beëindigingsovereenkomst wordt geschonden met als gevolg dat de wederpartij de overeenkomst wil ontbinden en de op die overtreding gestelde boete wil innen. De schuldenaar meent dat hij eerst in gebreke had moeten worden gesteld voordat kon worden ontbonden. De Hoge Raad herhaalt echter zijn zienswijze uit het arrest *Schwarz/Gnjatovic*, zodat het beroep faalt. Ten aanzien van de boete vervolgt de Hoge Raad in het arrest *Fisser/Tycho* met:

> '(…) Voor het ontstaan van een verbintenis tot het vergoeden van schade die voortvloeit uit een tekortkoming in een voortdurende verplichting tot geheimhouding zoals zojuist bedoeld, geldt *evenzeer dat geen verzuim vereist is omdat de nakoming in zoverre blijvend onmogelijk* is.'[18] [cursivering: SV]

15 HR 11 januari 2002, *NJ* 2003/255 (*Schwarz/Gnjatovic*) m.nt. J. Hijma r.o. 3.4.
16 Voor het vorderen van schadevergoeding maakt het wel verschil, zie art. 6:74 lid 2 BW.
17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 283 (TM); HR 11 januari 2002, *NJ* 2003/255 (*Schwarz/Gnjatovic*) m.nt. J. Hijma onder 5.
18 HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/343 (*Fisser BV/Tycho BV*), r.o. 6.2.

Kortom, als een schuldenaar tekortschiet in een voortdurende verplichting dan wordt nakoming aangemerkt als blijvend onmogelijk.[19] Vertaald naar de tekortkoming van een leerling geldt dat de leerling weliswaar in de toekomst alsnog zijn verplichting tot bijvoorbeeld deelname aan het onderwijs of het onthouden van orde verstorend gedrag kan nakomen, maar dat de tekortkoming in het verleden daarmee niet ongedaan wordt gemaakt. Wat die tekortkoming betreft is nakoming door de leerling niet meer mogelijk. Ook bij het schenden van een voortdurende verplichting uit een onderwijsovereenkomst zal de nakoming als blijvend onmogelijk worden aangemerkt. De route van verzuim en in gebreke stellen lijkt dus niet te hoeven worden ingeslagen. Er kan dan van een tekortkoming in de zin van artikel 6:265 BW worden gesproken.

Men moet wel oog blijven houden voor de context van het onderwijs. Het draait op school om leren, op het gebied van het leveren van cognitieve, intellectuele prestaties, maar het draait ook om het leren omgaan met medeklasgenoten en leerkrachten. Inherent hieraan is dat dit met het maken van fouten gepaard gaat. Kort en goed draait het om het gedrag van het kind op meerdere fronten. Spreken in termen van tekortkoming moet niet het ontwikkelingsproces te zeer beknellen of beperken. Daar het draait om het ontwikkelen en het leren, door vallen en opstaan, lijkt de context van het onderwijs te vereisen dat er niet te snel van tekortkoming gesproken dient te worden. Het kan dus nodig zijn in de toepassing in het onderwijs het tekortkomingsbegrip beperkt op te vatten, door gedragingen van de leerling niet te snel als tekortkoming te bestempelen. Dit begrip zal zorgvuldig gehanteerd moeten worden, wil het aansluiten bij de filosofie in het onderwijs. Werken met het begrip tekortkoming zal aan het leerproces dat inherent is aan de schoolperiode niet af moeten doen. Hierop kan voldoende acht worden geslagen, aldus voorzie ik in het hanteren van het tekortkomingsbegrip niet zo zeer problemen. Wel is het goed dat men zich hier bewust van is. Daarbij komt dat ook in de uitzonderingsclausule van de ontbindingsregeling, die wordt besproken in paragraaf 5.2.2 ruimte is weggelegd om met de leerling en de context van het onderwijs en dus het ontwikkelingsproces dat leerlingen meemaken rekening te houden.

In verband hiermee kan het ook wenselijk zijn eerst een ingebrekestelling te eisen, zodat de leerling eerst wordt gewaarschuwd en nogmaals een kans krijgt. Deze ruimte is er binnen de regeling van verzuim en ingebrekestelling. Hoewel de redelijkheid en billijkheid in aanvullende of beperkende werking doorgaans kunnen meebrengen dat een ingebrekestelling niet noodzakelijk

19 Hijma geeft in zijn noot bij *Schwarz/Gnjatovic* onder 4 en 7 aan dat 'opsplitsing' (het aanmerken van de onmogelijkheid als tijdelijk, aangezien in de toekomst nog wel perfect kan worden nagekomen) ook tot de mogelijkheden behoort. De Hoge Raad is die weg niet ingeslagen. Hijma kan zich daarin vinden.

is voor het intreden van het verzuim,[20] kan toepassing van het duo via de aanvullende of beperkende werking mogelijk ook leiden tot het verplicht moeten sturen van een ingebrekestelling in het onderwijs. Als gezegd geven de regels betreffende verzuim volgens de parlementaire geschiedenis de rechter de mogelijkheid tot 'een redelijke oplossing' te komen naar gelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht worden verwacht.[21] In het onderwijs kan een redelijke oplossing in de gegeven omstandigheden inhouden dat van een school mag worden verwacht dat eerst een ingebrekestelling wordt verstuurd. Zodoende kan de leerling een laatste kans worden geboden correct na te komen. De functie van een ingebrekestelling is immers het geven van een laatste termijn voor nakoming.[22] In meer brede zin is er wel bepleit een op coöperatie gerichte mededeling voor te schrijven, met als idee een adempauze of bezinningsmoment in te lassen voordat kan worden ontbonden.[23] Dit zou ook in het onderwijs passend kunnen zijn.

De ontbindingsbevoegdheid komt in theorie ook de leerling toe. Wanneer een school nalaat genoemde hoofdverplichtingen na te komen, is aan de eerste drie vereisten voor een tekortkoming voldaan, tenzij de school de leerling niet toelaat wegens een gerechtvaardigd beroep op een opschortingsrecht (de toegang is ontzegd c.q. de leerling is geschorst). Ook hier geldt dat sprake is van tekortschieten in een voortdurende verplichting, zodat nakoming als blijvend onmogelijk moet worden aangemerkt en verzuim geen rol speelt. Er is dus voor ontbinding in beginsel geen ingebrekestelling vereist.

Ik schreef in theorie. De leerling kan ook opzeggen – zie par. 5.3.3 – in welk verband tekortkoming, verzuim en ingebrekstelling geen rol spelen. In het vervolg zal ik enkel stilstaan bij ontbinding door de school. Deze mogelijkheid wil ik vergelijken met de mogelijkheid tot verwijdering van een leerling (zie par. 5.4).

5.2.2 Hoofdregel en uitzondering: 'recht op ontbinding, tenzij…'

De hoofdregel is dat in beginsel *iedere* tekortkoming recht geeft op ontbinding.[24] De keuze tot ontbinding over te gaan is aan de schuldeiser. In principe kan de schuldeiser ook de omvang van de ontbinding zelf bepalen. Een school zou dus zelf kunnen beslissen of zij op het tekortschieten van een leerling wil

20 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003/257 (*Fraanje/Götte*); HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000/691 (*Verzicht/Rowi*).

21 Parl. Gesch. Boek 6, p. 289.

22 HR 20 september 1996, *NJ* 1996/748 (*Büchner/Wies*); HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006/597 m.nt. J. Hijma (*Endlich/Bouwmachines*).

23 Castermans 2011.

24 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1002 (TM): 'Grond voor ontbinding kan in beginsel iedere tekortkoming in de nakoming zijn'; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/684; Van Boom, GS Verbintenissenrecht, art. 6:265 BW, aant. 4.1 (online, laatst bijgewerkt 1 maart 2018).

reageren met ontbinding van de overeenkomst. Uitzondering op deze hoofdregel is evenwel te vinden in de tenzij-clausule aan het slot van lid 1 van artikel 6:265 BW. Wanneer de tekortkoming *gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt*, kan er niet ontbonden worden, of niet op de voorliggende wijze. De tekortkoming moet de ontbinding dus rechtvaardigen.[25] De parlementaire geschiedenis benadrukt dat het gaat om een uitzonderingsbepaling:

> 'Het is zeer goed denkbaar dat deze afweging leidt tot de conclusie dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd kan worden. *Men blijve zich echter steeds ervan bewust dat de hier besproken zinsnede een uitzonderingsbepaling is, en dat vooral de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding de doorslag geven tot een uitsluiting van de ontbinding, vrij zeldzaam zijn.* Daarbij moet meewegen dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen moet een teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft.'[26] [cursivering: SV]

Alvorens de mogelijke toepassing van hoofdregel en uitzondering in het onderwijs te bekijken, is het goed de ontbindingsbevoegdheid en discussie daaromtrent in een breder perspectief te plaatsen. Op de hoofdregel is in de literatuur namelijk veel kritiek geleverd.[27] Met name Bakels en Hartlief pleiten voor een andersoortige invulling van het ontbindingsrecht.

De wettelijke ontbindingsregels zijn volgens Bakels als 'uitgekristalliseerde normen van de redelijkheid en billijkheid te beschouwen'[28] en 'redelijkheid en billijkheid vergen tot op zekere hoogte van de schuldeiser dat hij op een tekortkoming van de schuldenaar reageert op de wijze die voor de ander het minst bezwarend is'.[29] Ontbinding kan dan ook aan voorwaarden worden gebonden, worden beperkt of uitgesloten indien er voor de schuldeiser een redelijk alternatief voor ontbinding open staat, terwijl voor de schuldenaar onnodig of anderszins onredelijk nadeel wordt veroorzaakt door die ontbinding.[30] Dit is volgens Bakels een uiting van het beginsel dat een schudeiser bij zijn handelen binnen redelijke grenzen zijn gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Er dient telkens een concrete belangenafweging of ontbinding al dan niet gerechtvaardigd is plaats

25 In het kader van koop: Asser/Hijma 7-I* 2013/496.
26 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005 (TM).
27 Over de ontbindingsbevoegdheid is veel geschreven, zie voor verwijzingen o.a. Van Boom, GS Verbintenissenrecht, art. 6:265 BW en het proefschrift van Stolp 2007.
28 Bakels 1993, p. 5.
29 Bakels 1993, p. 260.
30 Bakels 1993, p. 260. Zie voor Bakels' benadering van het 'redelijk alternatief', Bakels 1993, p. 256-264; Bakels 2007, p. 12-21.

te vinden, waarbij het redelijk alternatief een belangrijke rol speelt.[31] In deze visie is het beginsel van subsidiariteit terug te vinden;[32] in die zin dat de ingrijpende remedie ontbinding subsidiair is aan andere voorhanden zijnde minder ingrijpende middelen, zoals bijvoorbeeld opschorting gecombineerd met een vordering tot nakoming of schadevergoeding.[33]

Volgens Hartlief is ontbinding alleen mogelijk wanneer zij een reële optie is naast nakoming en schadevergoeding en daarnaast alleen wanneer sprake is van een wezenlijke tekortkoming.[34] Dit zou ook beter aansluiten bij internationale ontbindingsregelingen.[35] De visie van Hartlief lijkt de nadruk te leggen bij het beginsel van proportionaliteit, in die zin dat slechts indien de tekortkoming wezenlijk is, het proportioneel is om tot ontbinding over te gaan. Slechts bij een wezenlijke tekortkoming is volgens hem de ontbinding gerechtvaardigd.

Bakels en Hartlief hebben bijval gevonden van anderen: het recht van ontbinding zou niet langer voorop moeten staan en er zou meer rekening moeten worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wanpresterende debiteur.[36] Hammerstein en Vranken hebben aangegeven het vreemd te vinden dat aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden ontbreken en bepleiten de introductie van dergelijke bevoegdheden bij ontbinding.[37]

---

31 Bakels noemt nog nadere gezichtspunten die volgens hem van belang kunnen zijn bij de beoordeling van een concrete ontbinding, zoals de wederzijdse belangen van partijen, het (voort)bestaan van het noodzakelijke vertrouwen tussen partijen, het gewicht van de tekortkoming en de bij het treffen van maatregelen vereiste spoed, Bakels 1993, p. 263, 277 e.v.

32 Dit beginsel is net als proportionaliteit in het contractenrecht minder bekend, in het strafrecht en bestuursrecht worden beide wel gehanteerd. Het draait om een doel-middelafweging die erop ziet om de toepassing van verschillende mogelijke bevoegdheden binnen aanvaardbare grenzen te houden, zie Stolp 2007, p. 6 en hoofdstuk 2. Zie over toepassing van deze beginselen in het contractenrecht ook een (eerder) artikel van Stolp, 2000, p. 352-360; Hartlief 1997, p. 196-202.

33 Stolp koppelt het redelijk alternatief preciezer gezegd aan de externe subsidiariteit, al speelt op de achtergrond ook proportionaliteit een rol, zie Stolp 2007, p. 128. Zie voor haar uitleg over externe (uit het arsenaal van beschikbare bevoegdheden de minst vergaande bevoegdheid kiezen, mits zij het beoogde belang/doel evengoed kan dienen als de meer ingrijpende bevoegdheid) en interne subsidiariteit (de minst ingrijpende wijze van uitoefening van de bevoegdheid kiezen) p. 7. Dit onderscheid laat ik verder buiten beschouwing.

34 Hartlief 1994, p. 211-212, waar Hartlief aangeeft in welke gevallen volgens hem van een reële optie en wezenlijke tekortkoming sprake is.

35 Hartlief 1994, p. 206, 221, met verwijzing naar o.a. art. 25 CISG (Het Weens Koopverdrag) 'fundamental breach of contract'. Denk ook aan art. 7.3.1 UPICC en art. 9:301 PECL over 'fundamental non-performance'.

36 Abas 1996, p. 217-218 en 2000, p. 479-480; Van Rossum 1997, p. 577-580; Linssen 1997, p. 57-69, waarin Linssen spreekt over een relativeringstendens ten aanzien van het recht op ontbinding.

37 Vergelijkbaar met de bevoegdheden bij vernietiging; volgens hen is aan de leer van het redelijk alternatief dan geen behoefte meer: Hammerstein & Vranken 2003, nr. 43.

De kritiek heeft geen weerklank gevonden bij de Hoge Raad. In de zaak *Tromp/Regency* wordt het hof door eisers in cassatie verweten te hebben miskend dat het in beginsel aan een schuldeiser toekomende wettelijke of contractuele recht om de ontbinding van een overeenkomst in te roepen, onder omstandigheden dient te wijken voor een minder vergaand alternatief.[38] De Hoge Raad gaat hierin niet mee, houdt strak de hand aan de hoofdregel en wijst daarmee de opvatting van Bakels af:

> '(…) De door het middel verdedigde opvatting vindt geen steun in het recht van Aruba, dat op dit punt niet verschilt van het Nederlandse recht zoals dit gold tot 1 januari 1992 en zoals dit sedertdien geldt. Indien wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij naar dat recht in beginsel ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, heeft de partij jegens wie deze wanprestatie is gepleegd, de keuze tussen de hem, mede als gevolg van die wanprestatie, ten dienste staande bevoegdheden en brengt geen regel van dat recht mee dat van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief – bijvoorbeeld nakoming met schadevergoeding – niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken.'[39]

In latere uitspraken houdt de Hoge Raad aan deze visie vast. Wanneer er sprake is van een tekortkoming – die op zichzelf niet meebrengt dat ontbinding wegens de bijzondere aard of geringe betekenis ongerechtvaardigd is – heeft de schuldeiser dus recht op ontbinding en hoeft hij niet uit te wijken naar een andere minder bezwaarlijke remedie.[40]

---

38 Zie nader HR 24 november 1995, *NJ* 1996/160 (*Tromp/Regency*), incidenteel cassatiemiddel onder 4.3.

39 HR 24 november 1995, *NJ* 1996/160 (*Tromp/Regency*), r.o. 5. Valk benoemt de kritiek van bijv. Abas (Abas 1996) en Van Rossum (Van Rossum 1997) op deze uitspraak, hijzelf ziet het rooskleuriger gelet op de woorden 'op de enkele grond': volgens de Hoge Raad was hetgeen door het cassatiemiddel was aangevoerd te mager om een uitzondering op de hoofdregel te rechtvaardigen, maar uitzonderingen zijn dus niet uitgesloten, Valk 1997, p. 58. Zie ook Hartlief 1997, p. 202: 'Verder overweegt de Hoge Raad dat niet van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren. In combinatie met andere argumenten of omstandigheden kan dat eventueel wel het geval zijn'. Inmiddels heeft Bakels als voorzieningenrechter prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van art. 6:265 lid 1 BW met name bij huur en verhuur van sociale woonruimte; Prejudiciële vraag 18/00855, Rb. Amsterdam 26 februari 2018.

40 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/562 (*Mol/Meijer*) m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4: 'Het eerste onderdeel van het middel berust kennelijk op de stelling dat naar huidige rechtsopvattingen van de mogelijkheid van ontbinding van een overeenkomst wegens tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis een terughoudend gebruik moet worden gemaakt in dier voege, dat ook indien zich niet het geval voordoet dat wegens de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming – als bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW – ontbinding ongerechtvaardigd is, het de schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid

Wil de tekortschietende wederpartij voorkomen dat er wordt ontbonden dan ligt het dus op zijn pad om aannemelijk te maken dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. De stelplicht en bewijslast rust gelet op de tenzij-clausule op de schuldenaar. Hij zal zich op deze clausule voldoende gemotiveerd moeten beroepen.[41] De rechter kan dan ook niet ambtshalve tot toetsing hiervan overgaan.[42]

Hoe beoordeelt de rechter of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen? Het gaat om een afweging tussen de tekortkoming en de (ingrijpende) gevolgen van ontbinding. Bij de beoordeling van de vraag of gelet op de bijzondere aard en de geringe betekenis van de tekortkoming ontbinding met haar gevolgen gerechtvaardigd is, zal de rechter rekening moeten houden met alle omstandigheden van het geval.[43] Aangezien alle omstandigheden van het geval relevant zijn, kunnen een rol spelen: de aard van de overeenkomst, de belangen van partijen over en weer, de hoedanigheid van partijen, eventueel omstandigheden die zich na de tekortkoming hebben voorgedaan en eventueel de bij ontbinding vereiste spoed.[44] De rechter moet mede in zijn beoordeling betrekken de aard en de betekenis van het beding waarvan in de naleving is tekortgeschoten.[45] De tenzij-clausule brengt echter geen werkelijke evenredigheidstoets mee.[46] Het draait slechts om het waken tegen een wanverhouding.[47] Als criterium geldt dus niet dat er sprake moet zijn van een ernstige of wezenlijke tekortkoming.[48] De opvatting van Hartlief is derhalve ook niet gevolgd.

De Hoge Raad houdt vast aan de hoofdregel en uitzondering. Kort gezegd kan geconcludeerd worden dat de Hoge Raad niet wil weten van subsidiariteit – ertoe leidend dat moet worden gekozen voor de minder vergaande maat-

---

van redres ter beschikking staat. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard, zodat het onderdeel faalt.'

41 HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/343 (*Fisser BV/Tycho BV*), r.o. 5.2: '(…) heeft het hof met deze oordelen miskend dat een tekortkoming in de regel ontbinding rechtvaardigt, zij het dat de rechter in de omstandigheid dat de tekortkoming zo weinig ernstig van aard of betekenis is, aanleiding kan vinden de vordering tot ontbinding af te wijzen, op welke uitzondering de schuldenaar zich voldoende gemotiveerd moet beroepen'.

42 HR 31 december 1993, *NJ* 1994/317 (*Abbas/Woningbouwvereniging*), r.o. 3.3; HR 27 november 1998, *NJ* 1999/197 (*De Bruin c.s./Meiling*) r.o. 3.4; HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/343 (*Fisser BV/Tycho BV*), r.o. 5.2.

43 HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992/715, r.o. 3.3 (in het kader van art. 1302 oud BW); HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/208 (*Twickler/R*) m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.2.

44 Genoemd in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/684 en in Bakels 2011, nr. 65-71.

45 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/208 (*Twickler/R*) m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.2. Het maakt bovendien voor een beroep op ontbinding niet uit of het om bedingen draait die wel of niet de kern van de overeengekomen prestaties betreffen, zie r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

46 Asser/Hijma 7-I* 2013/496.

47 Hijma & Olthof 2017, nr. 523; Stolp 2000, p. 353, 358; Hartlief 1997, p. 199.

48 Ook niet in het kader van huur, er is geen reden af te wijken van de algemene regels voor ontbinding van de overeenkomst, te weten dat wanprestatie in de regel de ontbinding wettigt, tenzij de wanprestatie zo weinig ernstig van aard of betekenis is: HR 27 november

regel – en van proportionaliteit slechts in beperkte mate, in de vorm van de tenzij-clausule.[49]

Bij de toepassing van de tenzij-clausule kunnen de relativeringsgedachten uit de literatuur een plaats krijgen. Zo ontzegt de Hoge Raad volgens Hijma aan de relativeringsgedachten uit de literatuur niet iedere inhoudelijke waarde, maar benadrukt hij vooral dat een en ander inpasbaar moet blijven in het model van artikel 6:265 BW.[50] Voorts meent Hijma dat vasthouden aan het wettelijk systeem niet aan een ruimhartiger toepassing van de uitzonderingsformule in de weg staat.[51] Valk is het daarmee eens, de rechter heeft voldoende ruimte om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van beide partijen.[52] Er moet worden gekeken of van de schuldeiser kan worden gevergd dat hij met deze schuldenaar nog verder gaat.[53] De weergave in de parlementaire geschiedenis dat 'vrij zeldzaam' zijn de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding meebrengen dat ontbinding niet mogelijk is, hoeft niet aan een ruimhartigere toepassing van de tenzij-clausule in de weg te staan. De parlementaire geschiedenis is immers geschiedenis[54] en in de loop der tijd kan er een andere ontwikkeling komen.[55] Hoewel de Hoge Raad vasthoudt aan het uitgangspunt en de uitzondering daarop, is daarmee niet gezegd

1998, *NJ* 1999/197 (*De Bruin c.s./Meiling*) r.o. 3.4. Zie ook Heering & Reimert (voorheen De Wijkerslooth-Vinke), GS Huurrecht, art. 7:231 BW, aant. 3.1 en 5 (online, laatst bijgewerkt 20 februari 2015). Abas daarentegen meent dat in het kader van art. 7:231 BW uit de rechtspraak (overgrote deel over woonruimte) valt af te leiden dat de vordering tot ontbinding pas toewijsbaar is, wanneer de huurder in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, zie Asser/Abas 5-IIA 2007/90 (dit zie ik in de nieuwe Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017 niet terug). Zie in dit verband verder GS Huurrecht, art. 7:231, aant. 4.1 onder verwijzing naar Conclusie A-G Wuisman onder 2.4 en 2.9 bij HR 11 april 2008 ECLI:NL:HR:2008:BC5277 respectievelijk HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG0944. In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst (zie art. 7:686 BW) lijkt de ontbinding verder aan banden gelegd, in die zin dat de wanprestatie wel ernstig moet zijn. Zie Jansen & Loonstra 2004, onder nr. 3 met verwijzing naar HR 12 december 1980, *NJ* 1981/202 en HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702. Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/445 geeft aan dat 'de tekortkoming van voldoende betekenis moet zijn om de ontbinding te rechtvaardigen', onder verwijzing naar HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986/338.

49 Bijv. De Vries kan zich in deze lijn van de Hoge Raad vinden, De Vries1997, p. 149 e.v. Zie voor een weergave van de discussie ook het proefschrift van Stolp 2007, p. 128-136.

50 Asser/Hijma 7-I* 2013/497.

51 Asser/Hijma 7-I* 2013/497; eerder heeft Hijma in zijn noot onder HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/208 (*Twickler/R*) onder 5 aangegeven dat denkbaar is dat de gedachten in de literatuur kunnen leiden tot een intensiever gebruik van de uitzonderingsformule.

52 Valk 2003, p. 137.

53 Valk 2003, p. 136.

54 Nieuwenhuis 1995, p. 39: 'Parlementaire geschiedenis is inderdaad geschiedenis; altijd instructief maar nimmer definitief'.

55 Vgl. Bakels 2007, p. 18.

dat van de uitzondering beperkt gebruik moet worden gemaakt.[56] Hartkamp en Sieburgh menen dat ook in het wettelijk stelsel bij toepassing van de op redelijkheid en billijkheid gebaseerde uitzondering van artikel 6:265 BW voldoende rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval waaronder onder andere de gerechtvaardigde belangen van partijen.[57]

Na deze uiteenzetting van de ontbindingsbevoegdheid in zijn algemeenheid richt ik mijn blik weer op de school en de leerling. Gelet op de hoofdregel zou de school in beginsel op iedere tekortkoming van de leerling kunnen reageren met het ontbinden van de overeenkomst. Maar, de tenzij-clausule werpt hier een drempel op. Deze uitzonderingsclausule zal in het onderwijs van groot belang zijn: uiteraard rechtvaardigt niet elke tekortkoming dat de relatie met de leerling wordt beëindigd. De bijzondere aard van de tekortkoming of de geringe betekenis ervan kunnen meebrengen dat ontbinding met haar gevolgen niet gerechtvaardigd is, dan zal dus het bevoegd gezag niet tot ontbinding kunnen overgaan. Het is de leerling die zich als tekortschietende wederpartij op deze uitzondering zal moeten beroepen en aannemelijk zal moeten maken dat ontbinding niet gerechtvaardigd is. Maar ook de school zal alvorens tot ontbinding over te gaan met deze tenzij-clausule rekening moeten houden en de belangen van de leerling en diens eigen belangen tegen elkaar moeten afwegen.

Wanneer de tekortkoming aan de zijde van de leerling van te *geringe betekenis* is, zal er niet kunnen worden ontbonden. Dit gezichtspunt kan een belangrijke rol spelen binnen het onderwijs. Een tekortkoming van een leerling kan wellicht al snel als te gering worden aangemerkt. Wanneer er sprake is van een geringe tekortkoming staan er wellicht wel andere minder vergaande middelen ter beschikking zoals opschorting. Door gebruik te maken van het gezichtspunt 'geringe betekenis' kan er toch een resultaat worden bereikt waarbij een minder vergaand middel zou moeten worden aangewend. Dit is geen kwestie van subsidiariteit maar van proportionaliteit: de tekortkoming wordt te gering geacht om ontbinding als middel te rechtvaardigen.

Is de tekortkoming ernstiger dan rijst de vraag of van de school kan worden gevergd de relatie met deze leerling in stand te houden. Heeft in een concreet geval de school het vertrouwen[58] in de leerling definitief verloren dan zou dat kunnen meebrengen dat kan worden overgegaan tot ontbinding.

---

56 Conclusie A-G Wissink 6 juli 2018 ECLI:NL:PHR:2018:787 onder 2.19, conclusie bij de prejudiciële vraag 18/00855, Rb. Amsterdam 26 februari 2018. Zie ook de conclusie van A-G Drijber 4 mei 2018 ECLI:NL:PHR:2018:465 die uit het feit dat het bij de toepassing tenzij-clausule aankomt op 'alle omstandigheden van het geval' afleidt dat de tenzij-clausule niet terughoudend moet worden toegepast.

57 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/685.

58 Bakels 2011, nr. 68 merkt op: 'Hoe ernstiger het verwijt is dat de schuldenaar treft, des te groter kan de daardoor veroorzaakte vertrouwensbreuk zijn. Dit is in elk geval van belang ten aanzien van duur en leverantiecontracten maar het kan ook betekenis hebben ten aanzien van overeenkomsten die verplichten tot een eenmalige prestatie.'

Maar niet per definitie. Heeft de leerling een bepaalde stoornis of gedragsproblemen waarop de tekortkoming is te herleiden, dan zou dat kunnen meewegen in de *bijzondere aard* van de tekortkoming. Ook kunnen de *vergaande* of *ingrijpende gevolgen* mijns inziens meebrengen dat het ontbinden van de overeenkomst niet gerechtvaardigd is. Zo zal een onderwijsovereenkomst met een leerling die bijvoorbeeld nog slechts een paar weken heeft te gaan voordat hij eindexamen mag doen niet kunnen worden ontbonden. Ook het vooruitzicht verstoken te blijven van onderwijs wanneer een leerling nog geen plek heeft op een nieuwe school, kan als ingrijpend gevolg worden aangemerkt zodat ontbinding niet gerechtvaardigd is. Een vorm van proportionaliteit – hoewel niet direct leidend tot volledige evenredigheid – is in de tenzij-clausule dus zeker te herkennen.

Een terughoudende toepassing van de tenzij-clausule zal in het onderwijs niet wenselijk zijn. Een leerling moet immers niet te snel 'op straat komen te staan'. Denk hierbij ook aan de leerplicht die op leerlingen rust. Met toetsing aan de criteria 'geringe betekenis', 'bijzondere aard' en 'vergaande gevolgen' kun je in de bijzondere context van het onderwijs naar mijn idee echter al een eind komen. Bovendien zal bij de toets aan de tenzij-clausule rekening moeten worden gehouden met *alle omstandigheden van het geval*. Hieruit volgt dat ook in aanmerking kunnen worden genomen de aard van de onderwijsovereenkomst, de belangen van partijen over en weer, de hoedanigheid van partijen (elementen die op zichzelf ook al in de geringe betekenis, bijzondere aard en gevolgen vervat zijn), eventueel omstandigheden die zich na de tekortkoming hebben voorgedaan, eventueel de bij ontbinding vereiste spoed en de aard en de betekenis van het beding waarvan in de naleving is tekortgeschoten. Er is zo bezien een breed speelveld waarbinnen de afweging kan worden gemaakt of in het onderwijs tot ontbinding van de overeenkomst kan worden overgegaan of niet. Gelet op de uitzondering waarbinnen voldoende afwegingsruimte bestaat en rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval waaronder onder andere de gerechtvaardigde belangen van partijen, zal de school alvorens tot ontbinding over te gaan de belangen van de leerling en diens eigen belangen tegen elkaar moeten afwegen. Zo kan worden voorkomen dat achteraf bezien de overeenkomst onterecht ontbonden is.

De tenzij-clausule is inpasbaar in de onderwijspraktijk: met de huidige clausule kan gelet op de maatstaven van de 'geringe betekenis', de 'bijzondere aard' en de 'ingrijpende gevolgen' worden voorkomen dat een leerling te snel op straat komt te staan en kan er aldus aan de context van het onderwijs en de gerechtvaardigde belangen van de leerling recht worden gedaan. Deze handvatten zullen veel kunnen betekenen, aangezien een tekortkoming van een leerling mogelijk vrij snel als te gering wordt aangemerkt en er veel gewicht kan toekomen aan de bijzondere aard ervan of aan de bijzondere gevolgen van ontbinding. Van de uitzonderingsclausule kan of beter gezegd moet in het onderwijs ruimhartiger gebruik worden gemaakt, terwijl er toch

binnen de lijnen van het wettelijk stelsel wordt gebleven. Uitgangspunt en uitzondering blijven overeind, zij het dat de tenzij-clausule ruimhartig wordt toegepast. Dit kan binnen de lijnen van de tenzij-clausule, er is voldoende afwegingsruimte in de tenzij-bepaling zelf waarbij onder andere alle omstandigheden van het geval van belang zijn.

Indien men het wenselijk of noodzakelijk vindt, is het mogelijk om in de rechtspraak of in de wet specifiek en expliciet voor de verhouding in het onderwijs van eventuele terughoudende toepassing van de tenzij-clausule af te zien. Ook zouden er nog verdergaande lijnen kunnen worden uitgezet, door voor het onderwijs een geheel eigen invulling te geven. Zo zou er specifiek voor het onderwijs wel 'de leer Bakels', die mee zou brengen dat eerst de minst vergaande maatregel wordt ingezet, of 'de leer Hartlief', die mee zou brengen dat er sprake moet zijn van een fundamentele tekortkoming kunnen worden gevolgd. Maar, de bijzonderheden in het onderwijs zijn ook in te passen in de huidige weergave van de tenzij-clausule, deze lijkt in voldoende mate te kunnen voorkomen dat leerlingen te snel of ten onrechte de deur wordt gewezen.

Zou naast de tenzij-clausule in artikel 6:265 lid 1 BW in het onderwijs een rol zijn weggelegd voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uit artikel 6:248 lid 2 BW om ontbinding van de overeenkomst te voorkomen?

5.2.3 Een rol voor de redelijkheid en billijkheid?

De ratio van de ontbinding, dat wil zeggen de reden voor toekenning van de bevoegdheid, is naar mijn idee gelegen in de afbreuk of het gemis van vertrouwen in de wederpartij als gevolg van het schenden van de overeenkomst. Mogelijk is deze bevoegdheid geworteld in de redelijkheid en billijkheid. Volgens Hartkamp en Sieburgh is niet alleen de tenzij-clausule gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid, de grondslag van de ontbindingsbevoegdheid zelf is volgens Hartkamp en Sieburgh (ook) gelegen in de billijkheid.[59] Zij geven aan dat 'het in strijd zou zijn met de rechtvaardigheid, indien de ene partij de haar toegezegde prestatie verkrijgt of behoudt, zonder harerzijds te presteren wat zij in ruil daarvoor had toegezegd'.[60] Volgens Bakels berust de bevoegdheid tot ontbinding op twee grondslagen: het ruilkarakter van de wederkerige overeenkomst en de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid. De ontbindingsregels staan daarmee in het teken van de redelijkheid en billijkheid. Hartlief beschouwt de uitzonderingen betreffende 'de geringe betekenis en bijzondere aard van de tekortkoming' eveneens als invulling van

59 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/670. Vgl. HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992/715, r.o. 3.3 (in het kader van art. 1302 oud BW).

60 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/670.

de redelijkheid en billijkheid.[61] Maar niet iedereen noemt expliciet de redelijkheid en billijkheid als grondslag voor het ontbindingsleerstuk. Het is niet duidelijk welke rol voor dit duo is weggelegd.

Over het antwoord op de vraag in hoeverre er *naast* de toets aan artikel 6:265 lid 1 BW nog ruimte is voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uit artikel 6:248 lid 2 BW verschillen de meningen. Hoewel in principe iedere rechtsregel aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is onderworpen,[62] lijkt de Hoge Raad hier in het kader van ontbinding slechts beperkte ruimte voor open te laten:

> 'Het vierde onderdeel van het middel bevat een rechtsklacht met betrekking tot het oordeel van het Hof dat ondanks de zwaarwegende gevolgen van de ontbinding van de overeenkomst in een geval als het onderhavige een beroep op de redelijkheid en billijkheid ter afwering van de ontbinding slechts 'in beperkte mate' mogelijk is. Het bestreden oordeel van het Hof moet aldus worden begrepen dat uit de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van artikel 6:265 BW blijkt dat in geval van tekortkoming een vordering tot ontbinding van de overeenkomst toewijsbaar is, tenzij de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming daaraan in de weg staat, zodat voor de werking van de redelijkheid en billijkheid te dezer zake slechts een beperkte ruimte is opengelaten. Dit oordeel is juist, zodat het onderdeel faalt.'[63]

Abas meent dat de deur op een kier is gezet voor toetsing van de ontbindingsvordering aan de redelijkheid en billijkheid.[64] Valk ziet het anders. Volgens hem heeft de Hoge Raad bedoeld dat een afweging van belangen bij de toets of ontbinding gerechtvaardigd is, dient plaats te vinden binnen artikel 6:265 lid 1 BW – waar alle omstandigheden een rol spelen – en niet ook nog opnieuw via de redelijkheid en billijkheid. De beperkte ruimte waar de Hoge Raad over spreekt, duidt volgens Valk op andersoortige feiten en omstandigheden die niet passen binnen de vraag of tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, zoals rechtsverwerking.[65] Volgens Stolp kan een beroep van de schuldenaar op de redelijkheid en billijkheid de ontbinding niet verdergaand beperken dan

61 Hartlief 1994, p. 88.

62 Vgl. Vranken onder 5 in zijn noot bij HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/562 (*Mol/Meijer*).

63 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/562 (*Mol/Meijer*) m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4 slot.

64 Abas 2000, p. 480; zie ook Van den Berg 2001, p. 300, 301. Van den Berg meent dat de regel uit HR 5 januari 2001, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) r.o. 3.5 dat de crediteur bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding niet geheel vrij is, 'maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen' ook geldt voor de keuze tussen nakoming schadevergoeding en *ontbinding*. Vgl. Hammerstein & Vranken 2003, nr. 13. Stolp is het hier niet mee eens, Stolp 2007, p. 138, 139.

65 Valk 2003, p. 136, 137.

op grond van de tenzij-clausule mogelijk is, gelet op de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van artikel 6:265 BW.[66]

Er lijkt dus wel enige ruimte te zijn de schuldeiser zijn ontbindingsbevoegdheid te ontzeggen.[67] Het is mogelijk dat ook in de specifieke onderwijsverhouding zich bijzondere omstandigheden voordoen die – hoewel er sprake is van een tekortkoming – ter bescherming van de belangen van de leerling ertoe leiden dat een beroep van het bevoegd gezag op ontbinding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid toch onaanvaardbaar moet worden geacht. Dit heeft tot gevolg dat de onderwijsovereenkomst niet kan worden ontbonden.

5.2.4 Gevolgen van gedeeltelijke (temporele) ontbinding in het onderwijs

De gevolgen van ontbinding staan omschreven in artikel 6:271 BW. Een ontbinding bevrijdt partijen van de daardoor getroffen verbintenissen. Dat betekent dat indien nog niet is nagekomen ook in de toekomst niet hoeft te worden nagekomen, aangezien partijen van deze verplichtingen zijn bevrijd. Zijn er verplichtingen al wel nagekomen, dan blijft de rechtsgrond in stand maar ontstaan er ongedaanmakingsverbintenissen van de reeds door hen ontvangen prestaties. Gevolg is dat partijen over en weer de geleverde prestaties moeten terugdraaien. Bij ontbinding van een onderwijsovereenkomst zal dit laatste lastig worden. Het ontvangen onderwijs zal de leerling niet kunnen teruggeven of anderszins ongedaan kunnen maken. En welke prestatie zou de school de leerling kunnen teruggeven? Indien de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, dan treedt daarvoor een waardevergoeding in de plaats, zo bepaalt artikel 6:272 BW. Het eisen van een waardevergoeding is mijns inziens niet in overeenstemming met de aard van een onderwijsovereenkomst. Als deze route zou worden gevolgd dan zou dit een enorme kostenpost voor de leerling kunnen opleveren. Dat zou er weer toe kunnen leiden dat een beroep op ontbinding minder snel gerechtvaardigd wordt geacht. De 'ernst van deze gevolgen' zouden dan een beroep op de tenzij-clausule kunnen doen slagen, zodat ontbinding in het geheel niet mogelijk is.

Er bestaat echter in artikel 6:265 BW de mogelijkheid om gedeeltelijk te ontbinden.[68] Een gedeeltelijke ontbinding houdt een evenredige[69] verminde-

66 Stolp 2007, p. 139.

67 GS Huurrecht art. 7:231 BW aant. 4.2. Zie voor huurrechtelijke voorbeelden waarin sprake is van een tekortkoming maar gelet op de bijzondere omstandigheden een beroep op ontbinding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht: Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2267; Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3287.

68 De mogelijkheid tot ontbinding kan op grond van de tenzij-clausule tot gedeeltelijke ontbinding beperkt zijn.

ring in van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid en hoedanigheid, zie artikel 6:270 BW. Daarbij zijn verschillende vormen mogelijk, zoals een inhoudelijke vermindering of een temporele vermindering. Bij dit laatste valt te denken aan ontbinding alleen voor de toekomst of alleen voor het verleden.[70] De temporele vermindering in de vorm van ontbinding alleen voor de toekomst kan bij uitstek bij duurovereenkomsten, zoals de onderwijsovereenkomst uitkomst bieden.[71] Sterker nog, voor duurovereenkomsten die gedurende een bepaalde tijd correct zijn nagekomen geldt dat algehele ontbinding – een ontbinding die ook de reeds verrichte prestaties betreft – in beginsel niet toelaatbaar of gerechtvaardigd is.[72] Zo stond aanvankelijk in het Ontwerp Meijers in artikel 6.5.4.11:

> 'Is de prestatie van een partij naar tijdsruimte deelbaar, en komt deze partij haar verbintenis over een bepaalde periode niet na, dan is, behoudens in het geval van artikel 12, ontbinding niet mogelijk ten aanzien van de reeds verstreken periodes waarover zij haar verplichtingen wel is nagekomen.'[73]

De Toelichting Meijers geeft voorts het volgende weer:

> 'Een debiteur die een dergelijke verplichting heeft aanvaard, mag er als regel van uitgaan dat, indien na zekere tijd de nakoming zijnerzijds mocht stokken, de correcte nakoming in het verleden haar waarde voor de wederpartij niet verliest. Deze wederpartij zal een later optredende niet-nakoming derhalve geen recht kunnen ontlenen tot ontbinding ten aanzien van die periodes, waarover de schuldenaar behoorlijk is nagekomen.'[74]

---

69 Dit 'verwijst naar het contractuele synallagma, het wederkerigheidsverband dat partijen hebben gekozen en waarin zij hun onderlinge waardering tot uitdrukking hebben gebracht. (…) De vraag naar het contractuele synallagma behoort tot die van de (redelijke) uitleg van de overeenkomst.', zie Hijma 1994, p. 357-358.

70 Van Boom, GS Verbintenissenrecht, art. 6:270 BW, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt 1 maart 2018); Hijma & Olthof 2017, nr. 525. Zie ook Asser/Hijma 7-I* 2013/530-532 over temporeel-kwantitatieve vermindering.

71 Vgl. Hartlief 1992, p. 158, nr. 10; Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst komt men niet toe aan ongedaanmaking, ontbinding vindt alleen plaats voor de toekomst, gelet op de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding. Los van de mogelijkheid gedeeltelijk te ontbinden zou dit resultaat in het kader van ontbinding van een arbeidsovereenkomst volgens Hartlief moeten worden bereikt doordat ongedaanmaking of restitutie in strijd is met de aard van de overeenkomst. Huidige artikelen in het BW t.a.v. de ontbinding van een arbeidsovereenkomst zijn art. 7:671 b en c en 7:686 BW.

72 'Doch dit ligt anders indien het verband tussen de reeds verrichte en de nog te verrichten prestaties zo nauw is, dat de schuldeiser zich bij een slechts gedeeltelijke prestatie van de gehele overeenkomst moet kunnen losmaken,' Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/696; Parl. Gesch. Boek 6, p. 1023.

73 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1021 (OM). Zie voorts voor o.a. een vergelijking tussen Oud en Nieuw BW, Hartlief 1991, p. 1-44.

74 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1022 (TM).

Dit artikel is uiteindelijk geschrapt, aangezien deze materie aan de slotzinsnede van artikel 6:265 lid 1 kon worden overgelaten.[75] De gedachte die ten grondslag lag aan dit voorgestelde artikel is echter niet prijsgegeven. Zij geldt nog steeds, onder de noemer van de tenzij-clausule. Indien er sprake is van een duurovereenkomst die strekt tot voortdurend of periodiek verrichten van prestaties, en die dus deelbaar is naar tijdsruimte, zal er slechts een gedeeltelijke ontbinding mogelijk zijn in de vorm van een temporele vermindering: ontbinding zal alleen voor de toekomst mogelijk zijn.[76] Ook bij een onderwijsovereenkomst is sprake van voortdurende prestaties en is de overeenkomst deelbaar naar tijdsruimte. De ontbinding hiervan is in haar gevolgen daarom beperkt tot de toekomst.[77] De school en de leerling worden dus voor de toekomst bevrijd van hun verplichtingen, de prestaties die in het verleden behoorlijk zijn nagekomen hebben hun waarde niet verloren en die worden door de gedeeltelijke temporele ontbinding dan ook niet getroffen. Gevolg is dat er geen ongedaanmakings- dan wel waardevergoedingsverbintenissen in het leven worden geroepen. Van gedeeltelijke ontbinding voor de toekomst kan dan probleemloos gebruik worden gemaakt.

Is er een periode in het verleden aan te wijzen waarin de leerling zijn verplichting niet meer nakwam, dan zou er voor die periode alsnog moeten worden nagekomen. De ontbinding alleen voor de toekomst houdt de verplichtingen die zien op het verleden namelijk in stand. Die verplichtingen blijven onaangetast, zodat daarover nakoming verlangd kan worden. In het onderwijs zal dat evenwel de school niet veel opleveren. Nakoming over de periode waarin wanprestatie is gepleegd is niet mogelijk: de leerling kan niet alsnog nakomen, die nakoming is blijvend onmogelijk, zoals reeds in paragraaf 5.2.1 is geconstateerd. In principe blijven de verplichtingen die zien op het verleden in stand, dat de school daar geen nakoming meer van kan vorderen, is niet anders. In theorie zou voor het niet nakomen van de verplichting een vordering tot schadevergoeding zich aandienen. Naar mijn idee zal de school in praktijk geen aanspraak kunnen maken op (vervangende) schadevergoeding ten aanzien van de periode waarover de leerling niet behoorlijk is nagekomen. Het komt er mijns inziens bij het inzetten van gedeeltelijke ontbinding voor de toekomst in het onderwijs kortweg op neer dat de school voor de toekomst wordt bevrijd van de rechtsverhouding met de leerling, maar dat de school niets meer kan met de periode in het verleden waarin de leerling niet behoorlijk is nagekomen.

---

75 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1023 (MvA II).

76 Andere mogelijkheden zijn ontbinding alleen voor het verleden of een combinatie (ontbinding voor de toekomst en voor een gedeelte voor het verleden of voor het verleden en een gedeelte voor de toekomst), maar deze mogelijkheden zijn naar mijn idee in het geval van een onderwijsovereenkomst niet aan de orde.

77 Vgl. Hartlief 1992, p. 158, nr. 10.

5.2.5 Wijze van gedeeltelijke ontbinding in het onderwijs

Hoe kan gedeeltelijke ontbinding van de onderwijsovereenkomst plaatsvinden? Uit artikel 6:267 BW volgt dat ontbinding op twee manieren kan plaatsvinden: door een buitengerechtelijke schriftelijke verklaring van de schuldeiser (lid 1) of door een rechterlijke uitspraak, waarbij een rechter op vordering van de schuldeiser de ontbinding uitspreekt (lid 2). Bij huur is rechterlijke tussenkomst vereist voor ontbinding wegens het tekortschieten van de huurder in de nakoming van zijn verplichtingen.[78] Ook in het geval van een arbeidsovereenkomst dient er voor ontbinding naar de rechter te worden gestapt.[79] In deze gevallen speelt het belang van de tekortschietende partij bij voortzetting van de contractuele relatie een belangrijke rol. Om te waarborgen dat dit belang in aanmerking wordt genomen is de gang naar de rechter in dergelijke gevallen verplicht.[80] In de onderwijscontext kan vanuit de beschermingsgedachte van de leerling een dergelijke verplichte rechterlijke tussenkomst wenselijk zijn. Op grond van de wet is deze rechtelijke tussenkomst in het onderwijs evenwel op dit moment niet aan de orde. Bezien vanuit het oogpunt van de school zal ontbinding door middel van een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring het meest voor de hand liggen. Deze wijze van ontbinding is niet aan strenge eisen gebonden:

> '(…) De wetgever heeft aan de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring geen verdere eisen willen verbinden dan de schriftelijkheidseis (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1015). Naar moet worden aangenomen, ligt hieraan ten grondslag dat de buitengerechtelijke ontbinding een eenvoudig te hanteren instrument moet zijn. Daarom kan in zijn algemeenheid niet de eis gesteld worden dat een dergelijke verklaring de gronden voor de ontbinding dient te vermelden teneinde rechtsgevolg te kunnen hebben. Dat brengt tevens mee dat de schuldeiser die in zijn ontbindingsverklaring wel een of meer gronden voor de ontbinding heeft genoemd (of die, eventueel desverlangd, alsnog gronden daarvoor heeft opgegeven) in rechte ook andere

78 Zie art. 7:231 lid 1 BW. Hierop bestaan twee uitzonderingen: zie art. 7:231 lid 1 jo. lid 2 BW en art. 7:210 BW. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 37 onder 1: 'De reden waarom ontbinding bij buitengerechtelijke verklaring in artikel 231 lid 1 is uitgesloten is gelegen in het feit dat in de daar bedoelde gevallen een dwingendrechtelijke opzeggingsbescherming (huur woonruimte en huur bedrijfsruimte) of ontruimingsbescherming (huur andere gebouwde zaken) geldt, die niet buiten de rechter om door middel van een ontbinding op grond van wanprestatie moet kunnen worden doorkruist. In het geval van artikel 210 lid 1 is daaraan geen behoefte; in geval het genot dat de huurder mocht verwachten, geheel onmogelijk is geworden is er immers voor enige opzeggings- of ontruimingsbescherming geen plaats meer.'

79 Zie art. 7:686 BW over ontbinding wegens tekortkoming (ex art. 6:265 BW), deze ontbinding kan evenwel alleen door de rechter worden uitgesproken. Zie ook art. 7:671b en art. 7:671c BW; de kantonrechter kan op verzoek van de werkgever dan wel de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens omstandigheden zoals genoemd in die artikelen.

80 Van Boom, GS Verbintenissenrecht, art. 6:267 BW, aant. 2.5 (online, laatst bijgewerkt 1 maart 2018).

> gronden aan de ontbinding ten grondslag mag leggen dan de reeds eerder door hem vermelde (vlg. – voor de buitengerechtelijke vernietiging – HR 11 juli 2008, LJN BD2410, NJ 2010/258).'[81]

Vereist is dus dat de verklaring schriftelijk geschiedt. Volgens de Hoge Raad kan 'in zijn algemeenheid' niet de eis worden gesteld dat de gronden voor de ontbinding worden vermeld. De context van het onderwijs brengt mijns inziens een uitzondering op deze regel mee, met als gevolg dat de gronden voor ontbinding aan de leerling of diens wettelijk vertegenwoordiger wel moeten worden meegedeeld wil de verklaring rechtsgevolg hebben.

De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring werkt vanaf het moment dat de leerling deze heeft ontvangen, zie artikel 3:37 lid 3 BW. Vanaf dat moment zijn partijen voor de toekomst bevrijd.[82] Het is echter mogelijk om in de ontbindingsverklaring een ander tijdstip te noemen, een die in de toekomst ligt. Is de leerling het niet eens met deze verklaring omdat hij meent dat er geen sprake van een tekortkoming is of omdat hij de ontbinding niet gerechtvaardigd acht, dan kan hij naar de rechter stappen. De rechter toetst vervolgens bij declaratoir vonnis *ex tunc* of de ontbindingsverklaring gerechtvaardigd en dus geldig is of niet.[83] Als de rechter meent dat dit het geval is, dan is de overeenkomst vanaf het moment van ontvangst van de verklaring inderdaad ontbonden. Zo niet, dan heeft ontbinding niet plaatsgevonden. Dan staat in principe vast dat de overeenkomst partijen nog steeds bindt en is degene die onterecht heeft ontbonden in verzuim.[84] Partijen kunnen zich evenwel naar aanleiding van een niet-gerechtvaardigde ontbindingsverklaring zodanig tegenover elkaar gedragen dat daarin een nadere beëindigingsovereenkomst ligt besloten. Ook kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een beroep op het voortbestaan van de overeenkomst onaanvaardbaar is.[85]

---

81 HR 27 mei 2011, *NJ* 2011/257 (*Elbrink/Halfman*), r.o. 3.6.1.

82 Vanaf het ontvangstmoment heeft de verklaring effect. De gekozen vorm van ontbinding zelf kan evenwel gevolgen voor het verleden inroepen: afhankelijk van de periode waarover wordt ontbonden ontstaan er al dan niet ongedaanmakingsverbintenissen. Gaat het slechts om ontbinding voor de toekomst dan blijven de verplichtingen die zien op het verleden in stand.

83 Wanneer er door een rechterlijke uitspraak ontbonden wordt, zal de rechter *ex nunc* toetsen en is het resultaat een constitutief vonnis. In het geval van ontbinding door de rechter zal de rechter zelf een tijdstip bepalen, indien de vordering geen tijdstip behelst waarop de ontbinding ingaat. Doet de rechter dit niet dan zal waarschijnlijk de datum van de uitspraak het meest voor de hand liggen als ontbindingsdatum. Hier lijkt men echter nog niet uit te zijn, zie de weergave van Van Boom, GS Verbintenissenrecht, art. 6:267 BW, aant. 3-3.3, (online, laatst bijgewerkt 1 maart 2018).

84 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684 (*G4 Beheer/Hanzevast Beleggingen*), r.o. 3.3.2.

85 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684 (*G4 Beheer/Hanzevast Beleggingen*), r.o. 3.3.3.

5.2.6 Afronding ontbinding onderwijsovereenkomst

Het gebruik van de ontbindingsbevoegdheid kan schuren met de context van het onderwijs. Wel blijkt dat er gelet op de flexibiliteit die het contractenrecht kenmerkt, voldoende mogelijkheid is met de context van het onderwijs rekening te houden in de uitwerking van het ontbindingsleerstuk in de rechtsverhouding in het onderwijs. De uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid in het onderwijs is aan beperkingen onderhevig.[86]

Zo lijkt het sturen van een ingebrekestelling aan de leerling niet vereist te zijn aangezien de niet-nakoming van de voorliggende duurverplichting blijvende onmogelijkheid meebrengt en het intreden van verzuim dan geen rol speelt. Het is wellicht wenselijk juist wel een school te verplichten tot het sturen van een ingebrekestelling, om de leerling te waarschuwen voor het ontoelaatbare gedrag en hem te gebieden correct na te komen. Voorts is het aangewezen het begrip tekortkoming zorgvuldig of beperkt te hanteren. Gelet op de ruimte die er voor een leerling moet zijn om zich te ontwikkelen zal een eventuele niet-nakoming niet te snel als tekortkoming moeten worden bestempeld. Wordt een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis die op een leerling rust wel als een tekortkoming aangemerkt, dan nog zal dit niet direct tot een ontbinding kunnen leiden, vanwege de uitzonderingsclausule die de ontbinding kent.

De aard van de onderwijsovereenkomst vereist dat er slechts beperkt gebruik wordt gemaakt van de ontbindingsbevoegdheid. Een leerling moet immers niet te gemakkelijk 'op straat komen te staan'. De tenzij-clausule kan hier een belangrijke rol vervullen. De hoofdregel dat iedere tekortkoming recht op ontbinding geeft, sluit niet goed aan bij de context van het onderwijs. Eventuele terughoudende toepassing van de tenzij-clausule is in de context van het onderwijs niet passend. Binnen de lijnen van het wettelijk stelsel kan er ruimhartiger van de tenzij-clausule in het onderwijs gebruik worden gemaakt. De gezichtspunten die mee kunnen brengen dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt – de 'geringe betekenis van de tekortkoming', de 'bijzondere aard van de tekortkoming' en het 'ingrijpende van de gevolgen' – bieden voldoende betekenisvolle handvatten om in het onderwijs mee te werken. Ook de omstandigheden van het geval en bijvoorbeeld de aard van de overeenkomst zullen als gezichtspunten hun bijdrage leveren. Eventueel is er nog ruimte te vinden in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, deze kan aan ontbinding in een specifiek geval in de weg staan. Al met al zijn er genoeg middelen om ervoor te waken dat er te snel tot ontbinding wordt overgegaan.

Gaat de school hier toch toe over dan kan deze ontbinding alleen een gedeeltelijke ontbinding, namelijk enkel voor de toekomst inhouden. Partijen worden voor de toekomst van elkaar bevrijd. Er ontstaan derhalve geen

86 Vgl. Asser/Houben 7-X 2015/244.

ongedaanmakings- of waardevergoedingsverbintenissen. Voor een school ligt een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring het meest voor de hand. Een school zal hiervoor wel moeten hebben afgewogen of er tot ontbinding kan worden overgegaan. Zij zal de belangen van de leerling en haar eigen belangen tegen elkaar moeten afwegen. Zij zal dus mijns inziens vooruit moeten lopen op een mogelijke toepassing van de tenzij-clausule, ook als de leerling hier nog geen beroep op heeft gedaan. Meent een leerling dat de school niet tot ontbinding kon overgaan, dan zal hij zich ter verdediging zelf op de tenzij-clausule moeten beroepen.

5.3 Opzegging van een onderwijsovereenkomst?

5.3.1 Algemeen kader van opzegging van duurovereenkomsten

De instrumenten opzegging en ontbinding verschillen van elkaar, desondanks worden de begrippen in overeenkomsten nogal eens door elkaar gebruikt.[87] Met opzegging kan worden bereikt dat een duurovereenkomst voor de toekomst wordt beëindigd door middel van een eenzijdige verklaring. Er vindt geen ongedaanmaking plaats van reeds verrichte prestaties. Opzegging heeft dus hetzelfde resultaat als gedeeltelijke ontbinding voor de toekomst. Voor opzegging is in tegenstelling tot ontbinding echter geen tekortkoming vereist.

Hoewel een algemene opzeggingsregeling wel wordt bepleit,[88] is opzegging niet op een vaste plaats in algemene termen geregeld in de wet. Voor diverse benoemde overeenkomsten is de mogelijkheid tot opzegging wel in een eigen regeling verspreid in Boek 7 BW wettelijk vastgelegd. Ook bestaan er wettelijke opzeggingsregelingen buiten het BW.[89]

Opzegging kan in de overeenkomst zelf worden geregeld. Aan een beroep op een dergelijke contractuele opzeggingsmogelijkheid kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de weg staan (art. 6:248 lid 2 BW).

87 Hammerstein & Vranken 2003, nr. 14; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/603.

88 Asser/Houben 7-X 2015/37; Houben 2011, onder par. 5; Hammerstein & Vranken 2003, nr. 53. Verdaas 2002, p. 599-606 en p. 626-631: Verdaas geeft de wetgever in overweging de opzegbaarheid van duurovereenkomsten wettelijk te verankeren, p. 631 slot; Visscher 2011, p. 146-155: Visscher pleit voor een wettelijke algemene opzeggingsregeling voor onbenoemde duurovereenkomsten aangegaan voor onbepaalde tijd; Strijbos 1985, p. 142; Vraag voorgelegd in de jaren '50 aan preadviseur Hijmans van den Bergh 1952, p. 97-157 en aan preadviseur Winkel 1952, p. 158-220; vgl. Clavareau 1943, p. 119-150; vgl. De Vries 1990.

89 Voor onbenoemde overeenkomsten, bijv. in art. 7.2 en 7.2a Telecommunicatiewet voor de overeenkomst inzake communicatiedienst of programmadienst, zie Houben 2011, onder par. 3; zie voor andere voorbeelden Houben & Nijland 2016, p. 72 par. 4.1 onder stap 2; Asser/Houben 7-X 2015.

Regelt de wet of overeenkomst niets omtrent de opzegbaarheid, dan wordt de opzegbaarheid geregeerd door de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW.[90] In grote lijnen is hieruit het volgende beeld ontstaan.[91]

Het is voor de vraag naar opzegging van belang een onderscheid te maken tussen duurovereenkomsten voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd. Een overeenkomst voor *bepaalde tijd* is in beginsel *niet* opzegbaar, tenzij anders is overeengekomen, de wet anders bepaalt of er sprake is van onvoorziene omstandigheden.[92] De Hoge Raad heeft ten aanzien van dit laatste punt het volgende overwogen in het arrest *Mondia/Calanda*:

> 'Een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst kan, zo tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging worden beëindigd. Weliswaar is niet geheel uitgesloten dat op dit beginsel een uitzondering wordt aangenomen, maar een dergelijke uitzondering kan slechts haar grond vinden in onvoorziene – dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.'[93]

Een overeenkomst voor *onbepaalde tijd* is in beginsel *wel* opzegbaar. Voor zover de overeenkomst noch de wet voorziet in de mogelijkheid tot opzegging, kan deze mogelijkheid voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid.[94] Redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat.[95] De Hoge Raad heeft inmiddels expliciet tot uitgangspunt genomen dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst in beginsel opzegbaar is, ook indien wet en overeenkomst niet voorzien in een opzeggingsregeling, maar de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen daaraan wel voorwaarden verbinden:

---

90 Hijma & Olthof 2017, nr. 493a.

91 Zie voor een helder uiteengezet stappenplan inzake opzegging van duurovereenkomsten: Houben & Nijland 2016, p. 72. Zie ook Houben 2011 onder par. 2.

92 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/408.

93 HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990/439 (*Mondia/Calanda)*, r.o. 3.2. Zie over dit arrest en de verhouding van deze beëindiging door opzegging ex art. 6:248 BW tot beëindiging door ontbinding door de rechter ex art. 6:258 BW: Beenders & Den Hollander 2010, p. 66 e.v. Beenders en Den Hollander maken geen onderscheid in de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij toepassing van art. 6:248 BW als grondslag voor de beëindiging van een duurovereenkomst voor bepaalde tijd, zie p. 68, 69.

94 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/408 en 409. Verdaas 2002 en De Vries 2007 wijzen beiden de contractvrijheid aan als grondslag voor opzegbaarheid van overeenkomsten van onbepaalde tijd.

95 HR 3 december 1999, *NJ* 2000/120 (*Latour/De Bruijn*) inzake een distributieovereenkomst, r.o. 3.6. Zie ook HR 21 april 1995, *NJ* 1995/437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*), r.o. 3.5.2 bij de beoordeling van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen.

> 'Het gaat te dezen om de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo'n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien, zoals hier, wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. De *eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond* voor de opzegging bestaat (HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000/120). Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde *opzegtermijn in acht moet worden genomen* of dat de opzegging *gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding*.'[96] [cursivering: SV]

De Hoge Raad heeft hier in een specifiek geval een nuancering aan toegevoegd, inhoudende dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst naar de bedoeling van partijen niet-opzegbaar kan zijn. De wederpartij van degene die zich op de niet-opzegbaarheid beroept kan zich onder omstandigheden beroepen op artikel 6:248 lid 2 en artikel 6:258 BW.[97] Op degene die betoogt dat de overeenkomst niet opzegbaar is rust de stelplicht en bewijslast. Drion meent dat inmiddels voor de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd 'een aardig en genuanceerd bouwwerkje tot stand is gekomen'.[98]

Vaak moet voor opzegging een termijn in acht worden genomen. Soms schrijft de wet dit voor, bijvoorbeeld bij de huur- of arbeidsovereenkomst. Ook de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen het hanteren van een opzegtermijn meebrengen. Bij de beoordeling van de vraag hoe lang de opzegtermijn moet zijn, moeten de wederzijdse belangen van partijen worden afgewogen.[99]

---

96 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, *NJ* 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*) m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.5.1. Zie ook HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverslaap*) r.o. 3.6. De Hoge Raad past de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid toe, zie noot Tjong Tjin Tai onder 2 en 3; Drion 2016a, p. 1399.

97 HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat c.s./Gemeente Amsterdam*), r.o. 3.3. Zie over deze uitspraak en de inpassing in het 'systeem' voor opzegging van duurovereenkomsten Houben & Nijland 2016, p. 70-77. Ik ben het met hen eens dat het 'waar de rechter eerst door uitleg de niet-opzegbaarheid in het contract heeft 'ingelezen', niet voor de hand liggend [lijkt] dat hij vervolgens op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid dat 'beding' weer buiten werking stelt', zie p. 74. Zie onder verwijzing naar *Stichting Gooisch Natuurreservaat c.s./Gemeente Amsterdam* ook HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*).

98 Drion 2016a, p. 1399. Zie voor nadere uitwerking van dit 'bouwwerkje' het recentste arrest van de Hoge Raad over opzegbaarheid in geval van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd: HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, r.o. 3.6.2-3.6.5.

99 HR 21 april 1995, *NJ* 1995/437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*), r.o. 3.6. Bij het bepalen van de lengte van de opzegtermijn kan bijv. worden gelet op de duur van de overeenkomst. Ook kan de lengte bijv. afhankelijk zijn van de tijd die voor de wederpartij redelijkerwijs nodig is om zich op de nieuwe situatie in te stellen. Van de Paverd 1999, p. 102 e.v. Zie voor vuistregels voorts: De Hoon 2010, p. 1338-1345; De Hoon 2012, p. 155 slot over een schake-

Een termijn is evenwel niet inherent aan opzegging.[100] Bij wet of bij overeenkomst kan worden bepaald dat opzegging zonder termijn kan geschieden, ook de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen dit meebrengen. In geval van opzegging wegens een dringende reden die directe beëindiging rechtvaardigt, is geen opzegtermijn vereist.

5.3.2 Wettelijke regeling van diverse benoemde overeenkomsten

De wet kent geen specifieke regeling voor de onderwijsovereenkomst en ook niet voor de opzegging daarvan. Voor bepaalde andere typen overeenkomsten is opzegging wel expliciet geregeld in de wet. Het is interessant een paar opzeggingsregelingen die in Boek 7 BW voor andere bijzondere overeenkomsten zijn vastgelegd, kort te belichten om een beeld te krijgen van welke regelingen er, naast het algemene kader, kunnen bestaan.[101] Ik behandel kort de hoofdlijnen van opzegging bij de huurovereenkomst, de arbeidsovereenkomst, de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de algemene overeenkomt van opdracht. De motieven om wettelijke bepalingen over opzegging in te voeren komen grotendeels overeen met de motieven om een overeenkomst wettelijk te regelen in Boek 7 BW.[102] De motieven hiervoor zijn in de eerste plaats de wettelijke regeling te laten dienen als aanvulling op het overeengekomene (regelend recht) en in de tweede plaats het bieden van dwingende wetsbepalingen, vooral ter bescherming van een van de partijen (dwingend recht).[103]

Opzegging van de huurovereenkomst van woonruimte is uitgebreid uitgewerkt in artikel 7:271 e.v. BW. Uit de leden 1 en 2 van artikel 7:271 BW volgt dat een huurovereenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd door beide partijen kan worden opgezegd tegen een voor de betaling van de huurprijs overeengekomen dag, mits deze dag in geval van een overeenkomst voor bepaalde tijd niet valt voor het verstrijken van de bepaalde tijd. Opzegging moet geschieden per exploot of aangetekende brief, zo vereist lid 3. Op grond van lid 4 moet de opzegging door de verhuurder op straffe van nietigheid de gronden vermelden. De opzeggingsgronden staan genoemd in artikel 7:274 lid 1 sub a-f BW, bijvoorbeeld: de huurder heeft zich niet gedragen zoals een goed huurder betaamt of de verhuurder maakt aannemelijk dat hij het verhuur-

ring in de afweging van de redelijkheid van de lengte van de opzegtermijn. Voor een opsomming van diverse relevante omstandigheden afgeleid uit rechtspraak, zie Visscher 2011, p. 150-153.

100 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/603.

101 De Hoon heeft in haar proefschrift uit 2005 in hoofdstuk 2 een overzicht van verschillende uiteenlopende opzeggingsregelingen in Boek 7 BW gegeven, zie De Hoon 2005, p. 15 e.v.

102 Houben 2011, onder par. 2.

103 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, en 6 Boek 7 titels, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 3, 4, 6 (TM); Asser/Houben 7-X 2015/33 e.v.; Houben 2011, onder par. 2, met verwijzing naar Hijma 1990, p. 740 en Wessels 2003, p. 94-101.

de dringend nodig heeft voor eigen gebruik. Wanneer het de huurder is die opzegt gelden dergelijke opzeggingsgronden niet, de huurder hoeft deze dus ook niet op straffe van nietigheid te vermelden. Lid 5 van artikel 7:271 BW regelt welke termijnen bij opzegging in acht moeten worden genomen. Zegt de verhuurder op en stemt de huurder hier niet mee in dan blijft de overeenkomst van rechtswege van kracht tot de rechter heeft beslist op een vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst. Daarbij stelt de rechter het tijdstip vast waarop de huurovereenkomst zal eindigen, zie hiervoor artikel 7:272 BW. De verhuurder kan deze vordering instellen indien hij zes weken na de opzegging geen schriftelijke mededeling heeft ontvangen van de huurder dat deze in de beëindiging toestemt. De rechter neemt vervolgens uitsluitend de in de opzegging vermelde gronden in aanmerking (art. 7:273 BW) en kan de vordering slechts toewijzen als zich een van de opzeggingsgronden uit artikel 7:274 BW zich voordoet.

Boek 7 BW kent ook voor de arbeidsovereenkomst een uitgebreide opzeggingsregeling. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in beginsel van rechtswege wanneer de tijd is verstreken.[104] Opzegging kan echter alsnog nodig zijn indien dit schriftelijk is overeengekomen of indien de wet of het gebruik opzegging vereist. Een en ander volgt uit artikel 7:667 lid 1 en 2 BW. Een overeenkomst voor bepaalde tijd kan slechts tussentijds worden opgezegd indien dit voor beide partijen schriftelijk is overeengekomen, aldus lid 3. Lid 6 regelt voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dat voorafgaande opzegging nodig is. Ingevolge artikel 7:669 BW kan een werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen indien er een redelijke grond voor is en herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In lid 3 sub a-h wordt aangegeven wat onder 'redelijke grond' wordt verstaan, bijvoorbeeld: verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer of een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de overeenkomst te laten voortduren. De wet somt ook verschillende opzegverboden op die ertoe leiden dat een werkgever niet geldig kan opzeggen, zie artikel 7:670 BW. In beginsel is voor een rechtsgeldige opzegging instemming van de werknemer vereist, er bestaan evenwel uitzonderingen, zie artikel 7:671 lid 1 BW. In artikel 7:677 BW is de opzegging wegens dringende reden oftewel ontslag op staande voet geregeld. De arbeidsovereenkomst kan in geval van een dringende reden onverwijld worden opgezegd. Het betreft een ingrijpende maatregel zodat er strenge eisen aan worden gesteld. Er moet sprake zijn van een dringende reden die leidt tot onverwijlde opzegging onder gelijktijdige mededeling van de reden en

104 Wel geldt een aanzegverplichting, die meebrengt dat de werkgever de werknemer uiterlijk een maand van tevoren schriftelijk moet informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, zie art. 7:668 BW.

daarnaast moet de werkgever rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.[105]

Voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst (een species van de overeenkomst van opdracht) regelt artikel 7:460 BW dat de hulpverlener, behoudens gewichtige redenen, de behandelingsovereenkomst niet kan opzeggen. Met het oog op het zwaarwegende belang van de gezondheid van de patiënt kan een behandelingsovereenkomst niet zomaar worden opgezegd.[106] Wat onder gewichtige redenen kan worden verstaan is niet in de wet uitgewerkt, maar zal afhangen van de omstandigheden van het geval, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis.[107] Een gewichtige reden kan zijn een ernstige verstoring van de relatie tussen patiënt en hulpverlener of het agressieve gedrag van de patiënt.[108] De beëindiging wordt beheerst door de eisen van de redelijkheid en billijkheid; onder omstandigheden, bijvoorbeeld als onmiddellijke voortzetting is vereist en uitstel van behandeling niet mogelijk is, zal de patiënt de hulpverlener op een adequate vervanging kunnen aanspreken.[109] De KNMG biedt in haar Standpunt 'Niet-aangaan of beëindiging van

105 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/425 e.v.; HR 12 februari 1999, *NJ* 1999/643 (*Van Essen/Schrijver*), r.o. 4.4: '(…) Een dringende reden voor de werkgever bestaat ingevolge art. 1639p in 'daden, eigenschappen of gedragingen' van de werknemer die ten gevolge hebben dat 'van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren'. Bij de beoordeling van de vraag óf van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is.'

106 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 561, nr. 6 (MvA), p. 67.

107 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3 (MvT), p. 42 onder art. 1653o; Te denken valt aan de omstandigheid dat de hulpverlener persoonlijke gevoelens heeft opgevat voor de patiënt en deze gemoedstoestand een goede hulpverlening belemmert of aan een verhuizing te ver van de praktijk van de huisarts vandaan. Ook kan worden gedacht aan beëindiging van de praktijk door de hulpverlener of verstoring van de vertrouwensband wegens ernstige meningsverschillen over de behandeling: zie *Kamerstukken II* 1990/91, 21 561, nr. 6 (MvA), p. 67.

108 Dreigend, feitelijk en verbaal agressief gedrag ten opzichte van personeel en patiënten: Rb. Den Haag 5 december 2001, *TvGR* 2002/31, p. 272-274, m.nt. Legemaate op p. 276-277. Zie voor dit voorbeeld en voor andere voorbeelden: Leenen e.a. (red.) 2014, p. 139. Stolker merkt in *T&C BW*, art. 7:460 BW, aant. 1, onder verwijzing naar Leenen (red.) e.a. 2014, par. 2.10, op: 'Uit (lagere) jurisprudentie blijkt dat de rechter zwaardere eisen stelt aan het beëindigen van de overeenkomst als er sprake is van ontoelaatbaar gedrag van naasten van de patiënt', zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 29 november 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD6616.

109 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 561, nr. 6 (MvA), p. 60.

de geneeskundige behandelingsovereenkomst' nadere handvatten en een leidraad voor toetsing van de vraag of het niet geven van hulp dan wel het opzeggen van de overeenkomst aanvaardbaar is en welke zorgvuldigheidsvereisten daarbij vervolgens in acht moeten worden genomen.[110] Gewezen wordt bijvoorbeeld op het herhaaldelijk aandringen en waarschuwen dat de patiënt zijn gedrag moet veranderen, het in acht nemen van een redelijke termijn, het voortzetten van medische noodzakelijke hulp, het bieden van hulp bij het vinden van een andere hulpverlener dan wel een passend alternatief. Opzegging door de patiënt is niet geregeld in een specifieke bepaling. Voor opzegging door de patiënt kan worden aangesloten bij het artikel dat geldt in het kader van de overeenkomst van opdracht in het algemeen. Uit artikel 7:408 lid 1 BW volgt dat de overeenkomst van opdracht door de opdrachtgever te allen tijde kan worden opgezegd.[111]

De algemene bepalingen ten aanzien van de overeenkomst van opdracht bevatten ook een regeling van de opzegging door de opdrachtnemer. Deze komt deels overeen met de zojuist besproken specifieke bepaling van opzegging door de hulpverlener. Wel is de algemene regeling anders geformuleerd. De professionele opdrachtnemer kan volgens de algemene regeling van opdracht 'behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts opzeggen indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt'. Dit laatste wil met andere woorden zeggen: slechts indien de overeenkomst eeuwig zou duren is de overeenkomst opzegbaar, zie artikel 7:408 lid 2 BW. Is er sprake van een overeenkomst voor bepaalde duur, daaronder begrepen de overeenkomst die door volbrenging eindigt, dan moet er – dus net als bij opzegging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst – sprake zijn van gewichtige redenen wil de opdrachtnemer kunnen opzeggen.[112]

5.3.3 Opzegging van een onderwijsovereenkomst?

Zoals besproken in paragraaf 3.3.6, kan ten aanzien van een onderwijsovereenkomst over het algemeen worden uitgegaan van een overeenkomst voor bepaalde tijd. Het zojuist geschetste algemene kader voor opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd brengt dan – voor het geval partijen niet expliciet een regeling hebben getroffen – op het eerste gezicht mee dat de

110 Zie onder par. 2 en 3, specifiek 2.3 en 3.3 van de KNMG-Richtlijn 'Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst' 2005, te raadplegen via: www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/behandelingsovereenkomst.htm.

111 'Te allen tijde' duidt erop dat er geen opzegtermijn in acht hoeft te worden genomen, al wordt meestal toch een korte termijn aangehouden, zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/165.

112 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/166. Zie nr. 168 voor voorbeelden van gewichtige redenen, waaronder: vertrouwensbreuk bij een opdracht waar een vertrouwensrelatie van belang is, mishandeling of bedreiging door de wederpartij of verhuizing.

onderwijsovereenkomst niet tussentijds kan worden opgezegd. Niet door de leerling en niet door de school.

De aard van de overeenkomst brengt echter anders mee, hetzij via de gewoonte hetzij via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (ex art. 6:248 lid 1 BW). In ieder geval geldt voor de leerling dat deze van school kan wisselen bij verhuizing of bij de behoefte aan een andere leeromgeving. En overigens zal gelden – ook voor de school – dat er sprake kan zijn van onvoorziene, niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten (*Mondia/Calanda*).

De opzegbevoegdheden bij de opdracht in het algemeen en bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst zouden als voorbeeld kunnen of mijns inziens moeten dienen voor de onderwijsovereenkomst. De leerling zou te allen tijde kunnen opzeggen en de school in geval van een onderwijsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen wanneer er sprake is van gewichtige redenen (vgl. art. 7:460 en art. 7:408 BW). Of sprake is van gewichtige redenen zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze gewichtige redenen hoeven niet per definitie te maken te hebben met het gedrag van de leerling, maar kunnen ook gelegen zijn bij de school. Zo kan een gewichtige reden bijvoorbeeld bestaan in noodzakelijke opheffing van een opleiding of van de school, te denken valt hierbij aan de krimp in het onderwijs. Naar analogie met de geneeskundige behandelingsovereenkomst zou in het onderwijs aanspraak op adequate vervanging vorm kunnen krijgen door de verplichting tot het vinden van een andere school. Een opzegtermijn zou kunnen worden benut om een andere school te vinden voor de leerling met wie de overeenkomst wordt opgezegd, met dien verstande dat deze termijn niet eerder afloopt dan dat vervanging is gevonden. Een ruime opzeggingsmogelijkheid aan de kant van de leerling sluit aan bij de huidige onderwijspraktijk.[113] Het vereisen van gewichtige redenen indien de school wil opzeggen, waarbij de omstandigheden van het geval en maatstaven van redelijkheid en billijkheid in acht moeten worden genomen past ook bij de onderwijspraktijk nu een leerling niet 'zo maar' op straat moet kunnen komen te staan maar er in beginsel op mag vertrouwen zijn opleiding te kunnen voortzetten. Gelet op de mijns inziens passende analogie, ga ik voor het vervolg dan ook van deze opzeggingsmogelijkheden uit.[114]

113 Vgl. Noorlander 2005, p. 293.

114 Hoewel ik de onderwijsovereenkomst niet als een overeenkomst van opdracht kwalificeer (par. 3.3.7), kan bij de geschetste opzeggingsregeling worden aangesloten.

5.4 VERWIJDERING VAN EEN LEERLING IN HET PRIMAIR EN VOORTGEZET ONDERWIJS

5.4.1 De bevoegdheid tot verwijdering van een leerling

Het bevoegd gezag van een school heeft de bevoegdheid om een leerling van school te verwijderen. Dit houdt in dat de leerling definitief geen toegang meer krijgt tot de school.[115] De leerling wordt zogezegd permanent niet toegelaten.[116] Het betreft net als schorsing een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag. Ook het beleid ten aanzien van verwijdering wordt overgelaten aan de school zelf.[117] De wet geeft niet aan in welke gevallen er verwijderd kan worden. Er staan dus geen verwijderingsgronden in de wet opgenomen. De school kan haar eigen beleid hieromtrent uitwerken in de schoolgids of, voor het voortgezet onderwijs, in het leerlingenstatuut.[118] De onderwijswetgeving geeft wel een aantal procedurele voorschriften die het bevoegd gezag in acht moet nemen alvorens het overgaat tot verwijdering en bij het verwijderen van een leerling.

Voordat ik op deze procedurele vereisten inga, is het relevant het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs in herinnering te roepen. Is het verwijderingsbesluit genomen door een *openbare* school, dan is er namelijk sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Op deze verwijderingsbeslissing is daardoor de Awb van toepassing en gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een leerling kan tegen een besluit tot verwijdering in bezwaar gaan bij het bestuursorgaan, te weten het bevoegd gezag dat het besluit heeft genomen.[119] Indien niet het gewenste resultaat wordt behaald,

115 Zie bijv. Drop 1985, p. 322: 'Als verwijdering moet worden aangemerkt de 'eenzijdige handeling van het bevoegd gezag van de school, waarbij aan een leerling de verdere toegang tot de school wordt ontzegd. Indien de leerling en de ouders instemmen met beëindiging van het volgen van het onderwijs is er geen sprake van verwijdering', aldus de Memorie van Toelichting op het Besluit avondscholen vwo/havo/mavo/meao.'

116 De school zal overgaan tot uitschrijving van de leerling. Zie hierover Storimans 2009, p. 81 e.v.

117 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.

118 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 Huisman & Zoontjens 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.

119 Zie voor het openbaar onderwijs de hierna te bespreken artikelen, art. 40 lid 12 Wpo, art. 27 lid 4 Wvo en art. 14 en 15 Inrichtingsbesluit Wvo.

kan vervolgens in beroep worden gegaan bij de *bestuursrechter*.[120] In het *bijzonder* onderwijs levert een beslissing tot verwijdering geen besluit in de zin van de Awb op.[121] De Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn dan ook in principe niet van toepassing. Wel kan er bezwaar worden gemaakt bij het bevoegd gezag.[122] Het geschil kan voorts worden voorgelegd aan de *civiele rechter*. Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter buigt zich dus over verwijderingsgeschillen, hierover straks meer.

5.4.2 Verwijdering in het primair onderwijs en voortgezet onderwijs: Wpo en Awb? Wvo, Inrichtingsbesluit Wvo en Awb?

De bevoegdheid tot verwijdering in het *primair* onderwijs is te vinden in artikel 40 Wpo. De procedurele vereisten die zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs uit dit artikel voortvloeien, zijn te vinden in lid 11. Zo zal voordat wordt besloten tot verwijdering het bevoegd gezag de betrokken groepsleraar moeten horen en kan definitieve verwijdering van een leerling niet plaatsvinden dan nadat het bevoegd gezag ervoor heeft zorg gedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten.[123] Deze laatste verplichting is opgenomen om te voorkomen dat leerlingen thuis komen te zitten en verstoken raken van onderwijs.

Indien tegen het verwijderingsbesluit van het bevoegd gezag van een openbare school bezwaar is gemaakt, besluit het bevoegd gezag in afwijking van artikel 7:10 Awb binnen vier weken, zo volgt uit lid 12 van artikel 40 Wpo.[124] Hoewel verwijdering door een bijzondere school geen besluit in de zin van de Awb oplevert, kan er wel tegen in bezwaar worden gegaan. Hierop ziet specifiek artikel 63 Wpo. De reden voor opname van dit artikel is gelegen in het gelijk trekken van de bezwaarprocedure in het bijzonder en openbaar onderwijs:

---

120 Niet bij de civiele rechter, zie Rb. Overijssel (vzr.) 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5712; Rb. Almelo 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873.

121 Rb. 's-Gravenhage 28 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0295; Rb. Haarlem (vzr.) 10 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI2360.

122 Zie voor het bijzonder onderwijs art. 63 Wpo en art. 14 en 15 Inrichtingsbesluit Wvo.

123 Onder een andere school kan ook worden verstaan een school voor speciaal onderwijs, een school voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs of een instelling voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs; zie art. 40 lid 11 Wpo. Lid 11 (destijds lid 10) is aangepast conform de verwijderingsprocedure in het voortgezet onderwijs. Eerst kon tot definitieve verwijdering worden overgegaan nadat het bevoegd gezag aantoonbaar gedurende acht weken zonder succes naar een andere school had gezocht. Inmiddels dient het bevoegd gezag in alle gevallen een nieuwe school te vinden voordat kan worden overgegaan tot verwijdering. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 76.

124 Gerekend vanaf de dag na die waarop de termijn voor het indienen van het bezwaarschrift is verstreken, zie art. 40 lid 12 Wpo.

> 'In paragraaf 1 van de algemene toelichting hierboven is uiteengezet dat instellingen van bijzonder onderwijs niet onder de werking van de Awb vallen. Om toch te bereiken dat een aantal bestuurlijke normen (hoorverplichtingen, motiveringsplicht, beroeps– en bezwaartermijnen) gelijkelijk gelden voor openbaar en bijzonder onderwijs, worden die normen, die voor het openbaar onderwijs voortaan in de Awb zijn te vinden, voor het bijzonder onderwijs als aparte bestuurlijke voorschriften in de wet opgenomen. Het voorgestelde artikel 42a [inmiddels art. 63 Wpo; SV] biedt hiervan een voorbeeld. Dit artikel bevat dezelfde motiverings- en hoorverplichtingen alsmede bezwaartermijn voor het bijzonder onderwijs als die welke, deels na schrapping ervan uit de artikelen 22 en 24 Wbo [inmiddels art. 40 Wpo; SV], ingevolge de Awb voor het openbaar onderwijs gelden.'[125]

In de leden 2 en 3 van artikel 63 Wpo zijn nog meer procedurele voorschriften te vinden ten aanzien van scholen in het bijzonder onderwijs. Expliciet wordt vermeld dat voordat het bevoegd gezag van een bijzondere school beslist tot verwijdering het de ouders van de leerling moet horen.[126] Gaat het bevoegd gezag over tot verwijdering dan deelt het de beslissing daartoe schriftelijk en met redenen omkleed mede door toezending of uitreiking aan de ouders.[127] Daarbij moet tevens worden vermeld dat ouders binnen zes weken na de mededeling bij het bevoegd gezag hun bezwaren tegen de beslissing kenbaar kunnen maken. Het bevoegd gezag beslist net als in het openbaar onderwijs binnen vier weken na ontvangst van de bezwaren en voordat het hierover beslist hoort het bevoegd gezag de ouders.

In tegenstelling tot het bijzonder onderwijs bevat de Wpo dergelijke voorschriften niet voor het openbaar onderwijs. Op het handelen van de openbare school zijn de Awb en (de daarin te vinden) algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Voor het openbaar onderwijs is het horen van de ouders alvorens het verwijderingsbesluit te nemen, terug te voeren op artikel 3:2 Awb waarin staat dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent relevante feiten en af te wegen belangen vergaart en op artikel 4:8 Awb waarin staat dat de belanghebbende de gelegenheid moet worden gegeven zijn zienswijze naar voren te brengen. Het schriftelijk en met redenen omkleed mededelen aan de ouders van het besluit tot verwijdering is terug te vinden in een samenspel van de artikelen 1:3, 3:41,

---

125 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 67 onder F, zie ook hierna C.

126 Betreffende dit horen van de ouders: naar mijn idee moet in art. 63 lid 2 'dat artikellid' verwijzen naar art. 40 waarin de mogelijkheid tot verwijdering benoemd staat en niet naar lid 3 van art. 63 zoals de verwijzing nu suggereert. Daarnaast kunnen naar mijn idee de leden 2 en 3 van art. 63 een stuk duidelijker worden opgebouwd. Om nog een stapje verder te gaan: dergelijke vereisten zouden in art. 40 Wpo voor het bijzonder en openbaar onderwijs gezamenlijk kunnen worden genoemd.

127 Het bevoegd gezag neemt de beslissing zo spoedig mogelijk, zo staat er in lid 2.

3:46 en 3:47 Awb.[128] De verplichting tot het horen van de ouders alvorens de beslissing op bezwaar te nemen volgt uit artikel 7:2 Awb.[129]

Voor invoering van de Awb stonden deze voorschriften voor het openbaar onderwijs wel expliciet in de Wpo vermeld. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt: 'Hoewel het vanzelfsprekend moet zijn dat een ingrijpende maatregel als verwijdering niet buiten de ouders om geschiedt, is dit uitdrukkelijk vermeld'. De verplichting tot het horen van de ouders werd bijvoorbeeld expliciet vermeld in artikel 24 Wet op het basisonderwijs (Wbo inmiddels art. 40 Wpo) dat ook voor het openbaar onderwijs gold.[130] Met de invoering van de Eerste Tranche van de Awb is – onder andere met het oog op een overzichtelijker bestuursrecht en het bevorderen van eenheid binnen het bestuursrecht – besloten om uit andere wetten waaronder de Wbo dergelijke voor het openbaar onderwijs toch al van toepassing zijnde bestuurlijke normen te schrappen.[131] Gevolg hiervan is dat een deel van de procedurele vereisten voor het openbaar onderwijs niet in de Wpo, maar in de Awb terug te vinden is en voor het bijzonder onderwijs verspreid in de Wpo. Mijns inziens is met deze versnippering en verspreiding de verwijderingsregeling voor het openbaar en bijzonder onderwijs er niet overzichtelijker op geworden. Mijn voorkeur zou er naar uitgaan om de procedurele vereisten die er voor het openbaar en bijzonder onderwijs bestaan expliciet te vermelden in een en hetzelfde artikel, ook als dit een gedeeltelijke herhaling betekent van wat er in de Awb voor het openbaar onderwijs staat. Gelet op het ingrijpende karakter van een verwijderingsmaatregel kan het bieden van helderheid en eenheid voor het openbaar en bijzonder onderwijs geen kwaad.

In het voortgezet onderwijs zijn de mogelijkheid tot verwijdering en de procedurele vereisten hiervoor in verschillende regelingen te vinden, te weten

---

128 Art. 1:3 lid 1 Awb geeft aan dat onder besluit wordt verstaan 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. Art. 3:41 lid 1 Awb luidt: 'De bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.' Op grond van art. 3:46 Awb dient een besluit te berusten op een deugdelijke motivering en art. 3:47 lid 1Awb vereist dat de motivering wordt vermeld bij de bekendmaking van het besluit.

129 Art. 7:2 lid 1 Awb vereist dat voordat een bestuursorgaan op het bezwaar beslist, het belanghebbenden in de gelegenheid stelt te worden gehoord.

130 *Kamerstukken II* 1976/77, 14 428, nr. 3 (MvT), p. 48.

131 Zie over het schrappen van bepalingen *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3 p. 6 e.v. (par. 1.2) en p. 59. 'De plichten tot motivering en bekendmaking in de derde volzin van het eerste lid kunnen vervallen wegens de artikelen 4.1.4.1 [huidige 3:46 Awb] en 3.5.2 van de Awb [huidige 3:41 Awb]. In de vierde volzin hoeft het horen van de ouders niet langer te worden voorgeschreven, aangezien artikel 4.1.2.1 van die wet [huidige 4:7 Awb, al lijkt dit mij 4.1.2.2 en dus 4:8 Awb te moeten zijn; SV] daarin reeds voorziet. De hier geschrapte regels blijven in de Wbo gehandhaafd voor het bijzonder onderwijs. Zie het voorgestelde artikel 42a, tweede lid, en de toelichting daarop, hierna onder F.', zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 67 onder C. Deze passage ziet volgens mij op artikel 24 Wbo, zoals weergegeven in *Kamerstukken II* 1978/79, 14 428, nrs. 5-8 (gewijzigd voorstel van wet).

in de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo. Wel wordt de verwijdering in de betreffende bepalingen voor het openbaar en bijzonder onderwijs op dezelfde wijze ingekleed. Ook worden bepaalde vereisten voor het openbaar onderwijs expliciet benoemd, ook al volgen zij ook al uit de Awb.

Artikel 27 lid 1 Wvo regelt de verwijderingsbevoegdheid in het voortgezet onderwijs. Daarin wordt vermeld dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorschriften omtrent verwijdering kunnen worden vastgesteld. Dit is gebeurd in het Inrichtingsbesluit Wvo.[132] Artikel 27 lid 1 Wvo bepaalt verder dat definitieve verwijdering van een leerling waarop de Leerplichtwet van toepassing is niet plaatsvindt dan nadat het bevoegd gezag heeft zorggedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten.[133]

In de artikelen 14 en 15 van het Inrichtingsbesluit Wvo zijn nadere procedurele vereisten neergelegd die gelden bij verwijdering. Lid 1 van artikel 14 Inrichtingsbesluit Wvo brengt mee dat het bevoegd gezag vóór het nemen van het verwijderingsbesluit eerst de leerling, en indien de leerling nog geen 18 jaar is ook diens ouders,[134] in de gelegenheid dient te stellen te worden gehoord. Het eerste lid voorkomt voorts dat een leerling op grond van onvoldoende vorderingen in de loop van een schooljaar wordt verwijderd.[135] Lid 2 van artikel 14 Inrichtingsbesluit Wvo bepaalt dat definitieve verwijdering van een leerplichtige leerling slechts na overleg met de inspectie geschiedt. Wel kan de leerling hangende dit overleg worden geschorst. Het overleg strekt er mede toe na te gaan op welke andere wijze de betrokken leerling onderwijs zal kunnen volgen, zo volgt eveneens uit lid 2. Indien wordt overgegaan tot een definitieve verwijdering stelt het bevoegd gezag de inspectie hiervan schriftelijk en met opgave van redenen in kennis, aldus lid 3 van artikel 14 Inrichtingsbesluit Wvo.[136]

Uit artikel 15 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo volgt dat het besluit tot definitieve verwijdering van een leerling schriftelijk en met opgave van redenen aan de leerling en, indien deze nog niet de leeftijd van 21 jaren heeft bereikt, ook aan diens ouders[137] moet worden bekendgemaakt. Hierbij dient ook de in-

---

132 Dit Inrichtingsbesluit (Stb. 1993, 207) heeft de vroegere afzonderlijke besluiten, het Besluit dagscholen v.w.o.-h.a.v.o-m.a.v.o. waarvan art. 16 over verwijdering gaat (Stb. 1967, 526) en het Besluit l.b.o./l.a.v.o. waarvan art.10 en 11 over verwijdering gaan (Stb.1973, 167), vervangen, zie Stb. 1993, 207 Nota van Toelichting onder het kopje 'Algemeen' op p. 1.

133 Of een school voor voortgezet speciaal onderwijs, een school voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs, een instelling voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs dan wel een instelling als bedoeld in art. 1, onder c, van de Lpw 1969, zie art. 27 lid 1 Wvo.

134 Of diens voogden of verzorgers, zie art. 14 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo.

135 Eventueel kan verwijdering wel aan het eind van het jaar; sommige scholen hanteren de regel dat niet twee keer in dezelfde klas mag worden gedoubleerd.

136 Art. 28 Wvo vereist dat ook de gemeente op de hoogte gebracht wordt wanneer een niet-leerplichtige leerling van jonger dan 23 jaar die niet in het bezit is van een vwo of havo diploma of van een diploma in de zin van de Web (zoals in art. 28 Wvo benoemd) wordt verwijderd.

137 Of diens voogden of verzorgers, zie art. 15 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo.

houd van het tweede lid te worden vermeld, inhoudende dat belanghebbenden binnen zes weken na de bekendmaking bezwaar kunnen maken bij het bevoegd gezag. Lid 3 brengt mee dat het bevoegd gezag in overeenstemming met artikel 27 lid 4 Wvo – dat specifiek voor het openbaar onderwijs geldt – binnen vier weken na ontvangst van het bezwaarschrift beslist in plaats van binnen zes weken zoals artikel 7:10 Awb vermeld. Voordat het bevoegd gezag op het bezwaar beslist, zal het de leerling en, indien deze nog niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, ook diens ouders in de gelegenheid moeten stellen te worden gehoord en moeten zij kennis hebben kunnen nemen van de op het besluit betrekking hebbende adviezen of rapporten. Het bevoegd gezag kan de desbetreffende leerling, gedurende de behandeling van het bezwaar de toegang tot de school ontzeggen, aldus lid 4 van artikel 15 Inrichtingsbesluit Wvo.

Deze artikelen gelden zowel voor het openbaar als het bijzonder voortgezet onderwijs. Voor het bijzonder onderwijs zijn geen aparte specifieke regels opgenomen in de Wvo of het Inrichtingsbesluit Wvo. Hoewel er net als in het bijzonder primair onderwijs geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb kan er wel in bezwaar worden gegaan bij het bevoegd gezag. In het openbaar voortgezet onderwijs resulteert een verwijderingsbesluit net als in het primair openbaar onderwijs wél in een besluit in de zin van de Awb. Hierop zijn daarom naast genoemde artikelen de Awb en de (daarin neergelegde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Denk aan het zorgvuldig nemen van het besluit, het daartoe afwegen van de betrokken belangen, het deugdelijk motiveren en mededelen. Ook een bijzondere school dient deze vereisten in acht te nemen, al gelden deze elementen daar niet als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De regeling omtrent verwijdering in het primair onderwijs kent inhoudelijk overeenkomsten met die in het voortgezet onderwijs, maar ook verschillen. In het primair onderwijs staat expliciet genoemd dat de leerkracht gehoord moet worden terwijl in het voortgezet onderwijs de Inspectie van het onderwijs betrokken moet worden. Ten behoeve van het overzicht heb ik de vereisten die zijn terug te vinden in de onderwijswetten in twee tabellen geplaatst.

Tabel 1: Voorschriften uit de Wpo omtrent verwijdering in het primair openbaar en bijzonder onderwijs

Betrokken groepsleraar horen alvorens te beslissen tot definitieve verwijdering	Art. 40 lid 11 Wpo
Andere school vinden die bereid is de leerling toe te laten	Art. 40 lid 11 Wpo
Voordat tot verwijdering wordt overgegaan horen van de ouders	Bijz. ond.: Art. 63 lid 2 Wpo (Openb. ond.: Art. 3:2 en 4:8 Awb)
Schriftelijk en met redenen omkleed mededelen door toezending of uitreiking aan ouders	Bijz. ond.: Art. 63 lid 2 Wpo (Openb. ond.: Art. 1:3, 3:41, 3:46 en 3:47 Awb)
Binnen 6 weken kunnen ouders bezwaren kenbaar maken + indien bezwaar is gemaakt besluit het bevoegd gezag binnen 4 weken + alvorens te beslissen hoort het de ouders	Bijz. ond.: Art. 63 lid 3 Wpo (Openb. ond.: Art. 40 lid 12 Wpo jo. o.a. art. 6:7 en 7:2 Awb)

Tabel 2: Voorschriften uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo omtrent verwijdering in het voortgezet openbaar en bijzonder onderwijs

Andere school vinden die bereid is de leerling toe te laten	Art. 27 lid 1 Wvo
Alvorens te verwijderen de leerling en indien < 18 jaar ook diens ouders in gelegenheid stellen te worden gehoord	Art. 14 lid 1 Inr. Wvo
Leerling wordt op grond van onvoldoende vorderingen niet in de loop van het jaar verwijderd	Art. 14 lid 1 Inr. Wvo
Verwijdering slechts mogelijk na overleg met inspectie (leerling kan hangende dit overleg worden geschorst, overleg gericht op welke andere wijze van onderwijs)	Art. 14 lid 2 Inr. Wvo
Inspectie schriftelijk en met opgave van redenen in kennis stellen in geval van definitieve verwijdering	Art. 14 lid 3 Inr. Wvo
Schriftelijk en met opgave van redenen mededelen aan leerling en indien < 21 jaar ook aan diens ouders	Art. 15 lid 1 Inr. Wvo

Mededelen mogelijkheid binnen 6 weken in bezwaar + bevoegd gezag beslist binnen 4 weken + alvorens te beslissen op bezwaar leerling en indien < 18 jaar ook diens ouders in de gelegenheid stellen te worden gehoord, ook moeten zij kennis hebben kunnen nemen van de op het besluit betrekking hebbende adviezen of rapporten + mogelijkheid leerling gedurende bezwaar toegang tot de school ontzeggen	Art. 15 lid 2 en 3 (jo. art. 27 lid 4 Wvo) en lid 4 Inr. Wvo

Net als voor schorsing van een leerling heeft Noorlander zes inhoudelijke voorwaarden omschreven voor het opleggen van de ordemaatregel van verwijdering, zie voor deze voorwaarden paragraaf 4.3. Een van deze zes voorwaarden behelst dat het bevoegd gezag van de school het evenredigheidsbeginsel in acht dient te nemen.[138] Het evenredigheidsbeginsel splitst Noorlander uit in de geschiktheid van de maatregel, proportionaliteit en subsidiariteit. De maatregel moet volgens Noorlander allereerst geschikt 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.[139] Ook benoemt hij in dit kader dat de maatregel niet in wanverhouding mag staan tot het beoogde gevolg.[140] Ik ga er vanuit dat hij bedoelt dat de school streeft naar evenredigheid. In de regel zal er volgens Noorlander aan verwijdering een waarschuwing vooraf moeten gaan, al kan in extreme gevallen verwijdering zonder voorafgaande waarschuwing plaatsvinden.[141] Subsidiariteit vergt dat, indien er meerdere geschikte middelen ter beschikking staan, het minst vergaande of belastende middel wordt gekozen.[142]

5.4.3 Waarom overgaan tot verwijdering?

Verwijdering wordt evenals schorsing omschreven als een formele ordemaatregel of tuchtmaatregel.[143] Het doel lijkt niet straffen te zijn, maar het waar-

138 Noorlander 2008a, p. 8 e.v.; Huisman & Noorlander 2009, p. 133 e.v.

139 Vgl. Huisman (red.) 2017, p. 135: 'Een belangrijk aspect of beginsel bij (definitieve) verwijdering is proportionaliteit of evenredigheid: staat de zwaarte van de sanctie in verhouding tot de begane misstap'.

140 Vgl. Bröring 2016, p. 381 over art. 3:4 lid 2 Awb in algemene zin: 'niet onevenredig' is iets anders dan 'evenredig', het gaat om het niet bestaan van wanverhouding. Zie bijv. ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3421waarin de Raad van State overweegt dat de rechtbank gelet op de motivering van het bestuur terecht heeft geoordeeld dat het besluit tot verwijdering *niet onevenredig* was.

141 Noorlander 2008a, p. 7; Huisman (red.) 2017, p. 136.

142 Noorlander 2008a, p. 9-10.

143 Noorlander 2008a, p. 5; Huisman & Noorlander 2009, p. 125; Huisman (red.) 2017, p. 131.

borgen van de orde, rust en veiligheid op school.[144] Een school mag zelf aangeven in welke gevallen zij tot verwijdering over gaat. In de literatuur wordt door Noorlander en in navolging van hem ook anderen aangegeven dat 'verwijdering in algemene zin kan plaatsvinden wanneer een leerling door zijn wangedrag een ernstige bedreiging vormt voor de orde, rust en veiligheid op school en daarmee een belemmerend effect heeft op de voortgang van onderwijsactiviteiten op de school.'[145] Uit de parlementaire geschiedenis heb ik de ratio van de mogelijkheid tot verwijdering niet kunnen achterhalen. Wel valt in de reactie op de vraag naar de verhouding tussen artikel 29 Wbo (thans art. 46 Wpo) en artikel 24 Wbo (thans art. 40 Wpo) in de Memorie van Antwoord bij de Wbo het volgende te lezen:

> 'De strekking van artikel 29, tweede lid, gaat niet verder dan dat een bepaalde godsdienst of levensovertuiging nooit grond mag zijn om de toegang tot het openbaar onderwijs te ontzeggen. Wanneer er echter *sprake is van ernstige verstoring van de rust of veiligheid op een school door een leerling*, speelt artikel 29, tweede lid, geen rol en kan de leerling op grond van artikel 24 de toegang worden ontzegd. (…) De toelating en verwijdering is dermate essentieel dat een summiere bepaling zowel voor openbaar als voor bijzonder onderwijs niet mag ontbreken.'[146] [cursivering: SV]

In het rapport 'Schorsingen en verwijderingen in het voortgezet onderwijs' is terug te vinden dat de meest voorkomende redenen voor verwijdering net als voor schorsing zijn: fysiek geweld tegen medeleerlingen, verbaal geweld tegen personeel en storend gedrag binnen de lessen waardoor het leerproces wordt belemmerd.[147] Intimidatie of bedreiging met fysiek geweld tegen medeleerlingen vormt ook een belangrijke reden. Waarborgen van orde, rust en veiligheid lijkt dus inderdaad als doel aangemerkt te kunnen worden.

Wanneer er een geschil over verwijdering ontstaat kunnen leerlingen en/of ouders zich tot verschillende instanties richten. Zo kan er een klacht worden gericht aan de klachtencommissie van de school,[148] of aan de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs (*LKC*) waarbij de school mogelijk is aangesloten.[149] Dit is een andere mogelijkheid dan in bezwaar gaan bij het bevoegd gezag of in beroep gaan bij de rechter. Ook kunnen ouders naar de Geschillencommissie passend onderwijs (*GPO*) stappen: een tijdelijke landelijke commissie

144 Vgl. ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3421, r.o. 7.2 '(…) De verwijdering is niet gericht op bestraffing, maar dient naar nationaal recht als een ordemaatregel te worden aangemerkt'.

145 Noorlander 2008a, p. 6; Huisman & Noorlander 2009, p. 129; Huisman (red). 2017, p. 134.

146 *Kamerstukken II* 1979/80, 14 428, nr. 12 (MvA), p. 40.

147 In het schooljaar 2015-2016, zie 'Factsheet schorsingen en verwijderingen in het voortgezet onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, Tabel 6, p. 5 en Tabel 16, p. 13, gepubliceerd in januari 2017. Er is daarnaast een grote categorie 'anders', die niet nader is ingedeeld.

148 Zie in dit verband art. 14 Wpo; art. 24b Wvo.

149 Zie: www.onderwijsgeschillen.nl/commissie/landelijke-klachtencommissie-onderwijs-lkc.

voor toelating en verwijdering ingesteld bij invoering van het passend onderwijs.[150] Beide commissies ressorteren onder de Stichting Onderwijsgeschillen. De Stichting Onderwijsgeschillen staat in haar Themabrief Passend onderwijs van maart 2016 uitgebreid stil bij de verwijdering van leerlingen. In algemene termen omschrijven zij de verschillende redenen die aan verwijdering ten grondslag kunnen liggen, zoals 'wangedrag van de leerling', 'wangedrag van de ouders' en 'handelingsverlegenheid van de school'.[151]

Vaak zal het eigen gedrag van de leerling aanleiding zijn voor de verwijdering. In schoolgidsen – en in onderwijsrechtelijke literatuur – wordt wel gebruik gemaakt van het begrip 'ernstig wangedrag' dat tot verwijdering kan leiden, hetgeen soms nader wordt ingevuld. Van dit begrip valt naar mijn idee geen vaste omschrijving te geven. Het komt wel voor in de parlementaire geschiedenis: 'Met verwijdering is hier niet bedoeld de overgang naar een school voor speciaal onderwijs maar bijvoorbeeld verwijdering wegens *wangedrag*'.[152] Het begrip wordt echter niet nader omschreven. Noorlander tracht een omschrijving te geven, door aan te geven dat wangedrag in de verwijderingscontext 'kan worden omschreven als gedrag dat niet meer hanteerbaar is voor de school en op enig moment ten koste gaat van leerkrachten en leerlingen.'[153] Hij sluit aan bij de bestuursrechtelijke uitspraak van de Rechtbank Haarlem 13 juni 2005.[154] De rechter legt in dat specifieke geval het begrip wangedrag zoals gehanteerd door de school uit als onhanteerbaar gedrag, hoewel wangedrag in spraakgebruik gelijk staat aan laakbaar gedrag:

> 'De rechtbank is van oordeel dat, ofschoon wangedrag naar normaal spraakgebruik gelijk staat aan laakbaar gedrag, een redelijke wetsuitleg met zich brengt dat verwijdering ook toelaatbaar is, indien omstandigheden die buiten de directe invloedssfeer van de leerling zelf liggen, nopen tot het oordeel dat probleemgedrag overgaat in voor de school onhanteerbaar gedrag, mits niet gezegd kan worden dat de school in verzuim is geweest om te voorkomen dat het gedrag onhanteerbaar is geworden. De rechtbank is van oordeel dat deze situatie zich heeft voorgedaan en verweerder derhalve bevoegd was [de zoon] te verwijderen. Het begrip wan-

150 Art. 43 Wpo, art. 27c Wvo, art. 44 Wec. Zie: onderwijsgeschillen.nl/commissie/geschillen commissie-passend-onderwijs-gpo. Er komen zowel geschillen over verwijdering van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte als zonder een dergelijke behoefte voor de GPO. Het advies dat de GPO uitbrengt is niet bindend voor het schoolbestuur. Zie over deze commissie en de adviezen Sperling & Wigger 2016, p. 4-11. Zie in dit verband ook het rapport 'Doet de geschillencommissie voor passend onderwijs ertoe?', Regioplan Amsterdam, mei 2017, publicatienr. 16056.

151 'Themabrief passend onderwijs: verwijdering van leerlingen', Onderwijsgeschillen maart 2016, p. 1. Te raadplegen via onderwijsgeschillen.nl/actueel/themabrief-passend-onderwijs-over-verwijdering-van-leerlingen.

152 *Kamerstukken II* 1976/77, 14 428, nr. 3 (MvT), p. 48.

153 Noorlander 2008a, p. 6. Zie ook Huisman (red.) 2017, p. 134.

154 Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498, r.o. 2.11-2.13.

gedrag in het bestreden besluit wordt derhalve door de rechtbank uitgelegd als onhanteerbaar gedrag.'[155]

Naar mijn idee valt hieruit niet een algemene omschrijving van het begrip wangedrag af te leiden, maar een indicatie voor een reden om tot verwijdering over te gaan, geeft deze overweging wel. Wangedrag lijkt in het spraakgebruik te slaan op verwijtbaar handelen. Echter ook indien het gedrag niet zo zeer de leerling te verwijten valt vanwege omstandigheden die buiten de invloedssfeer van het kind liggen – en er dus in beginsel niet gesproken zal worden van wangedrag – kan verwijdering mogelijk toelaatbaar worden geacht. Denk aan gevallen waarin de leerling een stoornis heeft die leidt tot handelingsverlegenheid van de school wegens het niet meer kunnen voorzien in de zorgbehoefte en het niet langer kunnen handhaven van het probleemgedrag van een leerling. Ook komt het in praktijk voor dat scholen leerlingen verwijderen wegens het gedrag van de ouders. Het hoeft niet per definitie om structureel gedrag te gaan, ook één specifieke gedraging zou kunnen leiden tot verwijdering.

De school kan ook tot verwijdering overgaan omdat een leerling reeds twee keer gedoubleerd heeft. Veel scholen hanteren het beleid dat een kind niet vaker dan twee keer een klas mag overdoen.

Leerlingen en/of ouders zijn het met de verwijdering niet altijd eens en kunnen zich naast de klachtencommissies tot de rechter wenden. In de rechtspraak is een gekleurd palet aan verwijderingsgeschillen te vinden. Hoe ziet de rechterlijke beoordeling of toetsing van een verwijderingsbesluit eruit?

5.4.4 Verwijderingsgeschillen voor de rechter

5.4.4.1 Verwijderingsgeschillen voor de bestuursrechter

De bestuursrechter buigt zich over verwijderingsgeschillen in het openbaar onderwijs (en de civiele rechter over verwijderingsgeschillen in het bijzonder onderwijs, zie par. 5.4.4.2). Ik heb diverse bestuursrechtelijke uitspraken onderzocht en daar kenmerkende punten uit afgeleid. Een aantal zaken draaide om de vraag of er sprake was van een besluit tot verwijdering of niet en dientengevolge of de bestuursrechter of de civiele rechter bevoegd was. De overige zaken heb ik geclusterd naar de aanleiding voor verwijdering. Dit heeft tot vier categorieën geleid, te weten: geweld (lichamelijk of verbaal),[156] vertrou-

155 Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498, r.o. 2.13.

156 ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3421; Rb. Midden-Nederland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3418; ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1389; Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5324; Grensvlak schorsing Rb. Rotterdam (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604; Rb. Amsterdam 2 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6526; ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9454; Rb. 's-Her-

wensbreuk (diverse oorzaken),[157] handelingsverlegenheid (aan de kant van de school)[158] en wangedrag van ouders.[159] Sommige zaken vallen onder meerdere categorieën tegelijk. Over het geheel genomen houdt het verwijderingsbesluit vaak stand na beoordeling door de bestuursrechter en wordt een verwijderingsbesluit niet snel vernietigd.[160]

Wat opvalt is dat de bestuursrechter in zijn uitspraken eerst de relevante artikelen uit de Wpo (art. 40) of de Wvo (art. 27) en het Inrichtingsbesluit Wvo (art. 14 en 15) benoemt. Dit doet hij waarschijnlijk om helder te krijgen en te kunnen toetsen waarop de bevoegdheid tot verwijdering is gebaseerd en welke wettelijke vereisten gelden bij uitoefening van die verwijderingsbevoegdheid. Naast datgene waar de betreffende onderwijswet toe verplicht bij het nemen van dit besluit moet het bevoegd gezag van een openbare school zich houden aan de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan sommige zijn opgenomen in de Awb. Deze voorschriften en beginselen zijn reeds aangestipt in de vorige paragraaf. Een nadere schets helpt om de beoordeling door de bestuursrechter te kunnen plaatsen.

Bij de voorbereiding en totstandkoming van een verwijderingsbesluit dient het bevoegd gezag zorgvuldig te werk te gaan. De kennis omtrent relevante feiten en de af te wegen belangen moet zorgvuldig worden vergaard (art. 3:2 Awb, formele zorgvuldigheidsbeginsel).[161] Zo moet het bevoegd gezag vol-

---

togenbosch (vzr.) 5 juni 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA7375; ARRvS (vz.) 13 februari 1990, *KG* 1990, 117.

157 Wegens inbraak op computer: Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7166; of schoolverzuim: ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7767 in vervolg op Rb. Arnhem 8 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW5134; zie verder ABRvS 22 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2383.

158 Niet kunnen voorzien in de zorgbehoefte van de leerling en gedrag(sproblemen) volgens de school niet langer te handhaven: Rb. Overijssel (vzr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:592; Rb. Dordrecht 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG3557 De Afdeling acht het hoger beroep wel gegrond, maar de gevolgen van het besluit worden in stand gelaten, ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3411; Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498 in vervolg op Rb. Haarlem (vzr.) 18 maart 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO5991; Rb. Rotterdam (vzr.) 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379; Rb. Almelo (vzr.) 27 augustus 2004, ECLI:NL:RBALM:2004:AQ8307.

159 Rb. Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5047; Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058 met vervolg ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1034; Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260; Rb. Arnhem (vzr.) 27 januari 2000, ECLI:NL:RBARN:2000:AA4718; ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140.

160 Zaken uit voornoemde categorieën waarin het beroep gegrond werd verklaard, het bestreden besluit werd vernietigd dan wel een verzoek om voorlopige voorziening werd toegewezen: Rb. Rotterdam (vzr.) 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379; Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260; Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA7375; Grensvlak schorsing Rb. Rotterdam (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604; Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015 ECLI:NL:RBROT:2015:7166.

161 Voor het onderscheid tussen het formele en materiële zorgvuldigheidsbeginsel: Barkhuysen e.a. 2014, p. 102; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 327; Schlössels e.a. 2013, p. 177 e.v.

doende onderzoek doen naar hetgeen zich heeft voorgedaan. Het bevoegd gezag moet inventariseren welke belangen moeten worden meegenomen en afgewogen. De leerling en/of ouders moeten in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord (art. 4:8 Awb en art. 14 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo), zo kunnen de belangen in kaart worden gebracht. In het primair onderwijs is het bevoegd gezag daarnaast verplicht de leerkracht te horen (art. 40 lid 11 Wpo). Het bevoegd gezag moet vervolgens de rechtstreeks bij het verwijderingsbesluit betrokken belangen daadwerkelijk afwegen (art. 3:4 lid 1 Awb). Het mag alleen die belangen in zijn oordeel meenemen die rechtstreeks relevant zijn in verband met het doel waartoe de bevoegdheid is verleend (specialiteitsbeginsel).[162] Het besluit moet voldoende gemotiveerd worden (art. 3:46 en 3:47 Awb). Hier zal het bevoegd gezag zijn belangenafweging zichtbaar moeten maken. Bij de belangenafweging zal het bevoegd gezag het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen: de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb). Ook bij de belangenafweging zelf geldt dat het bevoegd gezag dus zorgvuldig moet handelen (materiële zorgvuldigheidsbeginsel).[163] Het bevoegd gezag moet in het voortgezet onderwijs vóór verwijdering overleggen met de inspectie (art. 14 lid 2 Inrichtingsbesluit Wvo) en dient zowel in het primair als in het voortgezet onderwijs eerst een andere school bereid gevonden te hebben die de leerling wil toelaten (art. 40 lid 11 Wpo en art. 27 lid 1 Wvo).

In de beoordeling van de bestuursrechter zie je meerdere van bovenstaande elementen terugkomen. De bestuursrechter benadrukt in een aantal verwijderingsuitspraken dat het bevoegd gezag bij de verwijdering van een leerling de grootst mogelijke zorgvuldigheid moet betrachten.[164] De feiten en belangen

---

162 Gerards 2007, p. 102. Zie voorts Barkhuysen e.a. 2014, p. 104; Schlössels e.a. 2013, p. 182 zie verder voor het specialiteitsbeginsel p. 70.

163 Zie o.a. over het materiële zorgvuldigheidsbeginsel: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 327 e.v. die op eigen wijze het materiële zorgvuldigheidsbeginsel nader in twee hoofdaspecten onderscheiden; Barkhuysen e.a. 2014, p. 102; Schlössels e.a. 2013, p. 183;

164 M.n. in geval van handelingsverlegenheid maar ook daarbuiten: Rb. Overijssel (vzr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:592, r.o. 6.1: *'De voorzieningenrechter overweegt dat bij verwijdering van een leerling de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te worden betracht door het schoolbestuur, zeker waar het gaat om verwijdering vanwege handelingsverlegenheid. In het bijzonder dient het schoolbestuur de relevante feiten en belangen zorgvuldig te inventariseren en genoegzaam te onderbouwen waarom [X] niet langer op de school is te handhaven.'*
ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3411, r.o. 2.5.1: *'Vooropgesteld moet worden dat het bestuur van het bevoegd gezag in geval van verwijdering van een leerling de grootst mogelijk zorgvuldigheid moet betrachten, zeker waar het gaat om verwijdering vanwege handelingsverlegenheid in verband met de geestelijke handicap van een leerling. In het bijzonder dient het bevoegd gezag genoegzaam te onderbouwen waarom de leerling niet langer op de school is te handhaven.'*
Rb. Rotterdam (vzr.) 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379: *'De voorzieningenrechter dient de vraag te beantwoorden of verweerder in dit geval heeft kunnen besluiten [verzoekster] van [naam school] te verwijderen, omdat niet meer voldaan kan worden aan de zorgbehoefte. De voorzieningenrechter overweegt hierbij dat [verzoekster] al jaren op [naam school] zit. Dit impliceert*

moeten zorgvuldig worden geïnventariseerd door onderzoek te doen[165] en door de leerling en/of de ouders vooraf te horen.[166] Het bevoegd gezag dient ook ander onderzoek te doen. Voordat tot definitieve verwijdering kan worden overgegaan moet er namelijk een andere school gevonden zijn die bereid is de leerling toe te laten.[167] Zolang er geen andere school gevonden is en dus de leerling nog ingeschreven staat, dient de verwijderende school op een wijze in onderwijs te blijven voorzien. Het besluit moet vervolgens door middel van de feiten en afgewogen belangen voldoende onderbouwd worden.[168]

Van deze wat meer formele punten ten aanzien van de totstandkoming van het besluit, schuift de toetsing wat meer op naar het inhoudelijke oordeel van het bevoegd gezag. De bestuursrechter dient gelet op de discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag een zekere mate van distantie in acht te nemen bij zijn toetsing.[169] Dit is in lijn met de bestaande terughoudendheid die de bestuursrechtelijke toetsing in het algemeen kenmerkt. De bestuursrechter is in het algemeen terughoudend in het toetsen van de vraag of het bestuur een rechtens aanvaardbare beleidskeuze heeft gemaakt bij het afwegen van

---

weliswaar niet dat [verzoekster] nimmer van de school kan worden verwijderd, maar dit geeft wel aan dat een besluit tot verwijdering met de grootst mogelijke mate van zorgvuldigheid tot stand dient te komen.'

165 Rb. Rotterdam (vzr.) 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379.

166 Zaken waarin de verplichting tot het horen bijv. naar voren komt: Rb. Midden-Nederland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3418, r.o. 9, 10; Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058, r.o. 4.7; Rb. Amsterdam 2 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6526, r.o. 2.4; Rb. Dordrecht 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBFOR:2008:BG3557, r.o. 2.5.4 over het horen van de leerkracht; ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140.

167 Als een school bereid is gevonden moeten de ouders de leerling vervolgens wel zelf aanmelden: Rb. Arnhem 8 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW5134, r.o. 3.6.1.

168 ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3411, r.o. 2.5.1: Het besluit werd onvoldoende gemotiveerd geacht, maar de gevolgen van het besluit werden wel geheel in stand gehouden;
Rb. Dordrecht 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG3557, r.o. 2.5.3 *'Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het bestreden besluit voorts voldoende gemotiveerd.'* Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA7375, r.o. 14 en 16 *'(…) Op grond van het bestreden besluit – dat overigens slechts een aantal overwegingen van algemene aard bevat, waarop slechts ten dele wordt ingegaan op de door verzoeker ingediende bezwaren – kan niet worden vastgesteld dat het verwijderingsbesluit als het enige dan wel laatste middel kan worden beschouwd om een nijpende situatie het hoofd te bieden. Ingevolge artikel 3:47, eerste lid, van de Awb, dient de motivering van een besluit uit het besluit zelf dient te blijken. Door pas naderhand (ter zitting) een motivering te geven waarbij verweerder heeft nagelaten deze in het primaire besluit en het besluit op bezwaar te vermelden, is sprake van een gebrek in de besluitvorming. Dit weegt hier zwaar, nu – zoals hiervoor overwogen – verwijdering van een leerling een zodanig ingrijpend middel betreft dat hiertoe slechts in zeer uitzonderlijke gevallen dient te worden overgegaan, waarbij de betrokken belangen terdege in overweging dienen te worden genomen.' (…) 'Op grond van vorenstaande overwegingen is de voorzieningenrechter van oordeel dat het bestreden besluit niet alleen onbevoegdelijk is genomen, maar tevens in strijd met het in de artikelen 3:2 en 7:12 van de Awb neergelegde zorgvuldigheids-, respectievelijk motiveringsbeginsel is voorbereid en genomen.'*

169 Zie over deze distantie Noorlander 2008b, p. 8; Huisman & Zoontjens 2009, par. 1.4.2, p. 44 e.v.

relevante belangen of een juiste interpretatie heeft gegeven aan vage normen, derhalve in geval van beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur.[170] Anders gezegd, de bestuursrechter toetst de waardering of kwalificatie van feiten en belangen en de afweging daarvan terughoudend wanneer het bestuursorgaan beoordelings- en beleidsvrijheid toekomt.[171] Een terughoudende, ook wel marginale, toetsing van handelen van een bestuursorgaan is door de Hoge Raad in 1949 ingezet.[172] Ook na invoering van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb in 1994 is door de Afdeling hieraan vastgehouden. Met dit artikel dat is gericht tot het bestuur is niet beoogd de rechtelijke toets te intensiveren. Onder verwijzing naar Kamerstukken benadrukt de Afdeling in het arrest *Maxis/Praxis* dat is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging van het bestuur.[173] De Afdeling beperkt de toets tot de vraag:

> '(…) of sprake is van een *zodanige onevenwichtigheid* van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat appellanten sub 1 *niet in redelijkheid tot* verlening van de gevraagde vrijstelling hebben kunnen komen.'[174] [cursivering: SV]

De Afdeling geeft aan dat het niet de bedoeling is dat de rechter gaat beoordelen welke nadelige gevolgen nog wel en welke niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd.[175] Deze houding is gebaseerd op de scheiding der machten – de rechter kan zo afstand tot het bestuur waarborgen – en op de informatievoorsprong en deskundigheid die het bestuur

170 Barkhuysen 2015, p. 1583. In dit redactioneel bespreekt Barkhuysen dat hier mogelijk een koerswijziging in aantocht is, inhoudende dat in de toekomst de bestuursrechter wellicht wel intensiever toetst. Onder verwijzing naar Hirsch Ballin in zijn VAR preadvies, Hirsch Ballin 2015, p. 7-58.

171 Zie in iets andere bewoordingen Schlössels 2006, p. 147 en 149.

172 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558 (*Doetinchemse Woonruimtevordering*): '(…) dat voor tussenkomst van den rechter reden zou kunnen zijn, indien de vordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken; dat deze figuur zich voordoet, als moet worden aangenomen, dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad'. In het kort over de lijn en ontwikkeling Barkhuysen 2015, p. 1583.

173 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, *AB* 1997/93 (*Maxis & Praxis*) onder verwijzing naar *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 55 e.v.; Marseille 2016, p. 263-264.

174 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, *AB* 1997/93 (*Maxis & Praxis*). Vgl. ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN7032, r.o. 2.4.1.

175 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, *AB* 1997/93 (*Maxis & Praxis*) wederom onder verwijzing naar *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 55. Van der Vlies vraagt zich af of de toets wel daadwerkelijk terughoudend is en is kritisch over de ondoorzichtigheid die zich bij het hanteren ervan voordoet; de Afdeling 'lijkt volstrekt zelfstandig haar waardering van de betrokken belangen te geven'. Zie Van der Vlies 1997, p. 43-49, m.n. p. 45, 47, 48.

heeft ten opzichte van de rechter.[176] De rechter mag dus geen eigen oordeel geven of het besluit redelijk is, hij beoordeelt slechts of sprake is van een dusdanige besluitvorming dat moet worden geoordeeld dat het bestuur niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.[177]

Ook in de door mij onderzochte verwijderingszaken is terug te zien dat het verwijderingsbesluit van het bevoegd gezag door de bestuursrechter terughoudend wordt getoetst. De bestuursrechter overweegt soms expliciet dat een terughoudende toets wordt gehanteerd omdat het verwijderen van een leerling een discretionaire bevoegdheid van de school betreft.[178] De school

176 Gerards 2007, p. 109; Schlössels 2006, p. 148.

177 Gerards 2007, p. 108. De toets wordt in de literatuur op verschillende wijze omschreven, zo wordt er ook gesproken van: 'of een besluit niet kennelijk onevenredig is', 'zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen dat (…) niet in redelijkheid tot…' en 'of het bestuur in redelijkheid tot …', zie Schlössels e.a. 2013, p. 183, 188, 82 voetnoot 95; 'Kennelijke onevenredigheid' en 'kennelijk onredelijke belangenafweging', Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 330, 332 e.v.; 'negatieve redelijkheidstoets', toetssteen is of een besluit of regeling 'niet onredelijk' of 'niet onevenwichtig' is, Gerards 2007, p. 99.

178 Rb. Amsterdam 30 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9095, r.o. 4.2: *'De bevoegdheid om een leerling van school te verwijderen is een discretionaire bevoegdheid van verweerder. Dit betekent dat de rechtbank een besluit tot verwijdering terughoudend toetst, omdat de beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid tot verwijdering bij het bestuur van de school ligt. De rechtbank beoordeelt of de school in dit geval in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen. Daarbij dienen de belangen van eiseres en die van de school tegen elkaar te worden afgewogen. Het is allereerst aan de school om aan te tonen op welke gronden de school heeft besloten tot definitieve verwijdering over te gaan, het is namelijk een belastend besluit voor eiseres.'*
Rb. Midden-Nederland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3418, r.o. 5. *'De rechtbank stelt voorop dat het besluit om [A] als leerling te verwijderen een discretionaire bevoegdheid betreft van verweerder, die de bestuursrechter terughoudend moet toetsen.'*
Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7166, r.o. 6.3: *'De bevoegdheid om een leerling van school te verwijderen is een discretionaire bevoegdheid van verweerder. Dit betekent dat de voorzieningenrechter het besluit tot verwijdering terughoudend toetst omdat de beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid tot verwijdering bij het bestuur van de school ligt.'*
Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5324, r.o. 6.3: *'Voornoemd artikel [art. 40 Wpo; SV] kent aan het bevoegd gezag een discretionaire bevoegdheid toe. De wijze waarop het bevoegd gezag van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt kan de bestuursrechter slechts terughoudend toetsen. Derhalve is aan de orde de vraag of het bevoegd gezag zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen de verwijderingsprocedure in gang te zetten. Bij deze beoordeling acht de voorzieningenrechter de volgende omstandigheden van belang: (…).'* met als conclusie onder 6.4: *'Gelet op al deze omstandigheden is naar voorlopig oordeel de beslissing om tot verwijdering te komen niet in strijd met de redelijkheid en/of onbegrijpelijk. Daarbij heeft de voorzieningenrechter ook meegewogen de omstandigheid dat genoegzaam aannemelijk is geworden dat de school bij herhaling en over een lange periode van jaren, steeds heeft getracht oplossingen te vinden die zouden maken dat [naam zoon] beter ging functioneren op zijn huidige school.'*
Rb. Dordrecht 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG3557, r.o. 2.5.1. (met vervolg RvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3411) *'De bevoegdheid van verweerder tot verwijdering van een leerling ingevolge artikel 40, eerste lid, van de Wpo draagt een discretionair karakter. De beslissing om al dan niet tot verwijdering van een leerling over te gaan is in belangrijke mate, binnen het algemene kader van artikel 8 van de Wro, afhankelijk van de onderwijskundige inzichten van*

is vrij te bepalen of er al dan niet tot verwijdering wordt overgegaan. Nu de wet niet aan geeft in welke gevallen of onder welke omstandigheden een school tot verwijdering kan overgaan, is de school vrij een eigen verwijderingsbeleid vast te stellen.[179] Ook bij de belangenafweging komt de school een zekere vrijheid toe, waardoor de rechter terughoudend toetst. In sommige gevallen wordt aldus expliciet benoemd dat sprake is van een terughoudende toets en wordt deze terughoudendheid gekoppeld aan de 'beleids- en beoordelingsvrijheid die de school bij de belangenafweging' toekomt.[180] In andere gevallen wordt het terughoudend zijn van de toets niet met zoveel woorden benoemd of ingekaderd, maar is er wel nagegaan of het bevoegd gezag in redelijkheid tot verwijdering heeft kunnen besluiten. Ter invulling van de terughoudende toets gaat de bestuursrechter namelijk na of het bevoegd gezag (niet) in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.[181] Uit de rechtspraak

---

verweerder en diens afweging van de betrokken belangen, in het bijzonder de belangen van [naam van zoon], van de andere leerlingen, van de betrokken leerkrachten en van de school en de stichting in het algemeen. De voorzieningenrechter kan de toepassing van die bevoegdheid derhalve slechts terughoudend toetsen. Met inachtneming van dit terughoudende toetsingskader ziet de voorzieningenrechter geen grond voor het oordeel dat verweerder niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. Daartoe overweegt hij als volgt. (…)'

179 De wettelijke grondslag voor verwijdering wordt gevormd door de artikelen in de Wpo, de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo. Een apart verwijderingsbeleid is dan ook niet noodzakelijk: Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7166, r.o. 6.5 onder verwijzing naar ABRvS van 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7767.

180 Rb. Overijssel (vzr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:592, r.o. 6.1. '*Ten aanzien van de afweging van de betrokken belangen komt verweerder beleids- en beoordelingsvrijheid toe, in verband waarmee de voorzieningenrechter zich ten aanzien daarvan dient te beperken tot de vraag of verweerder in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.*'
Rb. Arnhem 8 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW5134, r.o. 3.7: '*De rechterlijke toets is vervolgens beperkt tot de vraag of verweerder in redelijkheid, gelet op de betrokken belangen, het besluit tot verwijdering heeft kunnen nemen. De rechtbank merkt op dat verweerder bij de belangenafweging een zekere beoordelingsvrijheid toekomt en dat de rechtbank daar niet in mag treden.*' Met vervolg ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7767, r.o. 6.2.

181 Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058, r.o. 5.1: '*De voorzieningenrechter is, met inachtneming van de in artikel 40, vijfde lid, van de Wpo genoemde voorwaarden, op grond van het hiervoor overwogene van oordeel dat het bestreden besluit van verweerder niet in strijd met de redelijkheid of zorgvuldigheid is genomen.*' Met vervolg ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1034, r.o. 7.1: '*Hoewel duidelijk is dat er een verschil in perceptie tussen de ouders en het bestuur bestaat over aan wie en in welke mate de ontstane situatie is te wijten, is de voorzitter van oordeel dat de voorzieningenrechter terecht en op goede gronden heeft geoordeeld dat het bestuur de voorkeur van [verzoekster] tot definitieve overplaatsing naar de groep in de bovenbouw niet behoefde te volgen en gelet op de ontstane situatie in redelijkheid heeft kunnen besluiten haar zoon met ingang van 24 januari 2014 van de '14e Montessorischool' te verwijderen, mede in aanmerking genomen dat een reëel alternatief voor de zoon van [verzoekster] beschikbaar was.*'
Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5324, r.o. 6.3.
ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7767, r.o. 6.2 : '*Voorop staat dat het in het belang van de dochter is dat zij onderwijs volgt. Uit de onder 6.1. vermelde brieven en de besluiten van Quadraam blijkt voldoende om welke redenen is overgegaan tot het verwijderingsbesluit. Onweersproken is dat de school de problemen die zij met de dochter ondervond noch met de dochter zelf, noch*

is af te leiden dat de bestuursrechter in onderwijszaken betreffende verwijdering aldus een 'algemene redelijkheidstoets' hanteert.[182]

Zoals eerder genoemd is een van de zes inhoudelijke voorwaarden van Noorlander voor het opleggen van de verwijderingsmaatregel dat de school het evenredigheidsbeginsel in acht moet nemen. Ook Huisman en Zoontjens wijzen op het in acht nemen van beginselen zoals evenredigheid en proportionaliteit, hetgeen volgens hen ook de jurisprudentie veronderstelt.[183] Noorlander geeft aan dat het evenredigheidsbeginsel meestal niet expliciet wordt gehanteerd in de onderwijsrechtelijke jurisprudentie. Ook uit mijn bestudering van de rechtspraak volgt dat de rechter in zijn toetsing het evenredigheidsbeginsel niet hanteert en deze nadere elementen van geschiktheid, proportionaliteit en subsidiariteit niet uitsplitst, maar dat hij het houdt op een 'algemene redelijkheidstoets'. De rechter splitst in zijn toetsing geen nadere onderliggende elementen van het evenredigheidsbeginsel uit.[184]

In de uitspraken die ik heb bekeken wordt dan ook niet expliciet getoetst aan proportionaliteit of geschiktheid. Wel ben ik aanknopingspunten voor een vorm van proportionaliteitstoetsing tegengekomen. Deze aanknopingspunten

---

met de ouders kon bespreken, en dat zij daardoor niet goed meer kon voorzien in onderwijs aan de dochter. Nu Quadraam voorts ter zitting bij de rechtbank nader heeft toegelicht dat de aanvaringen met medewerkers van de school tot een onherstelbare vertrouwensbreuk tussen partijen hebben geleid, heeft de rechtbank terecht overwogen dat Quadraam, onder verwijzing naar de feiten en gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid tot het, in bezwaar gehandhaafde, verwijderingsbesluit heeft kunnen komen.'

Rb. Amsterdam 2 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6526, r.o. 2.5: *'Gelet hierop komt aan verweerder op grond van artikel 27, eerste lid, van de WVO in samenhang met artikel 14, eerste lid, van het Inrichtingsbesluit de bevoegdheid toe om verzoekster van school te verwijderen. Gegeven de tekst van deze bepalingen is de rechterlijke toets beperkt tot de vraag of verweerder in redelijkheid, gelet op de betrokken belangen, van deze bevoegdheid gebruik kon maken.'*

ABRvS 5 december 2007 ECLI:NL:RVS:2007:BB9454, r.o. 2.2.4: *'De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat de bestuurscommissie in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van haar bevoegdheid [zoon] van school te verwijderen.'*

Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498, r.o. 2.14: *'Gelet op het voorgaande is de conclusie van de rechtbank dat verweerder bevoegd was te besluiten tot verwijdering van [de zoon] van "De Stolp". Voorts heeft de rechtbank in hetgeen eisers hebben aangevoerd geen grond gevonden voor het oordeel dat verweerder niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten van zijn bevoegdheid gebruik te maken.'*

ARRvS (vz.) 13 februari 1990, *KG* 1990, 117: *'Gelet op het voorgaande, kan naar het Ons voorkomt niet worden staande gehouden dat verweerders – hoezeer ook Johan zelf de voorkeur eraan geeft weer terug te keren naar de Merwedeschool – bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit hebben kunnen komen.'*

ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140: *'Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of staande kan worden gehouden dat verweerders bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot hun bestreden besluit hebben kunnen komen.'*

182 Deze term ontleen ik aan Gerards 2007.

183 Huisman & Zoontjens 2016, p. 32, 33.

184 Vgl. Gerards 2007, p. 76: het evenredigheidsbeginsel kan uitgesplitst worden in: geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit en proportionaliteit ofwel evenredigheid in strikte zin.

zijn enkel terug te vinden in uitspraken waarin de rechter van oordeel is dat het besluit geen stand kan houden en het bevoegd gezag dus niet in redelijkheid tot verwijdering heeft kunnen besluiten.[185] De bestuursrechter overweegt bijvoorbeeld in een fraudegeval dat een definitieve verwijdering een *te verstrekkende* maatregel is en dat verweerder in redelijkheid niet tot het besluit kon komen.[186] Of in een geval op het grensvlak van schorsing en verwijdering dat de belangen van de leerlingen *onevenredig* worden geschaad als ze langer van onderwijs verstoken zouden blijven.[187] Of in een geval waarin een leerling ten onrechte wordt verwijderd wegens wangedrag van een ouder:

> 'De hiervoor genoemde omstandigheden in samenhang bezien, brengen de rechter tot de conclusie dat de maatregel van verwijdering van de betrokken leerlingen bij de huidige – ten tijde van het bestreden besluit te beoordelen – stand van zaken bij afweging van alle belangen *in redelijkheid als een te zwaar*, en *derhalve niet geschikt middel moest worden gekwalificeerd*. Dit leidt tot het oordeel dat *de nadelige gevolgen van het bestreden besluit onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, zodat het wegens strijd met het bepaalde in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb moet worden vernietigd*.'[188] [cursivering: SV]

Ook in enkele gevallen waarin het beroep wordt afgewezen is een aanwijzing te vinden van een toets naar de verhouding tussen maatregel en verstoring.[189] Een vast toetsingscriterium vormt deze verhouding evenwel niet.

Subsidiariteit in de zin van het 'beginsel van de minste pijn', ofwel dat de minst vergaande maatregel moet worden benut, wordt evenmin door de bestuursrechter in uitspraken expliciet getoetst of genoemd. Wel neemt de

---

185 Verklaring hiervoor kan zijn dat bij gegrondverklaring van het beroep in de uitspraak vermeld moet worden welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden is, vgl. Marseille 2016, p. 262.

186 Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7166, r.o. 6.6: *'(…) De voorzieningenrechter is met verweerder van oordeel dat het vertrouwen van docenten en de schoolleiding in eiser als gevolg van de fraude ten aanzien van de toetsen forse schade heeft opgelopen. Daar staat tegenover dat de rol en betrokkenheid van eiser onduidelijk is gebleven. De voorzieningenrechter acht tevens van belang dat eiser in zijn eindexamenjaar zit en al geruime tijd niet naar school is geweest. Verder is eiser nog niet eerder betrokken geweest bij incidenten. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat een definitieve verwijdering een te verstrekkende maatregel is en verweerder in redelijkheid niet tot dit besluit kon komen.'*

187 Rb. Rotterdam (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604, r.o. 6.3.

188 Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260, r.o. 2.6.

189 Rb. Noord-Holland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3340, r.o. 3.5. *'Uit het oordeel dat tegen een maatregel als hier aan de orde [leerling enkele uren niet tot de school toelaten; SV] geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat, volgt dat de rechtbank zich niet uitlaat over de vraag of de aan [naam 1] opgelegde maatregel* noodzakelijk en evenredig *is.*'
ABRvS 22 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2383, r.o. 2.3.1. *'Gelet op de schriftelijke observaties en rapportages over de jaren 1998 tot en met 2000 (…) is geen plaats voor het oordeel dat het college zich, in aanmerking genomen de belangen van leerkrachten, medeleerlingen en de dochter zelf, ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het gedrag van de dochter verwijdering van [naam school]* rechtvaardigt.'

rechter in de bijzondere gevallen van verwijdering wegens het gedrag van ouders in aanmerking 'dat in het geval van bijvoorbeeld een ernstig verstoorde relatie tussen school en ouders die negatieve invloed heeft op het ordelijk functioneren van de school als geheel dan wel individuele leerkrachten, de verwijdering van een leerling in voorkomend geval voor het bevoegd gezag als het enige dan wel laatste middel kan worden beschouwd om een dergelijke situatie het hoofd te bieden'.[190] In een ander geval waarin de school wordt verweten openstaande wegen onvoldoende benut te hebben, overweegt de rechtbank dat de school 'gewetensvol en op voldoende verantwoorde wijze de – overigens maar zeer beperkte – extra middelen heeft ingezet' en 'dat een andere, meer effectieve, inzet praktisch haalbaar zou zijn geweest onvoldoende aannemelijk is geworden.'[191] De rechter lijkt dus niet per definitie ongevoelig voor het argument dat een mogelijk minder ingrijpend alternatief open stond, maar in uitspraken komt het subsidiariteitsvereiste niet standaard als toetsingselement naar voren. Het lijkt er evenwel op dat er in de onderwijscontext wel wordt verlangd dat eerst een minder vergaande maatregel wordt ingezet. Volgens de LKC mag de school bijvoorbeeld een leerling pas verwijderen wanneer blijkt dat een minder verstrekkende maatregel niet werkt.[192] Hier

---

ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140: *'Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of staande kan worden gehouden dat verweerders bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot hun bestreden besluit hebben kunnen komen. Vooropgesteld moet worden dat een besluit als het onderhavige met name voor de betrokken kinderen diep ingrijpende gevolgen heeft, aangezien zij uit hun vertrouwde schoolomgeving worden verwijderd. Zoals hiervoor reeds vermeld dient er dan ook sprake te zijn van* een ernstige verstoring *van de rust of veiligheid op een school wil een besluit als het onderhavige* gerechtvaardigd *kunnen zijn.'*

190 Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058, r.o. 4.2 en 4.4 (met vervolg ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1034); Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260, r.o. 2.6; zie voor een aangrenzend geval Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA7375, r.o. 13.

191 Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498, r.o. 2.13.

192 LKC Onderwijs 107058, d.d. 11 maart 2016, primair onderwijs: *'Een besluit tot verwijdering van een leerling is in alle opzichten een verstrekkende beslissing die vanwege de ingrijpende gevolgen, zeer zorgvuldig genomen dient te worden. Duidelijk zal moeten zijn welke reden ten grondslag ligt aan het besluit. Ook zal uitgelegd moeten worden waarom niet kan worden volstaan met een minder vergaande sanctie.'*; LKC Onderwijs 106612, d.d. 26 maart 2015, voortgezet onderwijs: *'Bij het nemen van een verstrekkend besluit als verwijdering is zorgvuldigheid geboden. Dat geldt ook voor een voorgenomen besluit tot verwijdering. Duidelijk zal moeten zijn welke argumenten ten grondslag liggen aan het besluit. Ook zal geschetst moeten worden waarom deze sanctie en niet een ander minder ingrijpende sanctie volgens de school passend is.'* In de themabrief waarin deze zaak wordt genoemd, staat aangegeven dat de maatregel proportioneel moet zijn.; LKC Onderwijs 106557, d.d. 9 maart 2015, primair onderwijs: *'Niet is gebleken dat de school heeft overwogen om een alternatieve en minder verstrekkende maatregel toe te passen. Uitgaande van het proportionaliteitsbeginsel, waarbij nagegaan moet worden of de genomen maatregel in verhouding is met het doel dat men wil bereiken, had dat, mede gezien de afspraak over het realiseren van het handelingsplan, wel van de school verwacht mogen worden.'* Een school mag een leerling pas verwijderen als blijkt dat een minder verstrekkende maatregel niet werkt, zo geeft de LKC in de aanhef weer; LKC Onderwijs 106392, d.d. 12 september 2014, voortgezet onderwijs: *'De Commissie overweegt dat het besluit om een leerling te verwijderen een vergaande maatregel*

valt zeker wat voor te zeggen nu verwijdering een definitief en ingrijpend middel is met verstrekkende gevolgen. De GPO laat in haar adviezen onder andere naar voren komen dat verwijdering de meest vergaande maatregel is en dat zij verwijdering ziet als het uiterste middel; een ultimum remedium waar enkel toe mag worden overgegaan wanneer alle begeleidingsmogelijkheden zijn benut en geen redelijke alternatieven meer resteren.[193]

Ik krijg de indruk dat de rechter niet in elk voorliggend geval zo terughoudend is als wel voorop wordt gesteld. De rechter lijkt in sommige gevallen zelfstandig aan de slag te gaan en zelf af te wegen.[194] Maar toch valt hier geen harde uitspraak over te doen. Zijn houding is in veel andere gevallen duidelijk wel gereserveerd. Zo blijkt uit de rechtspraak dat de bestuursrechter in eerste instantie slechts nagaat of de feiten kloppen,[195] welke belangen mogen worden meegewogen, of alle relevante belangen zijn meegenomen en of er daadwerkelijk een belangenafweging heeft plaatsgevonden.[196] De rechter

---

is die pas wordt ingezet als blijkt dat andere maatregelen niet werken.'; Vgl. LKC Onderwijs 105974, d.d. 13 januari 2014 voortgezet onderwijs; LKC Onderwijs 104057, d.d. 14 mei 2009, primair onderwijs. Zie o.a. voor meer lijnen in de adviezen van de LKC: 'Themabrief passend onderwijs: verwijdering van leerlingen', Onderwijsgeschillen maart 2016, p. 4.

193 GPO 107033, d.d. 6 januari 2016 (primair onderwijs, leerling met extra ondersteuningsbehoefte); GPO 107059, d.d. 28 januari 2016 (voortgezet onderwijs, leerling met extra ondersteuningsbehoefte); GPO 107243, d.d. 6 juli 2016 (primair onderwijs, gedrag moeder); GPO 107228, d.d. 24 juni 2016 (voortgezet onderwijs, leerling met extra ondersteuningsbehoefte). Zie voor verdere lijnen in de adviezen van de GPO: Onderwijsgeschillen 'Themabrief Passend onderwijs: verwijdering van leerlingen', maart 2016, p. 3; Sperling & Wiggers 2016, p. 9.

194 Zie bijv. Rb. Overijssel (vzr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:592; Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7166; Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5324. Vgl. Van der Vlies 1997.

195 Vgl. Rb. Midden-Nederland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3418, r.o. 8: 'De rechtbank is van oordeel dat verweerder het incident zoals hiervoor is beschreven en het gedrag van [A] daarbij, naast alle overige feiten en omstandigheden ten grondslag *heeft mogen leggen* aan zijn beslissing om [A] te verwijderen van het VNC.'; Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015 ECLI:NL:RBROT:2015:7166, r.o. 6.6: *'De voorzieningenrechter is van oordeel dat de feiten omtrent de fraude ten aanzien van de toetsen niet duidelijk is geworden. De rol en betrokkenheid van eiser bij deze fraude is dan ook geenszins vast te stellen.'*; ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1389; r.o. 4, 4.1, 4.2; Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058; Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498, r.o. 2.10.

196 Zie in het kader van het mee- en afwegen van belangen: Rb. Overijssel (vzr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:592, r.o. 6.4: *'Daarbij heeft de school mogen betrekken de zorg voor de andere leerlingen, waarvoor de school mede zorg dient te dragen.'*; Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015 ECLI:NL:RBROT:2015:7166, r.o. 6.6. Zie ook Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5324, r.o. 6.3, 6.4. ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7767, r.o. 6.2;
Rb. Amsterdam 2 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6526, r.o. 2.5: *'Gegeven de tekst van deze bepaling is de rechterlijke toets beperkt tot de vraag of verweerder in redelijkheid,* gelet op de betrokken belangen, *van deze bevoegdheid gebruik kon maken.'* Zie ook r.o. 2.8: *'De rechter komt tot de slotsom dat* verweerder het belang van veiligheid op school en het belang om voorvallen als de onderhavige te voorkomen zwaarder heeft mogen laten wegen dan het belang van verzoekster om op het [middelbare school 1] te mogen blijven. *De rechter heeft*

weegt de belangen in beginsel dus niet zelf af, maar toetst de belangenafweging terughoudend om afstand tot het bestuur te bewaren. De rechter besteedt naar mijn idee wel vrij veel aandacht aan de betrokken belangen, maar lijkt zich hier doorgaans wel uit te laten over, of beter gezegd binnen, de belangenafweging die reeds door de school is gemaakt, zodat aan zijn zelfstandig handelen wel weer wat valt af te dingen. En wellicht is dit niet verwonderlijk: de rechter moet wel acht slaan op de betrokken belangen, aangezien hij zich afvraagt of alle relevante belangen zijn vastgesteld en meegewogen en of de gemaakte afweging de redelijkheidstoets doorstaat.

Verwijdering is een ingrijpend middel. Soms benadrukt de rechter dit uitdrukkelijk. Dat het noodzakelijk is voorafgaand eerst te waarschuwen, ben ik in de bestuursrechtelijke zaken evenwel niet tegengekomen. Wel blijkt uit deze zaken dat een school – hoewel dit uit de onderwijswetgeving niet direct blijkt – met verwijdering niet te lichtvaardig moet omgaan, met name in geval van verwijdering wegens gedrag van de ouders:

> 'De rechter stelt vast dat genoemde wettelijke bepaling geen nadere aanduiding geeft van de omstandigheden waaronder tot een verwijderingsbeslissing kan worden overgegaan. De rechter gaat er vanuit dat het bevoegd gezag in beginsel tot het nemen van deze beslissing bevoegd is, ook indien de feiten en omstandigheden die tot die beslissing nopen, niet de leerling zelf betreffen. Hierbij neemt de rechter in aanmerking, dat in het geval van bijvoorbeeld een ernstig verstoorde relatie tussen school en ouders die negatieve invloed heeft op het ordelijk functioneren van de school als geheel dan wel individuele leerkrachten, de verwijdering van een leerling in voorkomend geval voor het bevoegd gezag als het enige dan wel laatste middel kan worden beschouwd om een dergelijke situatie het hoofd te bieden. Wel is sprake van een zodanig ingrijpend middel dat hiertoe slechts in zeer uitzonderlijke gevallen dient te worden overgegaan, waarbij, afgezien van

---

hierbij betrokken dat verzoekster toegang heeft tot het onderwijs op een andere school en dat verweerder, door toezending van studiewijzers en huiswerk, zich ondertussen inspanningen (heeft) getroost om een lesachterstand voor verzoekster zo beperkt mogelijk te houden.'
Rb. Dordrecht 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG3557, r.o. 2.5.3 slot: *'Uit dit besluit blijkt genoegzaam dat verweerder zich, gegeven de ervaringen en opvattingen van de directeur en de leerkrachten van de school en de uitgebrachte adviezen, op het punt aangekomen heeft geacht waar hij bij afweging van de betrokken belangen, waaronder de belangen van [naam van zoon] (met inbegrip van de uitdrukkelijke voorkeur van verzoekers als de ouders van [naam van zoon] en de belangen van de andere kinderen en de voortgang van het onderwijs alsmede de mate van benodigde specifieke deskundigheid van de betrokken leerkrachten, tot de conclusie heeft moeten komen dat de school niet kan bieden wat [naam van zoon] nodig heeft. Met inachtneming van het terughoudende toetsingskader als onder 2.5.1 bedoeld ziet de voorzieningenrechter geen grond om in deze uitkomst van de belangenafweging, als nader toegelicht ter zitting, te treden.'* Het hoger beroep tegen deze uitspraak acht de Afdeling vervolgens wel gegrond, maar de gevolgen van het besluit worden in stand gelaten, ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3411;
Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260, r.o. 2.6; Rb. Rotterdam (vzr.) 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379; ABRvS 22 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2383, r.o. 2.3.1; ARRvS (vz.) 13 februari 1990, *KG* 1990, 117; ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140.

> de vereisten van artikel 40 van de Wpo, de belangen van de leerling, ouders en school terdege in overweging dienen te worden genomen. (…)'[197]

Het slot van deze overweging is ook terug te vinden in een uitspraak inzake een leerling die volgens de school kampt met gedragsproblemen en grensoverschrijdend gedrag heeft vertoond. In deze zaak waren bovendien door zijn moeder uitlatingen gedaan.[198] Het feit dat de leerling niet vanwege zijn eigen gedrag wordt verwijderd – maar vanwege dat van zijn ouder(s) – en hij voor het ontstaan van de situatie zelf geen schuld draagt, staat aan verwijdering niet in de weg maar is 'wel een factor in de belangenafweging'.[199] Naar ik aanneem doelt de rechter hier op de belangenafweging die de school maakt.

Kort samengevat noemt de bestuursrechter bij de toetsing van verwijderingsgeschillen de relevante wetsartikelen, bijvoorbeeld over het horen van ouders en leerlingen, het vinden van een andere school en het voldoende motiveren van het besluit. De bestuursrechter gaat na of de school voldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij het voorbereiden en het nemen van het besluit. Wegens de discretionaire bevoegdheid en de beleids- en beoordelingsvrijheid die een school bij de belangenafweging toekomt, toetst de rechter het bestreden verwijderingsbesluit terughoudend ofwel marginaal. Aldus is sprake van een algemene redelijkheidstoets; de rechter gaat na of het bevoegd gezag '(niet) in redelijkheid tot besluit heeft kunnen komen'. Al zijn er voorbeelden waarin aanknopingspunten voor een toets aan geschiktheid, proportionaliteit of subsidiariteit lijken te zijn terug te vinden, vindt er niet standaard een zelfstandige toets aan deze beginselen plaats.

5.4.4.2 Verwijderingsgeschillen voor de civiele rechter

In de civiele verwijderingszaken wordt voornamelijk wedertoelating tot het onderwijs gevorderd. Deze vordering wordt niet altijd duidelijk ingebed door

---

197 Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260, r.o. 2.6. Deze overweging is herhaald in Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058, r.o. 4.2 (met vervolg ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1034); Rb. Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5047, r.o. 4.2 en 4.3.

198 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA7375, r.o. 13.

199 ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140: '(…) is van belang de navolgende overweging uit de MvA: *"Wanneer er echter sprake is van ernstige verstoring van de rust of veiligheid op een school door een leerling, speelt art. 29 tweede lid geen rol en kan de leerling op grond van art. 24 de toegang worden ontzegd". Deze wetsgeschiedenis laat naar Ons oordeel ruimte voor de gevolgtrekking dat een besluit strekkende tot het weigeren van een leerling dan wel een verwijdering van een leerling op grond van meergenoemd artikellid mogelijk is indien zijn of haar (verdere) aanwezigheid een ernstige verstoring van de rust of veiligheid op een school met zich brengt. De omstandigheid dat de betrokken leerling voor het ontstaan van een zodanige situatie zelf geen schuld draagt* is wel een factor in de belangenafweging *doch laat op zichzelf onverlet de bevoegdheid tot het nemen van een besluit als hier in geding.'*

eisers of de grondslag ervan wordt in de uitspraak niet duidelijk belicht.[200] Meerdere keren wordt evenwel een dubbele grondslag aangevoerd, te weten dat er tekortgeschoten is in de nakoming van de onderwijsovereenkomst dan wel dat er onrechtmatig is gehandeld door de leerling te verwijderen.[201] De rechter laat in een deel van deze gevallen de precieze kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden,[202] gaat aan de slag met onrechtmatig handelen[203] of gaat uit van een contractuele relatie.[204] Ook wordt er in sommige gevallen door ouders (*pro se* en/of *q.q.*) alleen een beroep gedaan op onrechtmatig handelen,[205] of alleen op het schenden van de overeenkomst.[206]

Net als bij behandeling door de bestuursrechter komen in de uitspraken van de civiele rechter de wettelijke bepalingen uit de Wpo of Wvo en Inrich-

200 Zie bijv.: Hof Amsterdam 23 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1377; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010 ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759; Rb. Haarlem (vzr.) 4 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN2431; Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081 met vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201; Rb. Arnhem (vzr.) 18 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4396.

201 Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134, r.o. 3.2; Rb. Noord-Holland 2 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2890, r.o. 11; Rb. Amsterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7002, r.o. 3.1; Rb. Arnhem18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK6615, r.o. 4.4; Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015, r.o. 3.2.
In het geval van een particuliere school: Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 3.2.
Op het grensvlak van verwijdering en *'educational malpractice'*: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.1, in eerste aanleg: Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 3.1.
In het beroepsonderwijs bijv.: Rb. Limburg (vzr.) 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280, r.o. 4.3.1; onder r.o. 3.1 is terug te vinden dat nakoming van de onderwijsovereenkomst wordt gevorderd.

202 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.3; Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134, r.o. 4.2; Rb. Noord-Holland 2 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2890, r.o. 12; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.2.

203 Rb. Arnhem18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK6615, r.o. 4.5 en 4.10.

204 Bijv. in geval van een particuliere school: Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.1, waarin voorop wordt gesteld dat tussen een particuliere school als het KWIC en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers) een contractuele relatie bestaat. In het slot, r.o. 4.16, wordt daarentegen weer aangegeven dat jegens de zoon niet onrechtmatig is gehandeld.

205 Zie bijv.: Rb. Amsterdam (vzr.) 25 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8235, r.o. 3.2; Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1608, r.o. 2.2; Hof Amsterdam 1 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP2670, r.o. 4.3; Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614, r.o. 2 onder vordering; Rb. Amsterdam 30 oktober 2013 ECLI:NL:RBAMS:2013:8224 met vervolg Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:329, r.o. 4.7: het komt het hof evenwel voor dat de rechtsverhouding veeleer als een overeenkomst *sui generis* moet worden gezien dan een eventuele onrechtmatige daad (voor het vervolg van het tussenarrest: Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3480); Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004 ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 3.2, hoewel de Rechtbank vervolgens vooropstelt dat er een contractuele relatie bestaat, r.o. 4.6.

206 Rb. Almelo 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873, r.o. 3.

tingsbesluit Wvo naar voren. Opvallend is dat daarnaast toepasselijke bepalingen uit het leerlingenstatuut, de schoolgids of het schoolreglement worden genoemd. Bij de bestuursrechter is dit duidelijk minder vaak het geval.

De civiele rechter spreekt evenals de bestuursrechter in meerdere uitspraken van een marginale toets. Deze toets wordt doorgaans ingekleed met de vraag of de school (al dan niet)[207] in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen om de leerling te verwijderen.[208] Als reden voor marginale toetsing is de eigen beleidsvrijheid van de school aan te wijzen.[209] Ook wordt genoemd de vrijheid van de onderwijsinstelling ongewenst gedrag als zodanig te kwalifi-

---

207 Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134, r.o. 4.3 en 4.9; Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873, r.o. 4.13.

208 Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1608, r.o. 3.3; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759, r.o. 3.1; Rb. Amsterdam (vzr.) 25 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8235, r.o. 4.8; Rb. Arnhem (vzr.) 18 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4396, r.o. 4.7; Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081 (met vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201).
In het mbo: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954, r.o. 3.4.

209 Zie Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134, r.o. 4.3: *'(…) een onderwijsinstelling heeft bij de uitoefening van haar taak om de veiligheid, rust en orde op school te handhaven een zekere mate van beleidsvrijheid. Deze vrijheid vindt haar grens daar waar geoordeeld moet worden dat het bevoegd gezag niet in redelijkheid tot het gevoerde beleid of een getroffen maatregel heeft kunnen komen.'*
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201, r.o. 4.7: *'Bij de waardering van de feiten en omstandigheden die tot het verwijderingsbesluit en het besluit op bezwaar hebben geleid, dient het hof zich zowel vanwege de beleidsvrijheid die de school bij het nemen van dergelijke besluiten heeft, als vanwege het feit dat het hier gaat om een toetsing in kort geding, terughoudend op te stellen.'* Vervolg op Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081.
Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AS4143, r.o. 5.2: *'Gegeven de aard van deze problematiek komt in de keuze van de te treffen maatregelen aan de school een zekere, op sommige punten zelfs aanzienlijke, mate van vrijheid toe om eigen oordelen te vormen en, daarop gebaseerd, eigen keuzen te maken omtrent de aangewezen gedragslijn. Een en ander impliceert dat de noodzaak en zin van de maatregelen die de school naar aanleiding van het overtreden van door haar gestelde gedrags- en andere regels jegens [eiser sub 1] heeft genomen, de aard en mate van begeleiding die zij aan [eiser sub 1] heeft verschaft en de keuze om bepaalde vormen van begeleiding niet te verschaffen door de rechter slechts marginaal kunnen worden getoetst.'*
Rb. Zwolle (vzr.) 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868, r.o. 14: *'(…) verantwoordelijk is voor de handhaving van de orde, rust en veiligheid op de school, bij beslissingen als de onderhavige een redelijke mate van beleidsvrijheid en beslissingsvrijheid toekomt, en de voorzieningenrechter het besluit in zoverre terughoudend toetst.'*
Rb. Haarlem (vzr.) 21 maart 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AF6131, r.o. 5.10: *'Gegeven de aard van deze problematiek komt in de keuze van daartegen te treffen maatregelen aan de Stichting en daarmee aan de schoolleiding, een zekere mate van vrijheid toe, hetgeen impliceert dat de noodzaak en functionaliteit van de door de schoolleiding genomen maatregel (…) door de rechter marginaal dienen te worden getoetst.'*
Zie ook in geval van een particuliere school: Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.5, waarin wordt gewezen op de eigen specifieke verantwoordelijkheden van het schoolbestuur en de eigen beleidsvrijheid.

ceren en te sanctioneren[210] en de vrijheid van de school bij de waardering van de ernst van het incident[211] of het gedrag.[212] Of, zo wordt in meer algemene termen geformuleerd: de eigen vrijheid bij de waardering van de feiten en omstandigheden die tot verwijdering hebben geleid.[213] Verder brengt volgens verschillende uitspraken de vrijheid het onderwijs naar eigen bevinden in te richten met zich dat het geformuleerde beleid slechts marginaal getoetst kan worden.[214] Wat er marginaal getoetst wordt, loopt uiteen. Uit de rechtspraak blijkt dat de marginale toets, naast op het beleid ten aanzien van verwijdering, ook ziet op het besluit tot verwijdering zelf,[215] op de vrijheid bij de waardering van het voorliggende geval[216] of op de noodzaak en zin van de maatregel.[217]

Uit de rechtspraak is af te leiden dat het bevoegd gezag voldoende zorgvuldigheid moet betrachten bij het nemen van het besluit tot verwijdering en

210 Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1608, r.o. 3.3; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759, r.o. 3.1.
In het mbo: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954, r.o. 3.4.

211 Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873, r.o. 4.9.

212 Rb. Amsterdam 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8224, r.o. 4.4 (met vervolg Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:329, voor het vervolg van het tussenarrest: Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3480); Rb. Amsterdam (vzr.) 25 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8235, r.o. 4.8; Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614, r.o. 6.

213 Rb. Haarlem (vzr.) 5 augustus 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU0590, r.o. 4.4: *'Bij de waardering van de feiten en omstandigheden die tot het verwijderingsbesluit hebben geleid, heeft de Stichting een eigen vrijheid die de voorzieningenrechter slechts marginaal kan toetsen.'*

214 Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.10; Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.3 en 4.6, maar let wel op het slagen van grief IV in hoger beroep: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.5. Zie hiernaast r.o. 4.16 waarin het hof overweegt dat niet in geschil is dat de school beleid mag voeren waarbij leerlingen niet tweemaal in hetzelfde jaar mogen blijven zitten en dat de toepassing van dat beleid door het hof slechts op redelijkheid wordt getoetst.

215 Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1608; Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081 met vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759; Rb. Arnhem (vzr.) 18 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4396; Rb. Zwolle (vzr.) 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868.
In het mbo: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954.

216 Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873; Rb. Amsterdam 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8224 (met vervolg Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:329, voor het vervolg van het tussenarrest: Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3480); Rb. Amsterdam (vzr.) 25 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8235; Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614; Rb. Haarlem (vzr.) 5 augustus 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU0590.

217 Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AS4143, r.o. 5.2; Rb. Haarlem (vzr.) 21 maart 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AF6131, r.o. 5.10.

ouders en/of kinderen moet horen.[218] Ook moet een school voor bijzonder onderwijs de redenen voor het verwijderingsbesluit bekend maken en dus het besluit voldoende motiveren. In deze motivering zal de school haar belangenafweging zichtbaar maken. In de rechtspraak krijgt deze belangenafweging ook duidelijk een plaats. Zo wordt er benoemd welke betrokken belangen in aanmerking genomen moeten worden. Het draait met name om een afweging van de belangen van de te verwijderen leerling, de medeleerlingen en de school en haar medewerkers.[219] De vraag is kort gezegd of de gemaakte belangenafweging de rechterlijke toets doorstaat en de school dus in redelijkheid tot verwijdering heeft kunnen besluiten.[220] In diverse gevallen is dit volgens de rechter inderdaad het geval en heeft de school tot de zware maatregel van verwijdering mogen overgaan.[221] In andere gevallen niet, omdat er geen afdoende rechtvaardiging voor de verwijdering bestaat[222] of omdat verwijde-

218 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010 ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, voor het kort geding over verwijdering zie Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171; Rb. Arnhem18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK6615, r.o. 4.6; Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614; Rb. Haarlem (vzr.) 4 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN2431; Rb. Zwolle (vzr.) 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868.

219 Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134, r.o. 4.3; Rb. Den Haag (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3827; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201, vervolg op Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.4 de school moet bij de keuze van een maatregel rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de desbetreffende leerling *'waarbij in aanmerking dient te worden genomen de ernstige gevolgen die een schorsing voor onbepaalde tijd en verwijdering heeft voor een leerplichtige leerling en voor [A] in het bijzonder'*; Rb. Zwolle (vzr.) 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868, r.o. 14.

220 In twee gevallen wordt expliciet benoemd dat bij de beoordeling van de redelijkheid van de aan de leerling opgelegde maatregel enerzijds de aanleiding voor de maatregel en het aandeel van de leerling daarin van belang is en anderzijds de gevolgen van een en ander voor alle betrokkenen. Bovendien wordt aangegeven dat de betrokken belangen van de leerling, de Stichting en de overige leerlingen moeten worden gewogen. Zie Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134, r.o. 4.3; Rb. Den Haag (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3827, r.o. 4.2.
Vgl. Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873, r.o. 4.10, 4.11.

221 Bijv. Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1608, r.o. 3.6; Rb. Arnhem18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK6615, r.o. 4.7; Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873, r.o. 4.11: *'Een afweging van de wederzijdse belangen kan niet tot een ander oordeel leiden. In de gegeven omstandigheden moet het belang van de School om de regels betreffende de rust en veiligheid in de school strikt te kunnen handhaven en om niet meer te worden geconfronteerd met agressieve gedragingen van [Y]* zwaarder wegen dan diens belang om zijn opleiding op [SG de A] te kunnen voortzetten.'

222 Hof Amsterdam 1 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP2670, r.o. 4.5: *'Ten aanzien van de vraag of de gestelde vertrouwensbreuk voldoende is om de verwijdering van [kind] van de school te rechtvaardigen, overweegt het hof dat zulks naar zijn voorlopig oordeel niet het geval is. Daarbij* hecht het hof met name gewicht aan het zeer grote belang van scholing voor de minderjarige *[kind]. Het hof acht voldoende aannemelijk dat [kind] (mede gelet op zijn handicaps en de ervaringen*

ring gelet op de belangen van de leerling in het voorliggende geval een te zware maatregel is.[223] De inmenging van de rechter gaat soms best ver, zo is mijn indruk; wellicht is de daadwerkelijke toets in sommige gevallen intensiever dan vooropgesteld. Duidelijk is wel dat met verwijdering in het algemeen volgens de rechtspraak niet te lichtvaardig moet worden omgegaan aangezien het een erg ingrijpend middel is.[224] Ook moet er voldaan zijn aan het wettelijke vereiste van het vinden van een andere school.[225]

Elementen van een proportionaliteitstoets zijn in de civiele rechtspraak aan te treffen. Bijvoorbeeld omdat ouders hun pijlen er soms exact op richten.[226] Soms wordt door de rechter gesproken in termen van te zware maatregelen of in termen van rechtvaardiging: 'Vervolgens ligt ter beoordeling de vraag of dit gedrag van [Y] de zware maatregel van definitieve verwijdering kan rechtvaardigen, hetgeen door [X] wordt betwist'.[227] Wat in de beoordeling

---

van de school) niet gemakkelijk op een andere reguliere basisschool in de regio zal worden aangenomen.'

223 Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AV4857, r.o. 4.9: '*Echter, definitieve verwijdering van de opleiding is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter een te zware maatregel. Voor dat oordeel is in het bijzonder van belang dat niet gebleken is dat [eiser] zich eerder schuldig heeft gemaakt aan misdragingen vergelijkbaar in ernst met die in kwestie en evenmin dat in verband daarmee eerder maatregelen tegen hem zijn getroffen. Daarbij komt dat in dit geval het* belang van [eiser] om op reguliere wijze zijn opleiding te kunnen vervolgen en afmaken, een in zijn voordeel uitvallende, zwaarwegende rol speelt.'
Vgl. Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171, r.o. 4.13: '*De voorzieningenrechter concludeert uit het voorgaande echter tevens dat de maatregel tot definitieve verwijdering die de SKOV ten aanzien van de hoofddader [B] heeft toegepast in het geval van [A]* te verstrekkend *is.*'
Vgl. in geval van een particuliere school Rb. Utrecht (vzr.) 2 januari 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AA9454, r.o. 3.7 onderaan: '*De aan [het kind] opgelegde straf wordt derhalve in vergelijking tot de andere opgelegde maatregelen,* onevenredig zwaar geoordeeld, *althans niet aannemelijk is geworden dat Stebo in redelijkheid – en beargumenteerd – tot dat onderscheid heeft kunnen komen.*'

224 Zie bijv. in overwegend dezelfde bewoordingen als de bestuursrechter: Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081, r.o. 5.5: '*In het geval van bijvoorbeeld een ernstig verstoorde relatie tussen school en ouders die negatieve invloed heeft op het ordelijk functioneren van de school als geheel dan wel individuele leerkrachten en/of andere medewerkers, kan verwijdering van een leerling in voorkomend geval voor het bevoegd gezag als het enige dan wel laatste middel worden beschouwd om een dergelijke situatie het hoofd te bieden. Omdat sprake is van een zodanig ingrijpend middel dient hiertoe slechts in zeer uitzonderlijke gevallen te worden overgegaan, waarbij, afgezien van de vereisten van art. 40 Wpo, de belangen van de leerling, ouders en school terdege in overweging dienen te worden genomen.*' Met vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201; Vgl. Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171, r.o. 4.4.

225 Vgl. Rechtbank Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134; Hof Amsterdam 23 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1377.

226 Bijv. Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081, r.o. 2.11 en r.o. 5.8. (met vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759, r.o. 3.5.

227 Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873, r.o. 4.9
Zie ook: Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614, r.o. 6 onder beoordeling: '*Vervolgens staat ter beoordeling het antwoord op de vraag of het incident met de*

precies leidend is, valt niet in zijn algemeenheid uit de rechtspraak af te leiden. Het gaat immers telkens om unieke gevallen en een daarop toegespitste belangenafweging, waarvan de beoordeling zich doorgaans afspeelt binnen een terughoudende toets. Net als bij de bestuursrechter wordt er niet standaard een proportionaliteitstoets uitgevoerd.

In een paar gevallen komt naar voren dat de school had kunnen volstaan met een minder vergaande sanctie zoals schorsing in plaats van verwijdering. Hierin valt dus iets van een toets aan het subsidiariteitsbeginsel terug te zien.[228] Dit beginsel vormt echter geen zelfstandig criterium binnen de rechterlijke toets.

5.4.4.3 Vergelijking bestuurs- en civielrechtelijke toetsing van verwijdering

Het lijkt erop dat de civiele rechter een vergelijkbare houding als de bestuursrechter inzake verwijderingsgeschillen aanneemt. Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter noemt de relevante artikelen uit de Wpo en de Wvo waaruit de verwijderingsbevoegdheden volgen en de procedurele vereisten die daarbij komen kijken. De civiele rechter staat daarnaast duidelijk stil bij verwijderingsbepalingen die te vinden zijn in het betreffende leerlingenstatuut of in het schoolreglement. De bestuursrechter doet dit aanzienlijk minder. In beide gebieden komt wel duidelijk naar voren dat de school voldoende zorgvuldigheid moet betrachten bij het nemen van het verwijderingsbesluit, aangezien het nu eenmaal een erg ingrijpend middel is.

Beide rechters stellen doorgaans voorop dat zij terughoudend ofwel marginaal toetsen, als gevolg van de beoordelings- of beleidsvrijheid van de school of vanwege de vrijheid bij de waardering van de ernst van het incident of gedrag. Zo wordt er recht gedaan aan de pedagogische autonomie, didactische vrijheid en de onderwijskundige inzichten van de school. De gekozen bewoordingen ten aanzien van de verantwoording van de terughoudende toets kunnen verschillen, maar in essentie vragen beide rechters zich af of de school (niet) in redelijkheid tot het verwijderingsbesluit heeft kunnen komen. In beide

---

nitraatbom (…) voldoende rechtvaardiging biedt voor het omstreden verwijderingsbesluit, hetgeen door [eiseres] uitdrukkelijk is betwist.'
Vgl. Hof Amsterdam 23 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1377, r.o. 2.4: *'Indien, zoals in dit geval, een partij opkomt tegen een besluit van een school een leerling te verwijderen, ligt het op de weg van die partij om,(…) aannemelijk te maken dat het aangevallen besluit ondeugdelijk is (…) dat het besluit [X] van school te verwijderen zonder goede grond is genomen. Uit de door Scholen aan Zee overgelegde stukken blijkt genoegzaam dat de incidenten waarbij [X] betrokken was, van dien aard waren dat deze de conclusie rechtvaardigen dat [X] niet langer kon worden gehandhaafd op school'*.

228 Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171, r.o. 4.14; Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AV4857, r.o. 4.8; Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081, r.o. 5.8 (met vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201). Vgl. Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015, r.o. 3.5.

gevallen voeren de rechters dus een *algemene* redelijkheidstoets uit. Zo wordt er niet zelfstandig of expliciet getoetst aan de geschiktheid, de proportionaliteit en subsidiariteit van elke verwijderingsmaatregel. Wel komen elementen van een dergelijke toets in sommige uitspraken naar voren, maar algemene lijnen zijn hier slechts beperkt uit af te leiden. De redelijkheidstoets vindt plaats aan de hand van een open norm, waaruit lastig harde toetsingselementen kunnen worden afgeleid.

Duidelijk is wel dat bij beide rechters de belangenafweging centraal staat en dat er met het oog op de door de school gemaakte belangenafweging wordt nagegaan of de maatregel de rechterlijke toets doorstaat. Mijn indruk is dat sommige rechters, hoewel zij voorop stellen dat er slechts marginaal kan worden getoetst, in werkelijkheid intensiever toetsen. Een harde uitspraak is hierover evenwel niet te doen. Het intensiever toetsen hoeft niet per se een probleem te vormen. Verschillende verwijderingsuitspraken van de geschillencommissie bijvoorbeeld tonen aan dat het door deze commissie wenselijk wordt gevonden dat de minder vergaande maatregel wordt aangewend, althans dat een leerling pas verwijderd mag worden als een minder vergaande maatregel niet werkt. Ook wordt in de themabrief van de LKC weergegeven dat een lijn in hun adviezen is dat de maatregel proportioneel moet zijn. Een minder afstandelijke toetsing kan hieraan tegemoet komen.

5.5 Vergelijking en verhouding tussen ontbinding, opzegging en verwijdering

De voorgaande schets van de middelen en hun toepassing in het onderwijs laat zien hoe ontbinding wegens het tekortschieten van de leerling in de nakoming van diens verplichtingen door een school kan worden gehanteerd in het onderwijs. In theorie kan ook de leerling ontbinden. De school moet in dat geval tekortgeschoten zijn. De leerling kan evenwel ook opzeggen, waarbij tekortkoming, verzuim en ingebrekestelling geen rol spelen. Het is voor de onderwijscontext het meest passend als de leerling te allen tijde de overeenkomst zal kunnen opzeggen. Aan te nemen valt voorts dat ook aan de school een opzeggingsmogelijkheid toekomt, maar dan enkel in geval van gewichtige redenen.[229] De verwijderingsbevoegdheid neergelegd in onderwijswetgeving komt uiteraard enkel de school toe. Welke overeenkomsten en verschillen bestaan er tussen deze bevoegdheden van de school tot ontbinding, opzegging en verwijdering, bezien vanuit toepassing door de school? En kunnen de eventuele verschillen worden ondervangen?

Alle instrumenten zijn ingrijpende ofwel vergaande middelen. Zij dragen een definitief karakter en laten een einde komen aan de rechtsverhouding die

229 Beide mijns inziens naar analogie met de opzegging van de overeenkomst van opdracht in het algemeen en van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Zie par. 5.3.3.

tussen partijen bestaat. De instrumenten bevrijden partijen van hun gebondenheid en wel voor de toekomst, de verplichtingen die betrekking hebben op het verleden worden in stand gelaten. Voor de ontbinding en opzegging is dit evident. Ook voor de verwijdering lijkt dit het geval te zijn. In het kader van de verwijderingsmaatregel wordt echter niet geproblematiseerd of met de verwijdering ook de rechtsverhouding eindigt. Verwijdering wordt wel als een reden of aanleiding voor uitschrijving van de leerling gezien.[230] De verwijdering lijkt dan ook het einde van de rechtsverhouding te impliceren. Dit kan ook worden afgeleid uit de ratio van het mededelen van de verwijdering aan de Inspectie van het onderwijs: dit is het moment waarop de inschrijvingsplicht uit de Leerplichtwet herleeft voor de daarvoor verantwoordelijke personen.[231] Beoogd is met de verwijdering van de leerling de rechtsverhouding te beëindigen.

De school heeft de vrijheid om te beslissen al dan niet tot ontbinding, opzegging of verwijdering over te gaan. Deze instrumenten kennen een ruim toepassingsgebied. Zo worden de gronden in de wettelijke regelingen niet letterlijk omschreven. Ontbinding kan worden ingezet in geval van een 'tekortkoming in de nakoming van een verbintenis' uit de onderwijsovereenkomst. Opzegging kan worden toegepast in geval van 'gewichtige redenen'. Een tekortkoming van de leerling is dus niet vereist, deze gewichtige redenen kunnen geheel en al bij de school zijn gelegen. Gronden voor verwijdering worden niet in de wet voorgeschreven. Deze bevoegdheid is dan ook niet voor een specifieke situatie geschreven. Wel vormt verwijdering met name een reactie op het (wan)gedrag van de leerling in geval van een ernstige verstoring van de rust of veiligheid op een school.

De ratio van de verschillende instrumenten – dat wil zeggen de reden voor toekenning van de bevoegdheid in algemene zin – is lastig te achterhalen en daarom niet goed te vergelijken. Bij ontbinding is deze mogelijk gelegen in het definitief verliezen van het vertrouwen in de wederpartij, in dit geval de leerling. Het zou niet redelijk zijn de school nog gebonden te houden aan de overeenkomst indien de leerling achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt. De ratio van opzegging kan zijn dat het niet redelijk is de school vast te houden aan de relatie met de leerling, indien er gewichtige redenen zijn om die te beëindigen. De ratio achter verwijdering heb ik niet kunnen achterhalen. Maar de reden om een van de instrumenten in te zetten is wel te vergelijken. Zo is bijvoorbeeld wel duidelijk geworden met welk doel verwijdering wordt ingezet, namelijk ter waarborging van de orde, rust en veiligheid. Ook ontbinding en opzegging kunnen met dit doel worden ingezet, al hoeft dit niet steeds het geval te zijn. Het is afhankelijk van het eigen doel dat de school voor ogen heeft. Ook de aanleiding om een van de drie instrumenten in te zetten kan vergelijkbaar zijn. Deze zal vaak gelegen zijn in het gedrag van de leerling,

230 Storimans 2009, p. 81.
231 Storimans 2009, p. 83.

waardoor bijvoorbeeld een onhoudbare situatie is ontstaan en het vertrouwen in het voortzetten van de relatie definitief is verbroken. Bij opzegging kan evenwel ook sprake zijn van gewichtige redenen die buiten de invloedssfeer van de leerling liggen.

De voorwaarden die gelden voor het inroepen van de bevoegdheden, lijken ook gelijkenissen te vertonen, al zijn deze in de ontbindings- en opzeggingsbevoegdheid duidelijker terug te zien dan in de weergave van de verwijderingsbevoegdheid in de wet. Zo kennen ontbinding en opzegging een bepaalde drempel voordat zij ingeroepen zullen kunnen worden. De tenzij-clausule brengt mee dat er niet ontbonden kan worden wanneer de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Is de tekortkoming van de leerling te gering van betekenis, dan kan de overeenkomst niet worden ontbonden. Ook de bijzondere aard van de tekortkoming (denk aan een eventuele stoornis die de leerling heeft) of de ingrijpende gevolgen (zoals het moeten wisselen van school) kunnen meebrengen dat ontbinding niet mogelijk is. Er zal voldoende rekening moeten worden gehouden met de betrokken belangen. De belangen van de leerling zullen worden afgewogen tegen de belangen van de school. De tekortkoming moet ontbinding rechtvaardigen, zo kan de tenzij-clausule vereisen dat de ontbinding in verhouding staat met de ernst van tekortkoming (proportionaliteit wat betreft middel – ernst van de tekortkoming). Is dat niet het geval dan kan niet tot ontbinding worden overgegaan. Staat de geringe betekenis van de tekortkoming in de weg aan ontbinding, dan kan dit tot gevolg hebben dat de school zou moeten kiezen voor een minder vergaand middel (subsidiariteit over de band van proportionaliteit). De opzeggingsdrempel zit hem in de gewichtige redenen, waarvoor het wederom aankomt op een belangenafweging. Er zal zeker niet door de school 'zo maar' tot opzegging over kunnen worden gedaan; uitgangspunt is de niet opzegbaarheid. Met name wordt relevant of van de school kan worden gevergd of zij de relatie met de leerling laat voortduren. De onderwijswetgeving geeft voor de verwijderingsbevoegdheid geen aanknopingspunten wat betreft inhoudelijke voorwaarden, zij behelst voornamelijk procedurele voorschriften. Wel vloeit uit het inherent ingrijpende karakter van de verwijdering voort dat tot deze beslissing niet te gemakkelijk mag worden overgegaan, de school dient een zorgvuldige belangenafweging te maken en moet daarbij nastreven dat de nadelige gevolgen voor de leerling in verhouding zijn met de door het verwijderingsbesluit te dienen doelen (evenredigheid, proportionaliteit wat betreft doel–middel).

Ook de houding die de civiele rechter aanneemt ten aanzien van algemene ontbindingszaken en de toets die de bestuursrechter en de civiele rechter hanteert ten aanzien van verwijderingszaken is vergelijkbaar. De civiele rechter probeert zich bij ontbinding te houden aan het uitgangspunt dat iedere tekortkoming recht geeft op ontbinding, maar kan waken tegen een wanverhouding indien de wederpartij een beroep doet op de tenzij-clausule. De bestuursrechter en ook de civiele rechter houden het op een marginale toets van de waardering

van feiten en belangen en de afweging daarvan, vanwege de beoordelings- en beleidsvrijheid van de school ten aanzien van het nemen van het verwijderingsbesluit. Zij gaan na of de school (niet) in redelijkheid tot het verwijderingsbesluit had kunnen komen. De rechters toetsen daarbij niet standaard aan proportionaliteit en subsidiariteit.

Het in gebreke stellen van de leerling lijkt voor ontbinding van de onderwijsovereenkomst niet vereist, aangezien de tekortkoming van de kant van de leerling een blijvende onmogelijkheid van nakoming meebrengt en daardoor verzuim geen rol speelt. Zo bezien hoeft de leerling niet eerst een redelijke termijn voor nakoming gegund te worden. Ook de verwijdering vereist geen waarschuwing, althans niet volgens de wet. Wel zou er bij toepassing in het onderwijs voor gekozen kunnen worden om een ingebrekestelling of waarschuwing te hanteren en dus de leerling een redelijke termijn te gunnen nog na te komen.

Wat de procedurele voorschriften betreft is duidelijk dat de algemene ontbindingsregeling en de niet gecodificeerde opzeggingsregeling geen voorschriften kennen zoals deze voor verwijdering zijn opgenomen in de onderwijswetgeving. Hierin lijken op het eerste gezicht belangrijke verschillen gelegen. Op het eerste gezicht, want blijken zal dat het vermogensrecht in dergelijke voorschriften kan voorzien. Sommige elementen zijn wel impliciet terug te vinden in de ontbindings- en de opzeggingsregeling en liggen besloten in de toepassing van deze bevoegdheden in de context van het onderwijs. Andere kunnen via bijvoorbeeld de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden toegepast.

Zo wordt in de onderwijswetgeving bepaald dat de leerkracht (in het primair onderwijs) en de leerling en/of de ouders (in zowel het primair als het voortgezet onderwijs) moeten worden gehoord, voordat tot verwijdering kan worden overgegaan. Artikel 6:265 BW kent een dergelijk vereiste niet expliciet, maar aangenomen kan worden dat een goede uitvoering van de onderwijsovereenkomst door de school mede inhoudt dat leerkrachten en leerlingen en/of ouders ook gehoord worden alvorens de school een beroep kan doen op een tekortkoming van de leerling en vervolgens op de ontbindingsbevoegdheid. De school zal in kaart moeten brengen of er sprake is van een tekortkoming en wat hiervan de ernst is. Ook de gevolgen van de eventuele ontbinding zullen nader inzichtelijk moeten worden gemaakt, mede ten behoeve van de te maken belangenafweging. De vraag of sprake is van een tekortkoming en of die tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, raakt de prestaties van beide partijen over en weer. De school zal in overweging moeten nemen wat de leerling maar ook de school zelf heeft uitgevoerd. Ook het betrekken van de Inspectie zoals vereist in het voortgezet onderwijs kan in dit kader worden geplaatst. De school zal moeten nagaan op welke andere wijze de leerling onderwijs zal kunnen volgen. Deze nadere vereisten kunnen worden gesitueerd in de eigen verplichtingen van de school en in de beoordeling van de tekortkoming van de leerling. Ook een beroep op de onaanvaard-

baarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat een beroep op de ontbindingsbevoegdheid zonder ouders of leerlingen vooraf te horen en overleg te voeren met de inspectie niet mogelijk is. De ruimte voor toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW is in geval van ontbinding in algemene zin volgens de Hoge Raad misschien beperkt, maar de ruimte is er wel.[232] Bij opzegging zal de school het horen en voeren van overleg eveneens mee moeten nemen in de beoordeling van de vraag of in de omstandigheden van het geval sprake is van een gewichtige reden. Eveneens zou artikel 6:248 lid 2 BW aan een beroep op opzegging zonder het vooraf horen of voeren van overleg in de weg kunnen staan.

Een school is verplicht een andere school te vinden die bereid is de leerling toe te laten alvorens tot verwijdering over te gaan. Dit vereiste is niet te vinden in de wettelijke regeling van ontbinding. Wel wordt hieraan ook bij de invulling van ontbinding recht gedaan. Zo zullen mijns inziens indien er geen andere school is gevonden de ingrijpende gevolgen meebrengen dat de ontbinding niet gerechtvaardigd is en een beroep op de tenzij-clausule slaagt. Is er geen andere school gevonden dan zal de leerling thuis komen te zitten en verstoken raken van onderwijs. Gelet op die ingrijpende gevolgen zal een ontbinding zonder het vinden van een andere school naar mijn idee niet gerechtvaardigd en dus niet mogelijk zijn.[233] Deze consequentie lijkt mij haast inherent aan toepassing van ontbinding in de context van het onderwijs. De school zal de tenzij-clausule ook zelf van tevoren in acht moeten nemen. Voor opzegging zal mijns inziens moeten worden aangesloten bij opzegging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.[234] Deze mogelijkheid tot opzegging is onderhevig aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid[235] en net als bij geneeskundige behandeling kan dit ook in het onderwijs tot gevolg hebben dat adequate vervanging moet worden gevonden. Dat brengt mee dat ook alvorens kan worden opgezegd een andere school zal moeten worden gevonden. Er zou ook een verbintenis tot het vinden van een andere school kunnen worden aangenomen op grond van artikel 6:248 lid 1 BW, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Van deze verbintenis kan de leerling nakoming vorderen. En tot slot kan deze verplichting een postcontractuele verplichting inhouden. Zou het element van gerechtvaardigd zijn van de ontbinding of de adequate vervanging in het kader van opzegging niet al aan een geslaagd beroep in de weg staan, dan zou er alsnog – gelet op het bestaan van een postcontractuele verplichting – niet onder de verplichting een andere school te vinden kunnen worden uitgekomen.

Het Inrichtingsbesluit Wvo verbiedt het scholen om een leerling in de loop van het jaar wegens onvoldoende vorderingen te verwijderen. De ontbindings-

232 Zie par. 5.2.3.
233 Zie par. 5.2.2 over mijn toepassing van de tenzij-clausule in het onderwijs.
234 Zie par. 5.3.3.
235 Zie par. 5.3.2.

regeling kent deze specifieke beperking niet. Het tekortkomingsbegrip is gekoppeld aan de verbintenissen tussen partijen: de tekortkoming ziet op de prestaties waartoe de leerling zich verplicht. Maar de leerling verplicht zich natuurlijk niet tot het halen van voldoendes, zodat in geval van onvoldoende vorderingen niet enkel om die reden van een tekortkoming kan worden gesproken. Met name zal niet van een tekortkoming gesproken kunnen worden wanneer in ogenschouw wordt genomen dat inherent is aan de onderwijsverhouding dat de leerling een ontwikkelingsproces doormaakt, sommige leerlingen zijn laatbloeiers. Met de focus op de verplichtingen waartoe de leerling zich verbindt en het beperkte tekortkomingsbegrip zal niet gevreesd hoeven worden dat een onderwijsovereenkomst met een leerling gedurende het jaar wegens onvoldoende vorderingen kan worden ontbonden. Wel moet de leerling zich voldoende inspannen. Haalt een leerling slechte cijfers, dan zou dat het gevolg kunnen zijn van onvoldoende inspanning. Dit hoeft evenwel niet het geval te zijn, aangezien het uiteraard ook aan het (wellicht te hoge) niveau kan liggen. Scholen zijn vrij zelf regels voor het zitten blijven in te richten. Veel scholen voeren bijvoorbeeld het beleid dat er niet meer dan twee keer gedoubleerd kan worden. Deze beperking in het kunnen overdoen van klassen heeft mijns inziens niet zo zeer te maken met een tekortkoming aan de zijde van de leerling. Er zal immers niet altijd sprake zijn van een tekortschieten en ook is niet altijd aan te tonen dat er wel is tekortgeschoten in de inspanningsverplichting, ook een leerling die zich erg hard inzet kan het niveau niet halen. Ontbinding is in deze gevallen dus niet mogelijk, terwijl verwijdering dat wel is. De grens die scholen leggen aan het doubleren hoeft evenwel niet geplaatst te worden binnen het tekortkomingsbegrip. Het niet meer dan twee keer mogen doubleren heeft meer met beleid te maken. Deze beperking zou daarom als ontbindende voorwaarde kunnen worden gezien. Blijft een leerling twee keer zitten dan treedt de ontbindende voorwaarde in en zal de onderwijsovereenkomst worden ontbonden, tenzij de school reden ziet aan deze ontbindende voorwaarde geen gevolg te geven. Bij opzegging zou het halen van onvoldoende vorderingen in de loop van het jaar simpelweg geen gewichtige reden opleveren, het meer dan twee keer doubleren wellicht wel.

De verwijdering moet schriftelijk en onder opgave van redenen aan de leerling en/of de ouders worden meegedeeld. Ook een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring moet schriftelijk geschieden. Voor een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring is volgens de Hoge Raad 'in zijn algemeenheid' vereist dat de gronden worden vermeld.[236] Aldus laat hij ruimte voor uitzonderingen. De bijzondere verhouding tussen leerling en school zal mijns inziens meebrengen dat de ontbinding in de context van het onderwijs wel onder vermelding van de gronden moet plaatsvinden wil deze rechtsgevolg hebben. Dezelfde vereisten kunnen op basis van de redelijkheid en billijkheid bij

236 HR 27 mei 2011, *NJ* 2011/257 (*Elbrink/Halfman).*

opzegging worden gesteld, zodat de opzegging schriftelijk en onder vermelding van gronden moet geschieden.

Hoewel de wet deze procedurele voorschriften die gelden in het kader van de verwijdering, bij ontbinding en opzegging niet expliciet noemt, worden zij dus in de uitwerking van deze middelen wel ondervangen. Dan blijven er nog twee punten over waarop naar mijn idee de instrumenten wel verschillen. Deze hebben niet zo zeer met de voorwaarden voor uitoefening van de instrumenten te maken als wel met de vervolgstappen die een school moet nemen indien zij een leerling verwijdert. Het betreft de aspecten van het schriftelijk en onder opgave van redenen in kennis stellen van de Inspectie van het Onderwijs (voor het voortgezet onderwijs) en de mogelijkheid tot bezwaar (in het primair en voortgezet onderwijs). Bij verwijdering geldt volgens het Inrichtingsbesluit Wvo de verplichting tot het schriftelijk en onder opgave van redenen in kennis stellen van de Inspectie van het Onderwijs. Deze verplichting mist bij ontbinding of opzegging. Ook het kunnen maken van bezwaar is een vervolg dat noch ontbinding noch opzegging kent. Dit zou kunnen meebrengen dat hoewel ontbinding en opzegging op zichzelf kunnen worden gehanteerd, deze middelen zich niet voor de verhouding in het onderwijs lenen aangezien het in het onderwijs mogelijk moet zijn om bezwaar te kunnen maken.

Ten aanzien van deze voorschriften rijst de vraag of het leerstuk van samenloop kan worden toegepast, zoals ook besproken in het kader van opschorting.[237] Is ontbinding of opzegging op voorhand uitgesloten omdat voor verwijdering het in kennis stellen van de Inspectie en de mogelijkheid tot bezwaar bestaat? Met andere woorden brengt het Inrichtingsbesluit Wvo en de Wpo onvermijdelijk mee dat op de ontbindings- of opzeggingsbevoegdheid geen beroep kan worden gedaan? Mijns inziens is dit niet het geval. Op vergelijkbare wijze als bij de vijfdagentermijn in het kader van schorsing en opschorting kunnen ontbinding en opzegging worden toegestaan onder de voorwaarde dat de school ook bij inzet van deze instrumenten voldoet aan de verplichting de Inspectie in kennis te stellen en de leerling of ouders de mogelijkheid te geven in bezwaar te gaan, met andere woorden in de gelegenheid stellen een heroverweging te vragen. Dit is in lijn met artikel 3:14 BW.

Tot dit resultaat kan ook worden gekomen door de benadering dat het verplicht inlichten van de Inspectie van het Onderwijs bij, in bredere termen geformuleerd, de beëindiging van de onderwijsverhouding onderdeel van de overeenkomst uit kan maken – buiten de mogelijkheid dat partijen de verplichting reeds zelf zijn overeengekomen – vanwege aanvulling op grond van de wet (middels art. 14 lid 3 Inrichtingsbesluit) of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie voor beide aanvullingsgronden art. 6:248 lid 1 BW, waarover hoofdstuk 3). Bij de vaststelling van wat deze maatstaven van redelijkheid en billijkheid eisen (art. 3:12 BW) zal acht worden geslagen op de praktijk om

237 Zie par. 4.4.

de Inspectie op de hoogte te brengen bij beëindiging van de verhouding en de verplichting hiertoe geuit in de onderwijswetgeving in het kader van de verwijdering. Een school zou dan op basis van de gesloten overeenkomst, die is aangevuld, na ontbinding of opzegging de Inspectie moeten inlichten.

Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid die bij verwijdering in het primair en voortgezet onderwijs wordt geboden om als leerling of ouders bij het bevoegd gezag in bezwaar te gaan. Het kunnen maken van bezwaar bij het bevoegd gezag, in die zin dat je als leerling een heroverweging moet kunnen vragen en krijgen, zal – buiten de mogelijkheid dat partijen de heroverweging reeds zelf zijn overeengekomen – via artikel 6:248 lid 1 BW aanvulling op grond van de wet (middels art. 40 lid 11 Wpo, 63 Wpo en 15 Inrichtingsbesluit Wvo) of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onderdeel van de overeenkomst uit kunnen maken. Ten aanzien van de eisen van redelijkheid en billijkheid zullen met name de gezichtspunten ten aanzien van de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen meebrengen dat een leerling een mogelijkheid tot heroverweging (bezwaar) van de beëindiging van de onderwijsverhouding zal hebben.

Ik houd het er dan ook bij dat indien ontbinding of opzegging wordt gehanteerd, voldoende rekening moet worden gehouden met het publiekrechtelijke kader dat geldt voor verwijdering. De waarborgen die dit kader kent, moeten niet ter zijde worden gelegd. Bij ontbinding, opzegging en verwijdering gaat het immers om ingrijpende middelen die het einde van de onderwijsverhouding betekenen. Voor een groot gedeelte zullen de waarborgen vervat zijn in de voorwaarden die aan de uitoefening van ontbinding en opzegging worden gesteld. De voorschriften ten aanzien van de nasleep van de verwijdering waarbij dit niet reeds het geval is, zullen toch kunnen doorwerken in de privaatrechtelijke context. Tot dit resultaat wordt gekomen via toepassing van het samenloopleerstuk en artikel 3:14 BW. Ook zullen de verplichtingen deel uitmaken van de overeenkomst op grond van de wet of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De civielrechtelijke routes kunnen worden gehanteerd, maar daarbij moeten dus ook de verplichtingen uit de onderwijswetgeving in ogenschouw worden genomen.

Al met al is er dus weinig verschil in toepassing van ontbinding, opzegging en verwijdering door een school. Duidelijk is geworden dat het toepassen van ontbinding en opzegging niet problematisch is. Deze contractenrechtelijke instrumenten zijn flexibel, er zal bij de uitoefening rekening moeten worden gehouden met de bijzondere context van het onderwijs en met het publiekrechtelijke kader.

5.6 De civiele rechter en de beëindiging van de onderwijsverhouding: verwijdering, ontbinding én opzegging?

Hoe gaat de civiele rechter om met de instrumenten verwijdering, ontbinding en opzegging in het onderwijs? Er zijn geen uitspraken betreffende het primair

en voortgezet bekostigd onderwijs waarin op de verhouding tussen deze instrumenten wordt ingegaan. Er is wel een aantal uitspraken inzake particuliere scholen voor voortgezet onderwijs, instellingen voor beroepsonderwijs en hoger onderwijs waarin een beroep wordt gedaan op verschillende beëindigingsmogelijkheden, maar daarin wordt de verhouding tussen deze instrumenten niet helder.

Soms wordt de algemene term 'beëindigen' gehanteerd, zonder dat duidelijk wordt gemaakt of daarmee gedoeld wordt op verwijdering, ontbinding of opzegging.[238] Zo blijkt uit een zaak aangaande een particuliere school dat verwijdering van een leerling met zich kan brengen dat de contractuele relatie wordt beëindigd.[239] In een uitspraak over een overeenkomst betreffende een opleiding tot piloot wordt gesproken van 'de beëindiging, belichaamd in de verwijdering'.[240] Ook de bewoordingen gebezigd door een school kunnen door elkaar lopen. Zo wordt er in een bepaald geval door een school eerst bekend gemaakt dat de desbetreffende leerling 'na het schooljaar zal worden uitgeschreven als leerling van de school' en 'dat de termijn van de gesloten overeenkomst niet zal worden verlengd'. Vervolgens wordt toch expliciet een verwijderingsbesluit genomen en wordt door de school medegedeeld dat

238 Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 10 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5247, waarin slechts de overkoepelende term 'beëindiging van de overeenkomst' wordt gebruikt en geen onderscheid in verwijdering, opzegging of ontbinding wordt gemaakt. ROC Eindhoven wil de overeenkomst tot Manager opslag en vervoer met een student die een stoornis in het autismespectrum heeft beëindigen, aangezien er al voor de vierde keer een negatief bindend studieadvies is verstrekt, de student niet in voldoende mate geschikt is voor de opleiding en de opleiding niet kan leiden tot het doel waar die op is gericht. De voorzieningenrechter overweegt dat hierin in beginsel een zwaarwichtige reden voor beëindiging is gelegen. Na afweging van de belangen komt de rechter tot het oordeel dat de belangen van de school zwaarder dienen te wegen. Daarin neemt hij mee dat de leerling heeft aangegeven graag vrachtwagenchauffeur te willen worden en met de opleiding tot manager niets wil doen.

239 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350. Beëindiging van de contractuele relatie kan echter niet zomaar plaatsvinden, zie r.o. 4.4: *'Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of de school door het nemen van het besluit [tot verwijdering; SV] heeft gehandeld in strijd met de overeenkomst of anderszins in strijd met het recht heeft gehandeld. Uitgangspunt is dat de school, zoals hier KWIC, niet de vrijheid heeft naar goeddunken de relatie te beëindigen. Afgezien van de zojuist al gememoreerde wettelijke eisen van het Inrichtingsbesluit, staat de inhoud van de contractuele relatie daaraan in de weg. Die relatie brengt immers mee dat de leerling er in beginsel op mag vertrouwen dat hij in de gelegenheid zal worden gesteld het gehele in de overeenkomst voorziene curriculum van zijn studierichting te doorlopen en met deelname aan het eindexamen af te ronden. Op dit recht van de leerling kan alleen inbreuk worden gemaakt als de school daartoe redenen heeft die zodanig zwaarwichtig zijn dat van haar voortzetting van de relatie met de leerling redelijkerwijs niet kan worden gevergd.'*

240 Rb. Maastricht 12 januari 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AS4153. De overeenkomst is volgens de rechter niet op grond van het in de toepasselijke voorwaarden te vinden artikel over opzegging of het artikel over ontbinding beëindigd. Wel leidt de rechter uit de opstelling van partijen af dat zij over een weer in elk geval vinden dat de overeenkomst is beëindigd.

'besloten is de leerling per einde van het schooljaar te verwijderen'. Tot slot wordt in deze zaak door de rechter overwogen dat 'gelet op de voorwaardelijke toelating de inschrijving van de leerling bij de Stichting van rechtswege aan het einde van het schooljaar afloopt'.[241] Opvallend is dat er zoveel verschillende bewoordingen worden gebruikt. Hierdoor blijft onduidelijk welk instrument wordt ingezet en welk toetsingskader van toepassing is. Het lijkt mij evident dat in het algemeen met verwijdering van een leerling wordt beoogd de onderwijsrelatie te beëindigen.

Soms wordt wel specifiek van ontbinding gesproken. Zo wordt er in geval van verwijdering van een leerling van een particuliere school (het Luzac) door de ouders (*q.q.*) aangevoerd dat van ontbinding van de studieovereenkomst geen sprake kan zijn, omdat verwijdering van school niet de ontbinding van de studieovereenkomst impliceert. Volgens hen was de studieovereenkomst ook na de verwijdering nog van kracht. Volgens de rechter kan het besluit tot verwijdering geen standhouden, over het punt van ontbinding overweegt hij vervolgens ten overvloede:

> '(…) dat uit de brief van 15 januari 2007 niet valt te begrijpen dat met het besluit tot verwijdering van [de zoon] is beoogd de studieovereenkomst te ontbinden. Een expliciete bevoegdheid tot ontbinding is neergelegd in artikel 3 lid 5 van de algemene bepalingen van de studieovereenkomst, waarop het bevoegd gezag zich in het besluit niet heeft beroepen. Dat de overeenkomst niet is ontbonden blijkt ook uit het feit dat het bevoegd gezag stelt dat van restitutie van het schoolgeld geen sprake kan zijn. Bij ontbinding zou gedeeltelijke terugbetaling wel aan de orde zijn.'[242]

Kennelijk vormden verwijdering en ontbinding twee op zichzelf staande instrumenten die in de overeenkomst met het Luzac waren opgenomen. In de digitaal te raadplegen Algemene Bepalingen uit 2016 die het Luzac hanteert wordt gesproken van het 'beëindigen/ontbinden van de studieovereenkomst' (art. 3 lid 5) en wordt aangegeven dat het verwijderen van de leerling tevens een 'beëindiging/ontbinding van de studieovereenkomst' tot gevolg heeft (art. 13 leden 2 en 5).

In een uitspraak over het beroepsonderwijs lijken de instrumenten verwijdering en ontbinding op een lijn te worden geplaatst. Een leerling wordt geschorst in afwachting van verwijdering. In de uitspraak is te vinden dat de school de onderwijsovereenkomst met de student buitengerechtelijk heeft ontbonden. De rechter meent evenwel dat de school in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen de leerling nog steeds de toegang te ontzeggen. Ook de ontbinding houdt daardoor geen stand:

---

241 Rb. Den Haag (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDH:2013:CA3827, zie respectievelijk r.o. 2.5, 2.9, 4.5 in combinatie met 2.2.

242 Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ8894, r.o. 3.8.

> 'Op grond van het vorenstaande komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat gedaagde in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen om [naam zoon] nu nog de toegang tot de school te ontzeggen c.q. te schorsen. Alle feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang bezien rechtvaardigen geen ontbinding van de onderwijsovereenkomst door gedaagde.'[243]

Ook wat betreft de verhouding tussen opzegging en verwijdering is het beeld uiteenlopend. Ook blijkens de rechtspraak komt een student de opzeggingsmogelijkheid toe, zo werd deze bijvoorbeeld bevoegd geacht de studieovereenkomst betreffende een Master in Projectmanagement te allen tijde op te zeggen krachtens artikel 7:408 lid 1 BW. De studieovereenkomst werd door de kantonrechter aangemerkt als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 lid 1 BW) en aangezien het annuleringskostenbeding in strijd was met de dwingende wetsbepaling van artikel 7:408 lid 3 BW hoefde de student de gevorderde 25% van de opleidingskosten niet te betalen.[244]

In een andere zaak komt de vraag naar voren of een onderwijsinstelling de mogelijkheid heeft de overeenkomst op te zeggen. Het hof beschouwt de leerovereenkomst inzake een opleiding tot piloot als een overeenkomst van opdracht en overweegt dat de onderwijsinstelling DFA de overeenkomst alleen kan opzeggen als er sprake is van gewichtige redenen (art. 7:408 lid 2 BW).[245] De student is geschorst en hem is onmiddellijke verwijdering aangezegd. Hij is 'zowel feitelijk als juridisch niet meer toegelaten' en aan de overige studenten is medegedeeld dat 'hij niet meer zal terugkeren'. Het hof beschouwt 'dit' als een opzegging van de leerovereenkomst. De verschillende instrumenten – de (aangezegde) verwijdering en de opzegging – lijken dus op één lijn te worden geplaatst. Indien het bezwaar/beroep van de student zal worden afgewezen, hetgeen ook is gebeurd, zal de overeenkomst terstond worden beëindigd, zo heeft de onderwijsinstelling meegedeeld. De leerovereenkomst is beëindigd,

---

243 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954, r.o. 3.15. Zie voor een beëindiging van de onderwijsovereenkomst wegens wanbetaling door de student: Rb. Den Haag 11 december 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:15297. LOI geeft aan dat er sprake is van *ontbinding* vanaf november 2016 (voor de toekomst, want LOI vordert betaling van de termijnen die zien op het verleden) nadat zij in augustus de student van de digitale leeromgeving had uitgesloten, maar volgens de rechtbank heeft het er veel meer 'de schijn van dat eenvoudigweg in augustus 2016 van de zijde van eiseres is besloten tot *beëindiging* van de opleidingsovereenkomst (op grond van artikel 8 van de algemene voorwaarden), waarbij de *opzegtermijn* van drie maanden in rekening is gebracht'. Het onverkort moeten betalen terwijl de student i.c. daar niets meer voor terug krijgt, acht de rechter onredelijk bezwarend. De student hoeft enkel te betalen over de periode waarin zij de opleiding volledig en zonder enige beperking heeft kunnen volgen.

244 Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5331. Zie voor meerdere uitspraken omtrent voortijdige beëindiging en annuleringsbedingen in studieovereenkomsten par. 3.5.5, voetnoot 291.

245 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.5 waarin wordt gesproken over artikel 7:408 lid 2 BW en daarnaast over de opzeggingsmogelijkheid uit art. 7.1 van de tussen partijen gesloten leerovereenkomst.

maar niet met wederzijds goedvinden, aldus het hof. De schorsing blijkt achteraf evenwel ten onrechte plaats te hebben gevonden, met als gevolg dat de instelling tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen uit de leerovereenkomst. Ook is er van andere gewichtige redenen niet gebleken op grond waarvan de instelling de leerovereenkomst had mogen opzeggen. Gevolg is dat de instelling schadeplichtig heeft opgezegd.[246]

Een voorbeeld uit het beroepsonderwijs maakt voor wat betreft de relatie tussen opzegging en verwijdering niet veel meer duidelijk. Het lijkt erop dat de instelling de termen opzegging en beëindiging door definitieve verwijdering door elkaar gebruikt.[247] In de algemene voorwaarden behorend bij de studieovereenkomst staan beide mogelijkheden onder 'Einde van de overeenkomst' apart genoemd.[248] In de berichtgeving wordt enerzijds door de school gesproken over opzegging van de onderwijsovereenkomst en anderzijds over de verwijdering waardoor de overeenkomst is beëindigd. De verwijdering staat in de uitspraak centraal. Nu deze verwijdering volgens de rechter geen stand kan houden onder andere omdat de instelling op zijn minst genomen niet zorgvuldig is geweest bij de naleving van de verwijderingsprocedureregels, wordt de school gehouden tot hervatting van de nakoming van de onderwijsovereenkomst.[249]

In een andere uitspraak overweegt het hof dat er voor wat betreft de in het geding zijnde leerovereenkomst tot piloot, gesloten tussen student en AIS Vliegopleidingen B.V., geen sprake is van een overeenkomst van opdracht nu de student niet de bevoegdheid tot instructie toekwam.[250] In de overeenkomst is opgenomen dat de student de overeenkomst 'voortijdig kan beëindigen' (art. 4.1). Ook AIS kan de overeenkomst 'opzeggen' indien de studieresultaten beneden de gestelde norm zijn en blijven (art. 4.2). In beide gevallen is AIS 'niet gehouden om de reeds vooruitbetaalde lesgelden te restitueren'. AIS heeft wegens achterblijvende studieresultaten moeten besluiten 'de studieovereenkomst te ontbinden conform artikel 4.1 en 4.2'. Nu blijkt voor de rechtbank dat beide partijen zich op het standpunt hebben gesteld dat AIS de overeenkomst heeft ontbonden en dat aldus de artikelen 4.1 en 4.2 niet aan de orde zijn. Ook het hof gaat hiervan uit zodat de artikelen uit de overeenkomst inzake opzegging zonder restitutie in dit geschil toepassing missen. Er wordt in plaats daarvan van ontbinding (ex art. 6:265 BW) uitgegaan, waarbij restitutie wel aan de orde is.[251] In het vervolg van het arrest gaat het hof na wat het gevolg van de ontbinding is. Fase een van de pilotenopleiding heeft

246 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.9, 2.15.
247 Rb. Arnhem (vzr.) 17 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI4332, r.o. 2.9 en 4.14.
248 Uit de (aanvullende) voorwaarden bij de desbetreffende onderwijsovereenkomst lijkt afgeleid te kunnen worden dat opzegging en verwijdering beide voor ongeoorloofd verzuim in te zetten zijn, zie de in r.o. 2.4 genoemde artikelen 1 en 2 en artikel 10 in r.o. 2.2.
249 Rb. Arnhem (vzr.) 17 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI4332, r.o. 4.15.
250 Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:10363, r.o. 4.3.
251 Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:10363, r.o. 4.4.

de student gevolgd, maar fase twee tot en met vijf niet. Wel heeft hij het lesgeld volledig betaald. Voor de verbintenissen die reeds zijn nagekomen zal de rechtsgrond in stand blijven maar ontstaan er wel ongedaanmakingsverbintenissen. De aard van de prestatie van het bieden van fase een van de pilotenopleiding sluit ongedaanmaking uit, aldus treedt een verbintenis tot waardevergoeding hiervoor in de plaats (art. 6:272 BW). Wat betreft de fasen waarin AIS nog niet jegens de student heeft gepresteerd zal de student een deel van het betaalde lesgeld terug behoren te krijgen. Om de grootte van het terug te betalen bedrag te bepalen, acht het hof het geraden dat partijen een onderlinge regeling zullen beproeven. Opzegging en ontbinding zijn volgens het hof te benaderen als verschillende instrumenten.

Ontbinding van een cursusovereenkomst krachtens artikel 6:265 BW is concreet toegepast in een zaak waarin drie kinderen de toegang tot hun muziekschool werd ontzegd vanwege inbraak en vernieling door de vader en de oudste zoon in het huis van hun drumleraar die een affaire had met de moeder.[252] De cursusovereenkomst werd beëindigd. Eisers vorderen wedertoelating aangezien er volgens hen geen sprake is van een rechtsgeldige ontbinding, nu hiervoor geen grond zou bestaan en er geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming. De school heeft in zijn aanmeldingsvoorwaarden staan dat bij onbehoorlijk en storend gedrag de leerling de toegang tot de les kan worden ontzegd, waarop een gesprek volgt met de directie. Voorts staat aangegeven dat de directie altijd beslist in geval van bijzonderheden, uitzonderingen en onduidelijkheden. Volgens de rechter 'lijken deze regels (mede) een uitwerking van de regel van artikel 6:265 lid 1 BW'.[253] Opvallend is dat niet wordt getoetst of op grond van het tweede lid verzuim vereist is. De rechter overweegt uiteindelijk dat van de kant van de oudste zoon sprake is van een 'tekortkoming die ontbinding rechtvaardigt', zodat het de muziekschool 'vrij staat om de cursusovereenkomst te beëindigen'.[254] Hem blijft de toegang dus ontzegd. Ten aanzien van de twee jongere kinderen overweegt de rechter dat er – onder andere omdat de ouders hebben toegezegd zich voorlopig (d.w.z. minimaal één kalenderjaar) niet op de school te zullen vertonen – geen rechtens aanvaardbare grond is hen de toegang tot de muziekschool te blijven ontzeggen. Van een tekortkoming die ontbinding van de overeenkomsten rechtvaardigt is dus geen sprake.[255]

In het primair en voortgezet bekostigd onderwijs wordt bij het aangaan van de rechtsverhouding niet zo zeer in termen van contract gesproken, de school houdt het bij verwijdering en ook leerlingen of ouders stellen voor de rechter de verwijdering centraal. Om deze redenen is het begrijpelijk dat in uitspraken in het primair en voortgezet onderwijs het middel verwijdering

252 Rb. Almelo (vzr.) 31 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK8253.
253 Rb. Almelo (vzr.) 31 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK8253, r.o. 4.
254 Rb. Almelo (vzr.) 31 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK8253, r.o. 5.
255 Rb. Almelo (vzr.) 31 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK8253, r.o. 6.

naar voren komt en niet ontbinding of opzegging, evenwel zonder dat dit enige indicatie oplevert dat voor de civielrechtelijke beëindigingsfiguren geen rol zou zijn weggelegd.

5.7 AFRONDING

De rechtsverhouding met een leerling kan op verschillende manieren worden beëindigd, door de leerling zelf of door de school. Uitgaande van een onderwijsovereenkomst rijst de vraag of en in hoeverre ontbinding en opzegging kunnen worden toegepast. In dit hoofdstuk is gebleken dat beide in het onderwijs kunnen worden toegepast. Contractuele instrumenten komen in beginsel aan beide partijen bij een overeenkomst toe. De leerling heeft echter een ruimere mogelijkheid tot opzegging dan de school. Aan te sluiten bij opzegging 'te allen tijde' lijkt zich het beste te lenen voor de verhouding in het onderwijs. Zou de leerling voor ontbinding kiezen, dan moet eerst worden aangetoond dat de school is tekortgeschoten.

Ontbinding is een bevoegdheid die de school zou kunnen inroepen wanneer een leerling achterblijft bij hetgeen op grond van de onderwijsovereenkomst van hem wordt gevergd. Bij de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid moet rekening worden gehouden met de context van het onderwijs. Zo is de ontbindingsmogelijkheid aan beperkingen onderworpen. Hoewel wellicht sprake is van blijvende onmogelijkheid bij niet-nakoming door een leerling zou de context in het onderwijs kunnen verlangen dat eerst een ingebrekestelling gestuurd wordt en de leerling in verzuim komt. Daarnaast zal gelet op het ontwikkelingsproces dat een leerling doormaakt de niet-nakoming niet te snel als een tekortkoming moeten worden bestempeld. Ook de uitzonderingsclausule die de ontbindingsregeling kent, zal in het onderwijs een belangrijke rol spelen. Het is aan de leerling zich hierop te beroepen, maar de school zal de gezichtspunten uit de tenzij-clausule in haar afweging alvorens al dan niet tot ontbinding over te gaan mee moeten nemen. De handvatten hieruit in de vorm van de geringe betekenis van de tekortkoming, de aard van de tekortkoming, het ingrijpende van de gevolgen en daarnaast alle omstandigheden van het geval en dus ook de aard van de overeenkomst bieden bij deze beoordeling of afweging houvast. De ontbinding is in het onderwijs beperkt tot een gedeeltelijke ontbinding enkel voor de toekomst, de verplichtingen die zien op het verleden blijven in stand. Er vloeien dan ook geen ongedaanmakings- of waardevergoedingsverbintenissen uit voort in het bekostigd onderwijs. Het ontbindingsleerstuk kan worden toegepast, het contractenrecht is daar flexibel genoeg voor. Het is echter wel de vraag of spreken in termen van tekortkoming voor leerlingen die zich in een groeiproces bevinden wel bevorderlijk is vanuit pedagogisch of psychologisch oogpunt. De beoordeling of dit het geval is, laat ik evenwel over aan andere disciplines.

Mogelijk is vanuit die optiek meer te zeggen voor opzegging van de rechtsverhouding in het onderwijs. Daarbij zal het uitgangspunt zijn dat een school in beginsel niet kan opzeggen, behoudens gewichtige redenen. Aldus komt het aan op de vraag of van gewichtige redenen sprake is, waarbij het gedrag of de niet-nakoming van de leerling niet in termen van tekortkoming wordt gegoten. Alle omstandigheden van het geval en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zullen meewegen in de vraag of een school kan opzeggen. Het uitgangspunt van niet opzegbaarheid spreekt aan, aangezien het gericht is op de voortgang van de rechtsverhouding met de leerling en het de instandhouding hiervan benadrukt.

De instrumenten opzegging en ontbinding tonen gelijkenissen met de mogelijkheid tot verwijdering van een leerling. Zo zijn het bijvoorbeeld alle drie vergaande, ingrijpende middelen, aangezien hierdoor de relatie definitief wordt beëindigd. De school kan zelf beslissen al dan niet van deze bevoegdheden gebruik te maken. En alle drie kennen zij een drempel voordat tot het middel moet worden overgegaan. Bij verwijdering is deze drempel echter niet in de onderwijswetgeving zelf terug te vinden. Wel staan in de onderwijswetgeving procedurele voorschriften ter bescherming van de belangen van de leerling. Bij zowel de ontbinding als de opzegging worden de procedurele waarborgen die de verwijderingsregeling kent reeds ondervangen. Deze liggen in vergaande mate namelijk al besloten in de toepassing van de bevoegdheid tot ontbinding of opzegging in de context van het onderwijs. Te denken valt hierbij aan het horen van de leerkracht en de leerling en/of de ouders, het verplicht zoeken van een andere school en het niet mogen beëindigen wegens onvoldoende vorderingen in de loop van het jaar. Ook met de voorschriften uit de onderwijswetgeving die met de vervolgstappen, dus na verwijdering, te maken hebben – zoals de melding bij de Inspectie van het Onderwijs en de mogelijkheid geven aan leerling en/of ouders tot bezwaar – zal rekening kunnen worden gehouden. Dit kan het resultaat zijn van toepassing van het samenloopleerstuk, in lijn met artikel 3:14 BW. Ook kunnen deze verplichtingen onderdeel van de overeenkomst uitmaken, via aanvulling op grond van de wet of via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Gevolg is dat ook indien tot ontbinding of opzegging zou worden overgegaan de Inspectie moet worden ingelicht en de leerling de mogelijkheid moet hebben een heroverweging te vragen en te krijgen.

De vraag is of deze contractenrechtelijke instrumenten de verhouding in het onderwijs wat te bieden hebben. Per saldo hebben zij misschien weinig toegevoegde waarde ten opzichte van de verwijdering: de drie instrumenten lijken op elkaar. Ontbinding en opzegging kunnen bovendien niet onverkort worden toegepast, aangezien bij de uitoefening rekening moet worden gehouden met de bijzondere context van het onderwijs en de waarborgen die de verwijderingsregeling kent. Toch kan gezegd worden dat opzegging voor de leerling een grondslag biedt voor beëindiging van de relatie indien hij ergens anders onderwijs wil volgen. In een buitencontractuele benadering ontbreekt

een dergelijke grondslag, daar kan de leerling kort gezegd 'opstappen'.[256] Ten aanzien van de ontbinding meen ik dat de tenzij-clausule handvatten te bieden heeft die in de wettelijke verwijderingsregeling ontbreken. De wegingsfactoren die terug te vinden zijn in de geringe betekenis en de aard van de tekortkoming en de ingrijpende gevolgen bieden betekenisvolle gezichtspunten in de afweging de rechtsverhouding met de leerling al dan niet tot een einde te laten komen.

256 Vgl. art. 10 Lpw waarover Storimans 2009, p. 78 e.v.

6 Slotbeschouwing

6.1 Uitgangspunt en vraagstelling

In dit proefschrift heb ik de overeenkomst als kwalificatie van de rechtsverhouding tussen school, leerlingen en eventueel hun ouders voorop gesteld – als grondslag van de verbintenissen van partijen over en weer – om vervolgens te laten zien wat een contractenrechtelijk perspectief voor deze verhouding in het primair en voortgezet onderwijs meebrengt en te bieden heeft.

In deze slotbeschouwing wil ik de toepassing van het contractenrechtelijke instrumentarium in het onderwijs op waarde schatten. Hiertoe zal ik in vogelvlucht de bevindingen uit de hoofdstukken 2 t/m 5 presenteren (par. 6.2). Vervolgens ga ik nader in op de bezwaren die in de literatuur zijn aangevoerd tegen het aannemen van een overeenkomst in het onderwijs (par. 6.3), gevolgd door enkele aanvullende observaties ten aanzien van toepassing van het contractenrecht in het onderwijs (par. 6.4). Ook verken ik of het aangewezen is een regeling in Boek 7 BW op te nemen (par. 6.5) en rond af met enkele aanbevelingen voor de wetgever en voor degenen die het onderwijsrecht bestuderen (par. 6.6).

6.2 De toepassing van het contractenrecht in het primair en voortgezet onderwijs

Totstandkoming

Uit hoofdstuk 2 volgt dat het vermogensrechtelijke kader betreffende de totstandkoming van een overeenkomst zonder problemen kan worden gehanteerd in de context van het onderwijs. De aanmelding en toelating kunnen langs de lat van de artikelen 6:217 en 3:33 (jo. 3:35) BW worden gezien in termen van aanbod en aanvaarding. Scholen doen door middel van open dagen en via uitwerking van hun onderwijsvisie in schoolplannen en -gidsen een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Ouders en/of het kind doen vervolgens desgewenst een aanbod door het kind aan te melden en de school kan of moet dit aanbod aanvaarden door het kind toe te laten.

Rondvraag onder ouders van schoolgaande kinderen leert dat bij het aangaan van de onderwijsverhouding niet in termen van aanbod en aanvaarding wordt gesproken. Dat is niet verwonderlijk, nu dat bij wel meer situaties het geval is. Niettemin sluit het model van aanbod en aanvaarding aan bij

aanmelding en toelating van een kind en laten aanmelding en toelating zich goed vertalen in termen van aanbod en aanvaarding. Zo bekeken levert het contractenrechtelijke kader omtrent totstandkoming wellicht weinig nieuws op.

De beperkte contractsvrijheid die ouders en kinderen ervaren omdat een kind verplicht is naar school te gaan en die sommige scholen treft omdat zij slechts beperkt kinderen als leerlingen mogen weigeren, staat aan de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst niet in de weg. Een contracteerplicht, ook in de vorm van een mogelijke acceptatieplicht, doet aan het ontstaan van een contract en de toepassing van het contractenrecht niet af. Van enigerlei mate van contractdwang is bovendien vaker sprake in verband met goederen en diensten die essentieel zijn in het maatschappelijk leven.

Hoofdstuk 2 laat zien dat het vermogensrechtelijk totstandkomingskader toch iets te bieden heeft. Het kan helpen de positie van betrokkenen vast te stellen, in het bijzonder of de ouders handelen voor zichzelf of als wettelijk vertegenwoordiger van hun kind dan wel in beide hoedanigheden tegelijk. Buiten het vermogensrecht ontbreekt een dergelijk kader.

Op grond van de algemene regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten (de artikelen 3:33, 3:35 en 6:217 BW) komt het bij deze vaststelling aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid. Dit geldt niet alleen voor de vraag of er sprake is van een geldige overeenkomst, maar ook voor de vraag tussen wie die overeenkomst geldt. Voor zover partijen zich bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst in het geheel niet hebben uitgelaten over de hoedanigheid van de ouders (*pro se*, *q.q.*, of beide tegelijk) zou de door de Hoge Raad in het *Baby Joost*-arrest uitgezette lijn kunnen worden gevolgd: de school mag er in een dergelijk geval vanuit gaan dat ouders als wettelijk vertegenwoordigers in naam van hun kind handelen. Gevolg hiervan is dat het kind partij wordt en (in beginsel) niet mede de ouders. Beogen ouders en school dat ouders wel partij worden, dan verdient het aanbeveling dat zij zich hier over uitlaten en dit expliciet afspreken.

Van belang is ook dat het vermogensrechtelijk kader voor de vraag wie partij is ruimte biedt om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Dit brengt mee dat er recht kan worden gedaan aan datgene dat zich tussen betrokkenen heeft voor gedaan en aan hun verwachtingen. Het kader dat wordt gevolgd sluit ook aan bij de ontwikkeling van kinderrechten. Het kind komt een eigen juridische positie toe. De wettelijke vertegenwoordiging stelt ouders in staat de overeenkomst te sluiten in naam van het steeds zelfstandiger handelende kind.

Inhoud

Het contractenrecht biedt een specifiek kader om de inhoud van de rechtsverhouding vast te stellen. Hoofdstuk 3 geeft de lijnen waarlangs de rechten en verplichtingen van partijen over en weer worden bepaald. Een dergelijk kader is in een buitencontractuele benadering niet voor handen. Het contractenrechtelijke kader geeft houvast, in de vorm van beoordelingscriteria en bronnen waarop moet worden teruggevallen, en brengt een zekere systematiek mee, gelet op het drieluik van uitleg, aanvulling en beperking.

Artikel 6:248 lid 1 BW bepaalt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst voortvloeien uit wat partijen zijn overeengekomen, als ook uit de wet, gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid, in aanmerking genomen de aard van de overeenkomst.

Wat partijen zijn overeengekomen wordt vastgesteld door uitleg van hun afspraken, aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf. Hierbij spelen onder andere de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol. Zo geldt ook voor het uitleggen van de tussen leerling en school overeengekomen rechtsgevolgen een flexibele en subtiele maatstaf waarbinnen rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het voorliggende geval, met de context van het onderwijs en met de belangen van de leerling en die van overige leerlingen, leerkrachten of de school. Deze belangen kleuren de verwachtingen van partijen in. De mogelijkheid van 'dynamische uitleg' geeft daar waar de verhouding tussen kind en school zich ontwikkelt ruimte om de overeenkomst mee te laten ontwikkelen.

Artikel 6:248 lid 1 BW legt ook een verbinding tussen de overeenkomst en de wet. In hoeverre onderwijswetgeving de overeenkomst, en daarmee de rechten en verplichtingen van partijen over en weer, in- of aanvult is afhankelijk van de formulering en strekking van de desbetreffende bepaling. Indien een bepaling uit de onderwijswetgeving zich leent voor de rechtsverhouding tussen de leerling en de school dan zal deze, wanneer partijen niets (anders) hebben afgesproken, de overeenkomst aanvullen. Zijn partijen iets overeengekomen dat afwijkt van de bepalingen in de onderwijswetgeving dan rijst de vraag of en in hoeverre er sprake is van regelend of dwingend recht. Is een wettelijke bepaling van dwingend recht dan kan er niet van worden afgeweken. Op dit punt is de onderwijswetgeving alles behalve toegesneden op de eventuele contractenrechtelijke gevolgen. Zij maakt niet duidelijk of strijd met de wet nietigheid of vernietigbaarheid van een van een beding of de overeenkomst meebrengt, dan wel of strijd met de wet anderszins wordt gesanctioneerd. De geldigheid van contractuele bedingen zal moeten worden beoordeeld aan de hand van artikel 3:40 BW. Het is de onderwijswetgever dan ook aan te bevelen stil te staan bij de eventuele privaatrechtelijke gevolgen van overtreding van onderwijswetgeving.

De overeenkomst kan ook worden aangevuld door de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hierbij kan met name rekening worden gehou-

den met de belangen van betrokkenen, zowel van de leerling als van overige leerlingen, leerkrachten en het bevoegd gezag (art. 3:12 BW). Aanvulling door middel van de redelijkheid en billijkheid ligt dicht tegen uitleg aan, maar de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ook zelfstandig een rol spelen, bijvoorbeeld wanneer uitleg geen duidelijkheid oplevert of na uitleg sprake is van een leemte in het contract die noopt tot aanvulling.

Ten slotte biedt artikel 6:248 lid 2 BW de mogelijkheid de vastgestelde rechtsgevolgen van de overeenkomst te beperken. Een regel die als gevolg van een onderwijsovereenkomst tussen partijen geldt, is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo kan ingegrepen worden wanneer zich onaanvaardbare bedingen in een onderwijsovereenkomst voordoen of hieruit onaanvaardbare gevolgen dreigen voort te vloeien.

Kortom, het kader helpt vast te stellen wat partijen hebben afgesproken en mogen verwachten, vult indien nodig aan wat partijen ongeregeld hebben gelaten en geeft de mogelijkheid in te grijpen indien dit noodzakelijk is.

Dit contractenrechtelijke kader voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding is flexibel en subtiel. Doordat het bij uitleg aankomt op de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, kan rekening worden gehouden met de context van het onderwijs, met de omstandigheden van het voorliggende geval en aldus met de feitelijkheden in het onderwijs. Er is voldoende gelegenheid om rekening te houden met de belangen van de leerling. Daarbij komt dat ook de belangen van overige betrokkenen, zoals medeleerlingen, leerkrachten en het bevoegd gezag niet over het hoofd worden gezien. Bij uitleg spelen immers de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol, waarbij rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Ook kan recht worden gedaan aan de vrijheid van onderwijs en dan met name aan het deelaspect van de vrijheid van inrichting die een school toekomt, haar pedagogische autonomie. In eerste instantie kunnen scholen en leerlingen zelf de inhoud van een onderwijsovereenkomst bepalen, zij het binnen bepaalde grenzen. Tevens kan er binnen het contractenrechtelijke kader ruimschoots rekening worden gehouden met publiekrechtelijke normering. Zo is er duidelijk een plaats ingeruimd voor aanvulling op grond van de wet, waaronder de onderwijswetgeving. Maar ook via andere routes kan onderwijswetgeving haar gelding hebben en van invloed zijn, doordat zij de rechten en verplichtingen van partijen nader in- en aanvult. Dit kan via uitleg en de aanvullende maar ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De rechten en verplichtingen van partijen over en weer zullen conform artikel 6:248 lid 1 BW worden vastgesteld. Ze zijn daarmee mede afhankelijk van wat partijen in een concreet geval voor ogen hadden en wat zij daaromtrent aanvoeren. Het is daarom niet mogelijk in algemene zin 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst te benoemen. Ik heb mij dan ook niet ten doel gesteld op zoek te gaan naar 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst. Wel

heb ik een inventarisatie gemaakt van de mogelijke hoofdverplichtingen en -rechten die in veel gevallen uit een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs zullen voortvloeien. Ook heb ik het rechtskarakter hiervan onderzocht en de overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst verkend. Inzicht in de hoofdverplichtingen en de karakteristieken van de overeenkomst is nodig met name om de toepassing van contractenrechtelijke remedies te kunnen onderzoeken. Zo is het voor de vraag hoe de opschortingsbevoegdheid of de ontbindingsbevoegdheid kan worden toegepast nodig te weten of de rechten en verplichtingen als 'verbintenis' kunnen worden aangemerkt en of de onderwijsovereenkomst als een 'wederkerige overeenkomst' kan worden gezien.

De rechtsverhouding kent in de kern drie hoofdverplichtingen van de school, die nauw met elkaar samenhangen: het geven van onderwijs, ervoor zorgen dat dit van voldoende kwaliteit is en plaats heeft in een veilige en gezonde omgeving, en het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs en de toetsen e.d. Deze hoofdverplichtingen zijn als verbintenissen aan te merken. Met deze verplichtingen bestaan corresponderende rechten van de leerling.

Ook op de leerling rusten drie hoofdverplichtingen. Zo is de leerling verplicht tot het deelnemen aan het onderwijs, de lessen en toetsen, tot het zich goed gedragen en onthouden van ordeverstorend gedrag en rust op hem de verplichting zich in te spannen tijdens het volgen van het onderwijs. Ook de verplichtingen van de leerling kunnen gekarakteriseerd worden als verbintenissen.

Van de verplichtingen die rusten op de school kan de leerling in rechte nakoming vorderen. Ook de school kan in beginsel in rechte nakoming vorderen van de verplichtingen van de leerling; het praktische belang van deze mogelijkheid is evenwel niet groot, nu de school in praktijk eerder andere middelen zal aanwenden om de leerling aan zijn verplichtingen te houden.

De overige karakteristieken van de overeenkomst hangen weliswaar af van uitleg van de overeenkomst in de concrete omstandigheden van het geval, maar in algemene zin kunnen de door mij geschetste verbintenissen als inspanningsverbintenissen worden beschouwd en niet als resultaatsverbintenissen. Verder is een onderwijsovereenkomst in algemene zin als wederkerige overeenkomst te kwalificeren: de school en de leerling zijn over en weer gehouden tot prestaties. Ook betreft deze een duurovereenkomst. Dit sluit aan bij de praktijk in het onderwijs waarin de rechtsverhouding in beginsel voor een langere periode wordt aangegaan en het draait om voortdurende prestaties van partijen over en weer. Hoewel de kwalificatie als overeenkomst van opdracht niet is uitgesloten, rijmt deze mijns inziens niet met de context van het primair en voortgezet onderwijs.

Opschorting

In hoofdstuk 4 is gebleken dat en hoe de bevoegdheid tot opschorting van een verplichting uit een onderwijsovereenkomst kan worden gebruikt. In de praktijk ligt het voor de hand dat alleen een school van een opschortingsbevoegdheid gebruik kan maken en niet ook de leerling. Als een leerling zich 'misdraagt' zou de verplichting tot het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs kunnen worden opgeschort. De onderwijswetgeving kent een vergelijkbaar instrument, de schorsing van een leerling. De vraag is hoe opschorting en schorsing zich tot elkaar verhouden.

Een vergelijking van opschorting en schorsing laat zien dat tussen de bevoegdheden veel overeenkomsten bestaan. Zo kennen beide bijvoorbeeld geen specifiek toepassingsgebied, is het voor beide de keuze aan de school er al dan niet toe over te gaan, wordt bij beide instrumenten de toegang tot de reguliere les onthouden en zijn beide tijdelijk van aard. Er zijn ook verschillen. De schorsingsregeling schrijft bijvoorbeeld voor dat schorsing schriftelijk bekend moet worden gemaakt. Dit is voor een beroep op opschorting in zijn algemeenheid niet vereist. Maar, redelijkheid en billijkheid zullen in de context van het onderwijs anders meebrengen. Zo zal een school pas mogen opschorten indien is medegedeeld dat en waarom er wordt opgeschort. De schorsingsregeling beperkt schorsing voorts tot vijf dagen, opschorting kent een dergelijk voorgeschreven beperking niet. Wanneer de verhouding tussen beide wordt onderzocht blijkt dat de verschillen die er op het eerste gezicht lijken te bestaan door het privaatrecht worden ondervangen, zonder dat er afbreuk wordt gedaan aan mogelijke waarborgen uit de schorsingsregeling. Zo zal ook in geval van opschorting rekening moeten worden gehouden met de maximale termijn van vijf dagen, die voor schorsing geldt. Tot dit resultaat kan worden gekomen door middel van het leerstuk van samenloop, maar ook artikel 3:14 BW en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid waaraan opschorting onderhevig is brengen dit mee.

De opschortingsbevoegdheid (art. 6:262 en 6:52 BW) biedt een fijnmaziger juridisch kader dan de schorsingsregeling in de onderwijswetgeving (art. 40c Wpo en art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo), waarin de belangen van school en leerling, bij de niet-nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling, kunnen worden afgewogen. De bevoegdheid is ingebed in de redelijkheid en billijkheid, met als maatstaf dat de tekortkoming de opschorting moet rechtvaardigen. De proportionaliteit van de maatregel staat voorop. Ook geeft deze zakelijker weer wat de school in wezen doet: het opschorten van het verschaffen van de toegang tot de school en het daar geven van onderwijs. De regeling prent partijen in dat het niet tot de les toelaten slechts een tijdelijke maatregel is, die niet verder gaat dan nodig is, en biedt een duidelijke grondslag voor de verplichting om te voorzien in begeleiding ook al is de leerling fysiek niet aanwezig op school. Het gaat enkel om opschorting van de verplichting tot het laten deelnemen aan het onderwijs en daarmee de toelating tot reguliere lessen; aan onderliggende verplichtingen zoals het geven van huiswerk en

instructie moet wel voldaan blijven worden. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Er is alle ruimte rekening te houden met specifieke aspecten van onderwijswetgeving zoals de procedurele waarborgen en de maximale termijn van vijf dagen.

Beëindiging

Hoofdstuk 5 gaat over de privaatrechtelijke beëindigingsmogelijkheden van ontbinding (art. 6:265 BW) en opzegging (niet als algemene bevoegdheid in het BW gecodificeerd) van de onderwijsovereenkomst. Zij kunnen dienen als aanvulling of alternatief voor de verwijdering van een leerling (art. 40 Wpo en art. 27 lid 1 jo. art. 14 Inrichtingsbesluit Wvo), althans voor zover de verwijdering de beëindiging van de overeenkomst impliceert.

Verwijdering staat uit de aard van de zaak alleen het bevoegd gezag ten dienste, terwijl ontbinding en opzegging in beginsel beide partijen toekomen, dus ook aan een leerling. Verwijdering, ontbinding en opzegging door de school zijn alle drie vergaande, ingrijpende middelen, omdat de relatie definitief zal worden beëindigd. De school heeft zelf de mogelijkheid te beslissen al dan niet de middelen in te zetten. Alle drie de bevoegdheden kennen wel een drempel voordat tot het middel kan worden overgegaan. Bij ontbinding is deze drempel duidelijk terug te vinden in de tenzij-clausule, bij opzegging bestaat deze in de gewichtige redenen die er moeten bestaan, bij verwijdering is evenwel geen drempel in de regeling zelf terug te vinden. Vanwege het ingrijpende van de maatregel kan er echter niet zomaar tot verwijdering worden overgegaan. Een school zal bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen.

In de onderwijswetgeving staan meerdere procedurele voorschriften ter bescherming van de belangen van de leerling. Verwijdering kan bijvoorbeeld niet plaatsvinden alvorens leerling en ouders te horen en alvorens een andere school is gevonden die bereid is de leerling toe te laten. Hoewel deze uiteraard niet worden genoemd in de ontbindings- of opzeggingsbevoegdheid, zullen zij ook bij uitoefening van deze contractenrechtelijke bevoegdheden in het onderwijs tot uiting komen en zijn deze als het ware inherent aan uitoefening van ontbinding en opzegging in het onderwijs. Zo zal bijvoorbeeld het verplicht horen van de leerkracht en de leerling en/of de ouders, het verplicht zoeken van een andere school en het niet mogen beëindigen wegens onvoldoende vorderingen in de loop van het jaar, reeds zijn opgenomen in respectievelijk de vraag of sprake is van een tekortkoming of van gewichtige redenen en het onderzoek dat daarvoor nodig is en de vraag of sprake is van ingrijpende gevolgen die aan ontbinding of opzegging in de weg zullen staan.

De onderwijswetgeving kent ook voorschriften die gelden nadat er tot verwijdering is besloten. Ook deze zullen bij gebruikmaking van ontbinding of opzegging niet over het hoofd kunnen worden gezien. Bijvoorbeeld de mogelijkheid na verwijdering in bezwaar te gaan zal bij ontbinding of opzegging zich uiten in de mogelijkheid een heroverweging te vragen. Hoewel deze

mogelijkheid niet inherent is aan de bevoegdheid tot ontbinding of opzegging zelf zal deze wel gelden op grond van de doorwerking van de onderwijswetgeving op het contract. Tot dit resultaat kan worden gekomen via het samenloopleerstuk, in lijn met artikel 3:14 BW. Ook zal de aanvulling op grond van de wet dan wel op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat aan een leerling de mogelijkheid tot bezwaar in de zin van heroverweging verzoeken toekomt.

Een school heeft de mogelijkheid tot opzegging van de overeenkomst, hiervoor is het evenwel aangewezen deze mogelijkheid enkel open te stellen in geval van gewichtige redenen. Deze gewichtige redenen kunnen worden gevonden in het gedrag van de leerling, maar zij kunnen ook geheel en al bij de school zelf gelegen zijn. Voor ontbinding door de school is nodig dat een leerling achterblijft in de nakoming van zijn verbintenissen. De tekortkoming zal de ontbinding moeten rechtvaardigen. Hier ligt het voor de hand niet te snel aan te nemen dat er sprake is van een tekortkoming, om de leerling de ruimte te laten zich te ontwikkelen en te groeien. Ook zullen de 'geringe betekenis van de tekortkoming', 'de aard van de tekortkoming', 'de ingrijpende gevolgen' en breder genomen 'alle omstandigheden van het geval', waaronder 'de aard van de overeenkomst' betekenisvolle handvatten bieden om te voorkomen dat een school te snel of te gemakkelijk tot ontbinding overgaat, nu het om jonge leerlingen gaat die verplicht zijn onderwijs te volgen. Ontbinding kan in het onderwijs alleen ontbinding voor de toekomst betreffen, de verplichtingen die zien op het verleden blijven dan ook in stand en er worden geen ongedaanmakingsverbintenissen in het leven geroepen.

De beëindigingsmogelijkheden laten zich kneden of vormen naar de bijzondere onderwijsverhouding. Het contractenrecht is in beginsel flexibel genoeg om ontbinding of opzegging toe te kunnen passen in het onderwijs. De vraag rijst wat de privaatrechtelijke beëindigingsmogelijkheden te bieden hebben voor de verhouding in het onderwijs. Al met al kan ontbinding met de tenzijclausule waarin aanknopingspunten of wegingsfactoren staan om te beoordelen of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, tegemoet komen aan het gebrek van dergelijke handvatten in de onderwijswetgeving, zonder dat hiermee de vrijheid van een school te zeer zou worden bekneld en met voldoende oog voor de belangen van de leerling. Ten aanzien van de leerling zou aansluiten bij opzegging 'te allen tijde' door de leerling het 'gat' kunnen vullen dat nu in principe bestaat wanneer een leerling 'opstapt'.

6.3 Reflectie: terug naar het debat in de literatuur

In het inleidende hoofdstuk van dit proefschrift stond ik stil bij het debat in de literatuur over de kwalificatie van de rechtsverhouding in het onderwijs en de daarin genoemde bezwaren tegen het aannemen van een overeenkomst.

De vraag is of de analyse van de toepassing van het contractenrecht in het primair en voortgezet onderwijs die bezwaren in een ander perspectief zet.[1]

Zowel voor het bijzonder als het openbaar onderwijs wordt de *vergaande publiekrechtelijke normering* als bezwaar aangevoerd. Uit de toepassing van alle behandelde leerstukken blijkt dat er met deze publiekrechtelijke normering in het contractenrecht ruimschoots rekening kan worden gehouden. Zo kan bij de totstandkoming van de overeenkomst publiekrechtelijke regelgeving haar uitwerking vinden in het model van aanbod en aanvaarding. Ouders moeten hun leerplichtige kind aanmelden, sommige scholen moeten een kind accepteren: het gaat om contracteerplichten. Bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst komt de onderwijswetgeving tot haar recht doordat het BW zélf voorziet in aanvulling van het door partijen overeengekomene door de wet (art. 6:248 lid 1 BW). Maar ook de leerstukken van uitleg, aanvulling en beperking van het overeengekomene op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen dienen als doorgeefluik van publiekrecht, waardoor bepalingen uit onderwijswetgeving doorklinken in de overeenkomst. Verder zal ook bij de uitoefening van de bevoegdheden die het contractenrecht biedt, rekening worden gehouden met voorschriften uit de onderwijswetgeving. Zo moet bijvoorbeeld bij opschorting rekening worden gehouden met de waarborgen uit de publiekrechtelijke schorsingsregeling, zoals de maximale schorsingstermijn van vijf dagen. En ook bij ontbinding en opzegging zal bijvoorbeeld de publiekrechtelijke geregelde mogelijkheid tot bezwaar en heroverweging in acht moeten worden genomen. De invloed die het publiekrecht kan uitoefenen hoeft aldus niet aan de kwalificatie als overeenkomst in de weg te staan.

Ook wordt het ontbreken van *wilsovereenstemming* aangevoerd als bezwaar tegen de kwalificatie als overeenkomst. Deze wilsovereenstemming zou ontbreken omdat ouders verplicht zijn hun kind op een school aan te melden en openbare scholen in beginsel elke leerling zouden moeten accepteren en ook bijzondere scholen soms geen mogelijkheid tot weigeren van een leerling hebben. Deze beperkte contractsvrijheid ofwel contractdwang die partijen ervaren staat aan het aannemen van een overeenkomst echter niet in de weg. Uit de schets ten aanzien van de totstandkoming blijkt dat ook wanneer de wil gestuurd wordt of ingegeven is om aan de dwang gehoor te geven een geldige rechtshandeling tot stand kan komen. Wil en verklaring stemmen immers (volgens het kader van de artikelen 6:217 en 3:33 (jo. 3:35) BW) overeen. Er is slechts vereist dat iemand een verklaring aflegt zoals hij die bedoelt. Dus ook wanneer iemand verplicht is een aanbod te doen of verplicht is een aanbod te aanvaarden kunnen deze rechtshandelingen geldig tot stand komen. Zo

1 Ik ga niet in op de bezwaren die op de kwalificatievraag zien, te weten het bezwaar betreffende het 'als zodanig' handelen van een openbare school, en het bezwaar dat toelating en verwijdering tot of van een openbare school publiekrechtelijke bevoegdheden zijn en leiden tot besluiten in de zin van de Awb, zodat er een publiekrechtelijke rechtsverhouding uit voortvloeit.

kan er dus ook een geldige onderwijsovereenkomst tot stand komen en wordt door contracteerplichten geen afbreuk gedaan aan het element van wilsovereenstemming.[2]

In de literatuur is – zie par. 3.2.7 – als voordeel van de overeenkomst aangemerkt dat 'glashelder is welke afspraken tussen partijen gelden en wat zij (niet) van elkaar mogen verwachten'.[3] Het maken van afspraken kan inderdaad helderheid verschaffen maar wel heeft als uitgangspunt te gelden dat de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen door uitleg nader vast zullen moeten worden gesteld. Tegen de overeenkomst is in gebracht dat nooit alles geregeld kan worden, nu 'vrijwel onmogelijk zal zijn een overeenkomst op schrift te stellen waarin alle rechten en verplichtingen van zowel school als leerling, ouders zijn opgenomen'.[4] Dit bezwaar geldt voor alle overeenkomsten, in welke context ook. Het is tegelijkertijd een geruststellende gedachte dat niet alles onder woorden behoeft te worden gebracht. Het burgerlijk recht is er juist op ingericht aan te vullen wat partijen ongeregeld laten.

In het kader van de publiekrechtelijke normering wordt verder gesteld dat het zwaartepunt van de rechtsverhouding wordt gevormd door een wettelijk bepaald standaardregime zodat een onderwijsovereenkomst niet meer is dan een ingang tot 'een standaardregime van rechtstreekse en onrechtstreekse wettelijke rechten en verplichtingen'.[5] Zelfs waar de onderwijswetgeving een belangrijke rol speelt bij het bepalen van de inhoud van een overeenkomst, is er met het systeem van 6:248 lid 1 BW ruimte voor partijen zelf en de redelijkheid en billijkheid om invulling te geven aan de rechtsverhouding, binnen de grenzen van dwingende wetsbepalingen.[6]

Tot slot zou het begrip *verbintenis* op problemen stuiten vanwege het vermogensrechtelijke karakter dat aan dit begrip wordt toegekend, waaraan het in de onderwijsverhouding zou ontbreken. Hoewel de aarzeling begrijpelijk is, kan de rechtsbetrekking wel een vermogensrechtelijk karakter worden toegedicht. Bijvoorbeeld in de verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs en het daarmee corresponderend recht op het ontvangen ervan kan dit vermogensrechtelijke karakter worden herkend. Zo wordt er bijvoorbeeld een vergoeding voor deze prestatie gegeven, zij het niet door de leerling die de prestatie ontvangt maar door de Staat. Dat deze vergoeding niet van de leerling komt, doet aan het vermogensrechtelijke karakter niet af. Daarbij komt dat het geven en ontvangen van onderwijs een bepaalde vermogenswaarde vertegenwoordigt en dat leerlingen bijvoorbeeld bij het krijgen van ondeugdelijk onderwijs schade kunnen lijden. Hoewel voor het aannemen

2 Zie hierover par. 2.2-2.4.
3 Huisman (red.) 2017, p. 106 in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroepsonderwijs.
4 Huisman (red.) 2017, p. 106, in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroepsonderwijs.
5 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111 over het bijzonder onderwijs.
6 Zie hierover par. 3.2.7.

van een verbintenis het zich voordoen van vermogenswaarde niet noodzakelijk is, geeft het wel een aanwijzing dat er van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking sprake is. Zo kan er van een verbintenisscheppende overeenkomst wel sprake zijn. Ook de andere geschetste hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten kunnen als verbintenissen voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden aangemerkt.[7]

De in de literatuur aangevoerde bezwaren ten aanzien van de toepassing van het contractenrecht blijven mijns inziens dus niet overeind. Daar voeg ik nog aan toe dat het contractenrechtelijk instrumentarium iets te bieden heeft en zich leent voor toepassing op de rechtsverhouding in het onderwijs, zoals uit de volgende paragraaf zal blijken.

6.4 AANVULLENDE OBSERVATIES

Zoals uit de behandelde leerstukken is af te leiden, biedt het contractenrecht kaders voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen school en leerling, en eventueel ook de ouders. Deze kaders ontbreken buiten het contractenrecht. Ze betreffen de gehele levensloop van de overeenkomst, van contractsluiting tot beëindiging.[8] Ze geven bovendien houvast in de vorm van een systeem van materieelrechtelijke beoordelingscriteria en gezichtspunten, aan de hand waarvan vragen omtrent het partij zijn bij de onderwijsovereenkomst, de inhoud van de onderwijsovereenkomst en de uitoefening van bevoegdheden kunnen worden beantwoord.

De kaders zijn flexibel en subtiel. De open normen laten ruimte om rekening te houden met de bijzondere context van het onderwijs en er is ruimte om betekenis toe te kennen aan de omstandigheden van het concrete geval, of die nu betrekking hebben op het ontwikkelingsproces dat leerlingen meemaken of de specifieke belangen van een individuele leerling, dan wel de belangen van de medeleerlingen, de ouders, de school en haar leerkrachten. Er kan recht worden gedaan aan de beleidsvrijheid van een school, de aan een openbare school toekomende pedagogische en organisatorische autonomie en voor het bijzonder onderwijs aan de vrijheid van onderwijs, waaronder de inrichtingsvrijheid.

Gelet op de ruimte die het contractenrecht biedt om rekening te houden met de context van het primair en voortgezet onderwijs en de specifieke omstandigheden van het geval, ligt het voor de hand te concluderen dat het contractenrecht zich leent voor toepassing op de rechtsverhoudingen in het onderwijs. Waar in de rechtspraak de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden wordt gelaten, zou voor de overeenkomst kunnen worden gekozen, zonder afbreuk te doen aan de betrokken belangen.

---

7 Zie hierover par. 3.3.3. e.v.

8 Het regelt de rechtsbetrekking tussen partijen in geheel. Vgl. Houben 2005, p. 222.

Toegegeven, ik heb mij niet gezet aan een meting van de effectiviteit of doeltreffendheid van enigerlei onderwijsovereenkomst. Ik heb geen empirische studie verricht naar de feitelijke gevolgen van het werken met een overeenkomst, bijvoorbeeld ter zake van het niveau van de inspanningen van de school en van de leerling, de leerresultaten of de betrokkenheid van de ouder. Toch veroorloof ik mij een enkele opmerking over wat men van een overeenkomst zou kunnen verwachten.

Men zou kunnen vrezen dat het benadrukken van de rechtsverhouding tussen de school en de leerling en eventueel zijn ouders, ertoe leidt dat de verhouding tussen school, leerling en ouders verzakelijkt of verjuridiseert. Hiertegenin zou kunnen worden gebracht dat die juridisering zich lijkt te hebben voltrokken zónder een expliciete keuze voor de overeenkomst als grondslag. Voorts zou kunnen worden opgemerkt dat het benadrukken van de wederkerigheid van de overeenkomst de rechtsverhouding meer in balans brengt: het gaat niet alleen om wat de school geacht wordt te doen, maar ook om wat van de leerling en eventueel zijn ouders wordt gevergd. Als er al sprake is van juridisering, dan juist is het een pluspunt dat het contractenrecht een flexibel kader biedt om deze juridisering het hoofd te bieden. Ten slotte maakt het aanvaarden van een contractueel kader ook duidelijk welke rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan niet-nakoming of tekortkoming; die duidelijkheid zal per saldo de rechtspositie van alle betrokkenen versterken.[9]

Vragen rondom de rol van de ouders, ouderparticipatie, schooladviezen en druk op het onderwijs zullen ook met een keuze voor het contractenrecht de kop op steken. Het contractenrecht biedt wel aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag hoe hiermee om te gaan. Zo kan de vraag wie partij is bij de overeenkomst en wat scholen van ouders kunnen vergen, worden beantwoord aan de hand van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer, in het kader van de totstandkoming of de uitleg van de overeenkomst. Vragen over bejegening van leerkrachten en ouders over en weer, of over het gedrag van ouders op het schoolplein kunnen opgaan in de vraag of ouders partij zijn bij de overeenkomst en in hoeverre hun gedrag kan worden toegerekend aan de leerling. Juist op dit punt kunnen de rechten van het kind die de – in toenemende mate – zelfstandige positie van het kind benadrukken, richtinggevend zijn, met als gevolg dat ouders en school hun onderlinge problemen op een andere manier moeten oplossen dan via het contract waarbij in beginsel alleen de leerling partij is.

Toepassing van het contractenrecht biedt niet in alle gevallen meer helderheid. De onderwijswetgeving is niet toegesneden op het bestaan van een

9 Hierover is aarzeling in het beroepsonderwijs. De Onderwijsraad lijkt in 2001 te hebben geconcludeerd in het kader van de evaluatie in het mbo dat de positie van de onderwijsdeelnemer vooralsnog niet is versterkt, zie 'WEB: Werk in Uitvoering. Een voorlopige evaluatie van de Wet educatie en beroepsonderwijs', advies Onderwijsraad, september 2001, p. 29. Zie ook de verkenning van Baas e.a. 2017.

vermogensrechtelijke onderwijsovereenkomst – ook al wordt die bij scholen in het bijzonder onderwijs verondersteld – met als gevolg dat onduidelijk is of afwijkende bedingen geldig zijn of niet, en zo nee wat hiervan het gevolg is. Een ander voorbeeld kan de samenloop van bevoegdheden als schorsing en verwijdering enerzijds en opschorting, opzegging en ontbinding anderzijds zijn. Hoewel het verbintenissenrecht zoals getoond de potentie heeft de verhouding tussen al deze publieke en private bevoegdheden te regelen, toegesneden op het primair en voortgezet onderwijs, kan men het wenselijk achten in een specifieke regeling bij deze verhouding nader stil te staan. Dit roept de vraag op of er behoefte is aan een eigen regeling van de onderwijsovereenkomst, bijvoorbeeld in Boek 7 BW.

6.5 NAAR EEN REGELING IN BOEK 7 BW?

Is voor een onderwijsovereenkomst een regeling in Boek 7 BW aangewezen, zoals in de literatuur wordt opgemerkt? Volgens de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW is er aanleiding een bijzondere overeenkomst te regelen, als het gaat om een veel voorkomende overeenkomst en partijen kan worden bespaard telkens weer de inhoud van hun overeenkomst vast te stellen.[10] De wetgever wordt geacht een duidelijke richtlijn neer te leggen, ter aanvulling van het overeengekomene. Voorts kan de wens één van beide partijen te beschermen aanleiding zijn te voorzien in de regeling van een bijzondere overeenkomst, door het bieden van dwingende wetsbepalingen.[11] Deze redenen gaan op voor de onderwijsovereenkomst. Hoewel het algemene contractenrecht alle mogelijkheden biedt om de rechtsverhouding tussen school, leerling en eventueel ouders te regelen, en waar nodig, de bijzondere belangen van partijen te beschermen, gaat het onmiskenbaar om een veelvoorkomende overeenkomst en lijkt het efficiënt ervoor te zorgen dat betrokkenen het wiel niet steeds opnieuw behoeven uit te vinden, in het bijzonder ter zake van de invloed van de specifieke onderwijswetgeving op de rechtsverhouding. Ten slotte zou een regeling het voordeel kunnen bieden van de zekerheid dát de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs een overeenkomst ís.

Toch vraag ik mij af of de tijd rijp is voor een regeling in Boek 7 BW. Hoewel Boek 7 BW een plek kan zijn voor het regelen van specifieke zaken betreffende de onderwijsovereenkomst is het nog de vraag of aan een specifieke regeling ook behoefte is. Mijns inziens is het verstandig zich eerst bewust te worden van de werking van de contractenrechtelijke leerstukken zelf en hoe er in de onderwijsverhouding gewerkt kan worden met het algemene contractenrecht zoals dat is neergelegd in Boek 6 BW, voordat naar een regeling in

10 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, en 6 Boek 7 titels, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 3, 4.
11 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, en 6 Boek 7 titels, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 4, 6.

Boek 7 wordt gegrepen. De noodzaak of behoefte moet zich in die zin eerst nog bewijzen. De conclusie luidt dan ook dat de introductie van de overeenkomst in Boek 7 BW nog niet aangewezen is. De overeenkomst lijkt als instrument om de rechtsverhouding te regelen nog niet te zijn ingeburgerd. Het zou goed zijn om het contractenrechtelijk perspectief eerst te bevorderen, óók bij de wetgever, die duidelijkheid zou kunnen verschaffen over de vraag of en in hoeverre de specifieke onderwijswetgeving doorwerkt in de rechtsverhouding, voor wat betreft de inhoud van de overeenkomst en ter zake van de verschillende bevoegdheden zoals opschorting en schorsing of ontbinding, opzegging en verwijdering.

Zou er in de toekomst wel worden gekozen voor een regeling in Boek 7 BW dan zou bij de verhouding tussen genoemde bevoegdheden expliciet stil kunnen worden gestaan. In dit verband zou er ook kunnen worden stilgestaan bij de vraag in hoeverre besluiten van openbare scholen omtrent toelating, schorsing en verwijdering hun karakter als besluit in de zin van de Awb behouden of daarvan worden ontdaan wanneer zij worden genomen binnen een contractuele rechtsverhouding.[12] In hoeverre zou een beslissing aan toepasselijkheid van de Awb worden onttrokken op het moment dat er wordt uitgegaan van een overeenkomst en eventueel wordt gekozen voor opschorting, ontbinding of opzegging in plaats van toelating, schorsing of verwijdering? En welke gevolgen zou dit meebrengen voor de rechterlijke competentie bij geschillen hieromtrent? Naar mijn idee kan het toelatingsbesluit door een openbare school dat zich laat vertalen in aanvaarding als besluit blijven worden gezien. Ook blijven schorsing en verwijdering door deze scholen als besluiten aan te merken. De toepassing van opschorting of ontbinding zou mijns inziens door de civiele rechter kunnen worden opgepakt, ook nu is de civiele rechter reeds aangewezen zich te buigen over zaken omtrent het openbaar (bijvoorbeeld ten aanzien van schadevergoeding) en bijzonder onderwijs (zowel ten aanzien van schadevergoeding als ten aanzien van toelatings-, schorsings- en verwijderingsgeschillen). Men zou zich evenwel ook omgekeerd kunnen afvragen of uitoefening van de opschortingsbevoegdheid door een openbare school (tevens) een besluit zou opleveren, bijvoorbeeld omdat deze als een gemengd privaat- en publiekrechtelijke rechtshandeling zou kunnen worden beschouwd. Hiermee samenhangend rijst de vraag in hoeverre dit implicaties heeft voor de rechterlijke competentie. Dreigt er te veel versnippering te ontstaan op het terrein van de diverse kwalificaties van beslissingen van scholen, de verschillende bevoegdheden die scholen toekomen en de rechterlijke competentie, dan is het wenselijk dat de wetgever hierin duidelijkheid verschaft. Wordt gekozen voor een nadere regeling in Boek 7 BW dan zouden dit soort vragen daarin of in de toelichting hierop kunnen worden ondervangen.

12 Vgl. in dit kader Vermeulen & Zoontjens 2006, onder par. 7, p. 16.

Andere onderwerpen die bijvoorbeeld in een regeling in Boek 7 BW zijn terug te vinden zijn bepalingen omtrent de hoofdverplichtingen die op partijen rusten, de beëindiging van de rechtsverhouding en het dwingende karakter van sommige bepalingen. Hier zou de wetgever zich dus over het al dan niet dwingende karakter van bepalingen uit de onderwijswetgeving kunnen uitspreken, al is dit met het oog op het dynamische karakter van de onderwijswetgeving en de diversiteit aan bepalingen misschien niet goed uitvoerbaar. Wel zou er wellicht in algemene zin stil kunnen worden gestaan bij de implicaties van onderwijswetgeving voor het contract. Ook is echter denkbaar de onderwijswetgeving zelf als plaats aan te wijzen waarin hiervan rekenschap wordt afgelegd.

6.6 AFRONDING EN AANBEVELING

Het onderzoek heeft laten zien hoe kernleerstukken uit het contractenrecht kunnen worden toegepast in het primair en voortgezet onderwijs, wat het instrumentarium meebrengt en te bieden heeft. Bezwaren in verband met de interactie tussen de publieke onderwijswetgeving en het privaatrechtelijke contractenrecht kunnen worden overwonnen. Het contractenrecht biedt bovendien overzichtelijke kaders die houvast geven bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen, van totstandkoming tot beëindiging van de rechtsverhouding. De leerstukken bieden ruimte om rekening te houden met de bijzondere context van het onderwijs.

Het is de wetgever aan te bevelen duidelijk te maken in hoeverre de onderwijswetgeving doorwerkt in de relatie met de leerling. Mijns inziens raken bepalingen die duidelijk gericht zijn op de leerling, die aldus (mede) de belangen van de leerling beogen te beschermen, de interne relatie tussen leerling en school en zouden daarom hierin kunnen doorwerken. Het kan daarbij gaan om zowel concrete als open normen. Gedacht moet worden aan met name bepalingen uit de onderwijswetgeving die, zoals eerder door mij onderscheiden en in algemene zin geformuleerd, de cognitieve aspecten, onderwijskundige uitgangspunten en maatschappelijke aspecten beslaan.[13] De wetgever zou de praktijk faciliteren als hij zich uitlaat over het effect van de onderwijswetgeving op de overeenkomst tussen school, leerling en eventueel de ouders, indien en voor zover deze wordt gehanteerd.

Ten slotte, waar dit boek geen uitsluitsel biedt over het antwoord op de vraag of de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs een overeenkomst is, biedt het wel aanknopingspunten ter ondersteuning van een keuze voor de overeenkomst. Rechtspraak en literatuur zouden een stap kunnen zetten door het uitgangspunt van dit proefschrift – de aanname dat

13 Zie par. 3.2.6.

er sprake is van een onderwijsovereenkomst – te verheffen tot uitgangspunt van de rechtsverhouding tussen school, leerling en eventueel de ouders.

Summary

EDUCATION CONTRACTS

Contract law doctrines applied to the legal relationship between schools, pupils and parents in primary and secondary, state-funded education.

1 A ROLE FOR CONTRACT IN EDUCATION

In this thesis I start from the assumption that the legal relationship between schools, pupils and possibly their parents qualifies as a contract – as a basis for the mutual obligations of the parties – in order then to illustrate what a contractual perspective offers and entails for this relationship in primary and secondary education.

In this summary I would like to consider the value of the application of contract law in education. To this end, I will briefly present the findings arising from chapters 2 to 5 (section 2). I will then look in more detail at the objections against the adoption of a contract in education raised in the literature (section 3), followed by a number of additional observations regarding the application of contract law in education (section 4). Furthermore, I will explore whether it is advisable to include a regulation in Book 7 of the Dutch Civil Code (DCC) (section 5). I will conclude with a few recommendations for both the legislator and for those who study education law (section 6).

2 THE APPLICATION OF CONTRACT LAW IN PRIMARY AND SECONDARY EDUCATION

Formation

It follows from chapter 2 that the framework in respect of the formation of a contract can be used in the context of education without any problems arising. The process of registration and admission can be seen in terms of offer and acceptance in conformity with articles 6:217 and 3:33 (in conjunction with 3:35) DCC. Schools invite parents and children to consider registration by means of open days and by elaborating their educational vision in school plans and school guides. If they so wish, parents and/or pupils then proceed to make an offer by registering and the school may or indeed must accept this offer by admitting the child.

Obviously, parents and schools do not communicate in terms of offer and acceptance. Nevertheless, the model of offer and acceptance corresponds with the registration and admission of a child such that registration and admission can be properly translated in terms of offer and acceptance. Viewed in this way, the framework of contract law relating to formation is not really novel and may be of little assistance.

The limited freedom of contract experienced by parents and children as a result of the requirement for a child to attend school and experienced by some schools due to the limited right to refuse children as pupils, does not obstruct the formation of an education contract. A contractual obligation, also in the form of a possible obligation to accept, affects neither the creation of a contract nor the application of contract law. Moreover, some degree of contractual constraint is more common, such as, in relation to goods and services that are essential in society.

Chapter 2 has shown that the framework of contract law relating to formation has indeed something to offer. It may help to determine who the parties concerned are and, in particular, whether the parents are acting on their own behalf, as legal representatives of their child or in both capacities simultaneously. Beyond contract law, there is no such framework to be found.

On the basis of the general rules relating to the formation of contracts (articles 3:33, 3:35 and 6:217 DCC), this determination is founded on, firstly, the parties' statements and conduct and secondly, on the way they interpreted and reasonably could interpret their statements and conduct reciprocally, taking into account all facts and circumstances. This applies not only to the question of whether a valid contract exists but also to the question of who the parties to the contract are. Insofar as the parties have not expressed themselves in respect of the capacity of the parents (pro se, on behalf of another or both at the same time) when entering into an education contract, the line taken by the Supreme Court in the *Baby Joost* judgment, may be followed, namely, that in such cases, the school may proceed on the basis that parents act as legal representatives on behalf of their child. The result of this is that the child becomes a party and (in principle) the parents do not. If the parents and the school seek that the parents do indeed become parties, it is recommended that this be explicitly expressed and agreed upon.

In considering the question of who constitutes a party, it is also important that the contract law framework allows for the circumstances of the particular case to be taken into account. This means that justice can be done in respect of what has been done between the parties involved and their expectations. Following this framework is also in line with the development of children's rights. The child has his or her own legal position. The legal representation enables parents to conclude the contract in the name of the increasingly independent child.

Contents

Contract law provides a specific framework for the determination of the content of the legal relationship. Chapter 3 sets out the context in which the mutual rights and obligations of the parties are determined. Such a framework does not apply to an extra-contractual approach. The contractual legal framework provides a basis, in the form of assessment criteria and sources to refer to and rely on. It brings a systematic approach, given the triad of interpretation, addition and limitation.

Article 6:248 paragraph 1 DCC stipulates that the legal consequences of a contract arise from what has been agreed upon by the parties, as well as from the law, from custom and from the requirements of reasonableness and fairness, taken into account the nature of the contract.

What the parties have agreed upon is determined by an interpretation of their agreements, in accordance with the *Haviltex formula.* An important role is played herein by, *interalia*, the legitimate expectations of the parties and the standards of reasonableness and fairness. Accordingly, for the interpretation of the legal consequences of agreements between the pupil and the school, a flexible and subtle measure applies in which the circumstances of the particular case, the context of education and the interests of the pupil and those of other pupils, teachers or the school, may be taken into account. These interests add colour to the expectations of the parties. The possibility of 'dynamic interpretation' provides scope for the contract to develop contemporaneously where the relationship between the child and the school develops.

Article 6:248 paragraph 1 DCC also establishes a link between the contract and the law. The extent to which legislation pertaining to education completes or supplements the contract and thus the rights and obligations of both parties, depends on the wording and the scope of the relevant provision. In the event that a provision of education legislation lends itself to the legal relationship between the pupil and the school, then, provided the parties have not agreed otherwise, it can supplement the contract. Alternatively, if the parties have agreed something that deviates from the provisions of education legislation, the question arises whether and to what extent the law is regulatory or mandatory. If a statutory provision is mandatory, it cannot be deviated from. In this respect, education legislation is far from being tailored to the eventual consequences for the contractual relationship. It does not make clear whether an infringement of the law results in a term of the contract or indeed, the entire contract being null and void or voidable, or whether the infringement of the law is otherwise sanctioned. The validity of contract terms will require to be assessed according to article 3:40 DCC. It is therefore advisable that the legislator considers the possible consequences of breaches of education legislation that may arise under private law.

The contract may also be supplemented by custom or the requirements of reasonableness and fairness. In particular, this allows for the interests of the parties involved, the pupil, the other pupils, the teachers and the competent

authority of a school to be taken into account (article 3:12 DCC). Supplementing by means of reasonableness and fairness is close to providing an interpretation, however, the additional effect of reasonableness and fairness may also play an independent role, for instance, where interpretation does not provide clarity or, following an interpretation, there is a gap in the contract, which requires to be filled.

Finally, article 6:248 paragraph 2 DCC offers the possibility to limit the legal consequences set forth in the contract. A rule that applies as a result of an education contract between the parties is not applicable insofar as this would be unacceptable according to the standards of reasonableness and fairness in the particular circumstances. In this way, action may be taken where unacceptable terms in an education contract arise or may arise therefrom.

In short, the framework, firstly, helps to determine what parties have agreed upon and may expect. Secondly, it supplements, where required, what parties have left unregulated and lastly, it provides for the possibility of intervening, if necessary.

The framework of contract law for the determination of the content of a legal relationship is both flexible and subtle. Given that interpretation is based on the legitimate expectations of the parties, it is possible to take into account the educational context, the circumstances of the particular case and thereby, facts relative to the education system. There is ample opportunity to take the interests of the pupil into account. In addition, the interests of other parties involved, such as fellow pupils, teachers and the competent authority are not overlooked. After all, the standards of reasonableness and fairness have a role to play in any interpretation, wherein account is taken of the societal and personal interests relevant to the case in question. It is also possible to do justice to the freedom of education, especially the integral aspect of the freedom to organise teaching to which a school is entitled, namely, its pedagogical autonomy. In the first instance, schools and pupils are free to determine the content of an education contract themselves, albeit within certain limitations. At the same time, considerable account can be taken of public law standards within the framework of contract law. This means that there is clearly a place for supplementing on the basis of the law, including legislation pertaining to education. However, education legislation may also have its validity and influence through other routes, given that it adds to and supplements the rights and obligations of the parties. This may be achieved by means of interpretation but also by either the supplementary or the restrictive effect of reasonableness and fairness.

The rights and obligations of both parties will be determined in accordance with article 6:248 paragraph 1 DCC. These are therefore also dependent on what the parties intended in a specific case and what their assertions were with regard to this. Consequently, it is not possible to specify 'the' content of the education contract in a general sense and I did not give myself the task of identifying 'the' content of the education contract. I have however made an

inventory of the principal rights and obligations that are likely to result, in many cases, from an education contract in primary and secondary education. I have also investigated the legal nature of these and explored the remaining characteristics of an education contract. Insight into the principal obligations and characteristics of the contract is necessary to be able to examine, primarily, the application of remedies under contract law. For instance, in relation to the question of how the right to withhold performance or the power of termination for breach may be applied, it is necessary to know whether the rights and duties may be regarded as 'obligations' and whether the education contract constitutes a 'reciprocal agreement'.

The legal relationship has at its core three principal duties for the school. These are closely linked to each other. Firstly, to provide education, secondly, to ensure that this is of sufficient quality and that this takes place in a safe and healthy environment and thirdly, to allow the pupil to participate in education and examinations. These principal duties can be regarded as obligations. Alongside these obligations there are corresponding pupil's rights.

The pupil also has three principal duties. It is compulsory for him or her to participate in education, lessons and examinations; to behave in a proper way and to refrain from disruptive behaviour and finally, to make an effort whilst attending school. These duties can also be characterised as obligations.

The pupil may seek to enforce the obligations imposed on the school in legal proceedings. The school may also, in principle, seek enforcement in legal proceedings of the pupil's obligations. Little importance is attached to this however since, in practice, schools are more likely to use other means to ensure pupils fulfil their obligations.

Although the other characteristics of the contract are indeed dependent on the interpretation of the contract in the specific circumstances of the case, generally speaking, the obligations that I have already outlined can be regarded as obligations to make best efforts, rather than obligations to achieve certain results. Furthermore, an education contract can generally be construed as a reciprocal agreement: both the school and the pupil are mutually obliged to perform. An education contract also concerns a continuing performance agreement. This is consistent with common practice in education whereby the legal relationship is, in principle, entered into for a longer period of time and revolves around the continuing performance of both parties. Although qualification as an contract for services is not excluded, in my view it is not compatible with the context of primary and secondary education.

Withholding performance of an obligation

Chapter 4 illustrates that the right to withhold performance of an obligation under an education contract can be invoked and outlines how this can be invoked. In practice, it is self-evident that only a school can invoke this power not the pupil. If a pupil 'misbehaves', the obligation to allow the pupil to participate in education may be withheld. Education legislation has a similar

instrument, the possibility to suspend a pupil: the suspension regulation. This begs the question: how do these two instruments relate to each other?

A comparison between the two shows that there are significant similarities between the right to withhold performance and suspension. For instance, neither has a specific field of application, in respect of both, the school has discretion as to whether or not to proceed, both deny access to regular lessons and are temporary in nature. There are also differences. The educational suspension regulation prescribes that notification of a suspension must be given in writing. This is not normally required in the context of the right to withhold performance. Nevertheless, reasonableness and fairness in the context of education may change this. A school, for example, will only be permitted to suspend if the pupil or his parent has been informed of this and the reasons for it. Further, suspension regulation limits suspension to five days whereas the right to withhold performance does not have such a prescribed restriction. When the relationship between the two is examined, it seems to be the case that the differences, which appear to exist at first glance, are addressed by private law, without prejudice to possible safeguards contained in the suspension regulation. Correspondingly, in the event of withholding performance, the maximum period of five days, applicable to suspension as regulated in accordance with education law, will require to be taken into account. This can be achieved by means of the doctrine of concurrence and further, article 3:14 DCC, and the standards of reasonableness and fairness to which withholding performance is subject.

The right to withhold performance (sections 6:262 and 6:52 DCC) offers a more intricate legal framework than the suspension regulation in education legislation (article 40c of the Wpo (Primary Education Act) and article 13 of the Inrichtingsbesluit Wvo (Secondary Education Act Implementation Decree)), wherein the interests of the school and pupil can be weighed, in the event of non-compliance with the obligations arising from the education contract. The right is enshrined in reasonableness and fairness and subject to the criterion that the failure to perform must justify the withholding of performance. The proportionality of the measure is paramount. It also reflects more objectively what the school essentially does, namely, withhold the duty of providing access to school and of giving pupils education within the school. The regulation of withholding performance impresses on parties that not being admitted into lessons is only a temporary measure, which does not go beyond what is necessary and it provides a clear basis for the obligation to provide guidance even if the pupil is not physically present at school. It only concerns withholding performance of the obligation to allow participation in education and thus admission to the regular lessons; the underlying obligations such as giving homework and instruction require to continue to be met. It is inherent in withholding performance of this sort that the legal relationship remains intact for the time being. There is plenty of scope in the context of the right to withhold performance, for taking into account specific aspects of education

legislation, such as procedural safeguards and the maximum period of five days.

Ending the contract
Chapter 5 considers the possibilities for bringing the education contract to an end by termination for breach ('*ontbinding*') in terms of private law (article 6:265 DCC) and by termination ('*opzegging*' for which no breach has to be present, this power is not codified as a general power in the Dutch Civil Code). These may serve as a supplement or as an alternative to the removal of a pupil (article 40 of the Wpo (Primary Education Act) and article 27 paragraph 1 in conjunction with article 14 of the Inrichtingsbesluit Wvo (Secondary Education Act Implementation Decree)) at least insofar as the removal implies the termination of the contract.

Removal, by its very nature, is only a matter for the competent authority whereas termination for breach and termination accrue to both parties, in principle also the pupil. Removal, termination for breach and termination by the school are all far-reaching, rather drastic measures, because the relationship will be terminated definitively. The school has the opportunity to decide to invoke these measures. All three powers have a threshold that requires to be met before the measure can come into play. In the event of termination for breach, this is clearly reflected in the exception clause. In the case of termination, this consists of the requirement for 'important reasons'. However, for removal, no threshold is to be found in the regulation itself. Due to the far-reaching nature of the measure, it is not possible to proceed with removal just like that. A school will, for instance, have to respect the principle of proportionality.

Education legislation contains several procedural rules to safeguard the interests of the pupil. Removal cannot, for example, take place before the pupil and the parents have been heard and before another school that is willing to admit the pupil has been found. Although these are, of course, not mentioned in respect of the power to terminate for breach ('*ontbinden*') or terminate ('*opzeggen*'), they will however be reflected in the exercise of these contractual powers in education and are, as it were, inherent in the practice of ending a contract in the context of education. As such, the mandatory hearing of the teacher and the pupil and/or the parents, the compulsory search for another school and not being permitted to terminate due to insufficient progress during the year, are already included in the question of whether there has been 'a failure to perform an obligation under contract' or 'important reasons', in the investigation that is necessary in this context and in the question of whether there will be 'serious consequences' that should stand in the way of termination for breach or termination, respectively.

Education legislation also contains rules that apply after the decision to remove a pupil has been taken. These too cannot be overlooked when a termination for breach or termination is being carried out. As an illustration,

the possibility of raising an objection after a removal has occurred will, in the event of termination for breach or termination, be seen as the possibility to request a review. Although this possibility is not inherent in the power to terminate for breach ('*ontbinden*') or terminate ('*opzeggen*'), it will apply on the basis of the effect of education legislation on the contract. This result may be achieved by means of the doctrine of concurrence, in accordance with article 3:14 DCC. Also, the additional application of the law or the standards of reasonableness and fairness result in a pupil being entitled to object in the form of a request for a review.

A school has the option of terminating a contract ('*opzeggen*'), however, it is appropriate and necessary to restrict this option to cases where there are 'important reasons' for doing so. These important reasons may be found in the behaviour of the pupil but they may also lie entirely with the school itself. For termination for breach ('*ontbinden*') by the school, a pupil needs to have failed to perform his obligations satisfactorily. This failure to perform requires to justify the termination for breach. Clearly in this context, it cannot be assumed too quickly that there has been 'a failure of performance' which can lead to a breach of contract, as the pupil should be allowed the space to develop and grow. Additionally, the 'minor significance of the failure to perform', 'the nature of the failure to perform', 'the far-reaching consequences' and more generally, 'all of the circumstances of the case' including 'the nature of the agreement', provide meaningful tools to prevent that a school opts for termination for breach too quickly or too easily, since this concerns young pupils who are required to follow education. In the context of education, termination for breach may only relate to termination for breach in the future. The obligations that relate to the past remain intact and no obligations to reverse are created.

The possibilities for termination can be moulded or formed according to the special educational relationship. In principle, contract law is flexible enough to enable both termination for breach and termination in education. The question arises as to what the possibilities to terminate in private law have to offer the relationship in education. All in all, termination for breach with its exception clause that provides starting points and weighting factors to assess whether the failure to perform justifies termination for breach, may compensate for the lack of such tools in education legislation, without unduly restricting the freedom of a school and with due regard for the interests of the pupil. With regard to the pupil, termination 'at all times' would allow the 'gap' to be filled that currently, in principle, exists when a pupil 'quits'.

3 Reflection: the debate in literature

In the introductory chapter of this thesis, I considered the debate in the education law literature in respect of the qualification of the legal relationship in

education and the objections stated therein to the assumption of the existence of a contract. The question is whether the analysis of the application of contract law in primary and secondary education enables these objections to be seen in a different light.[1]

For both denominational and public education, the *far-reaching public law standards* are cited as objections to the qualification of the legal relationship as a contract. Based on the application of all the doctrines considered, it appears that there is ample scope in contract law for taking these public law standards into account. For instance, when entering into the contract, public law regulations can have effect on the model of offer and acceptance. Parents have to register their school-age children and some schools have to accept a child. It therefore concerns legal duties to enter into a contract. When determining the content of the contract, the education legislation comes into its own because the Dutch Civil Code itself provides for supplementing what the parties have agreed by the law (article 6:248 paragraph 1 DCC). Also the doctrines for interpreting, supplementing and limiting what has been agreed on the basis of what is reasonable and fair may serve as a conduit of public law, whereby provisions from education legislation can be reflected in the agreement. Furthermore, the powers conferred by contract law will be exercised with due regard to the rules of education law. As such, in the case of withholding performance of an obligation, for example, account has to be taken of the safeguards provided by public law suspension requirements, such as the maximum suspension period of five days. Further, in the event of termination for breach ('*ontbinding*') and termination ('*opzegging*'), the possibility of objection and review as regulated by public law requires, for example, will be taken into account. The influence that may be exerted by public law need not therefore prevent the qualification from being classified as a contract.

The lack of *consensus* is also cited as an objection to the qualification as a contract. The lack of consensus would therefore arise because parents are obliged to register their child at a school and state schools should, in principle, accept every pupil. Additionally, denominational schools sometimes have no possibility of refusing a pupil. Nevertheless, this limited freedom of contract or contractual coercion experienced by the parties does not preclude the adoption of a contract. The outline relating to the formation shows that a valid legal act may also be concluded even if the will is directed or is motivated by the need to comply with the coercion. After all, the will and the declaration correspond (in accordance with articles 6:217 and 3:33, in conjunction with 3:35, DCC). It is only required that a person makes a declaration as he intended.

---

1 I do not go into the objections relating to the question of qualification, namely, the objection relating to the 'if such' action by a state school and the objection that admission and removal to or from a state school are powers under public law and lead to decisions in terms of the General Administrative Law Act (Awb) so that a legal relationship under public law results therefrom.

Hence, even if a person is obliged to make an offer or is obliged to accept an offer, these legal acts can be validly concluded. Thus, a valid education contract may also be entered into and the element of consensus is not affected by contractual obligations.[2]

In the literature it is pointed out that the advantage of the contract is that 'it is crystal clear which agreements apply between the parties and what they can (and cannot) expect from each other.'[3] Making agreements can indeed provide clarity however, the basic principle is that the legal consequences agreed between the parties require to be further determined by means of interpretation. One argument put forward against the contract is that it is never possible to regulate everything and now that it is 'virtually impossible to draw up a written agreement which comprehensively sets out all the rights and obligations of, on the one hand, the school and on the other hand, the pupil and the parents'.[4] This objection applies to all agreements, whatever the context. At the same time, it is a reassuring thought that not everything needs to be put into words. Civil law is specifically aimed at supplementing what parties leave unregulated.

In the context of the standards of public law, it is further stated that the centre of gravity of the legal relationship is formed by a legally determined standard regime and as such an education contract is no more than an entry into 'a standard regime of direct and indirect legal rights and obligations'.[5] Even where education legislation plays an important role in determining the content of a contract, the system prescribed by 6:248 paragraph 1 DCC provides room for the parties themselves and for reasonableness and fairness to add substance to the legal relationship, within the limits of mandatory legal provisions.[6]

Finally, the concept of *obligation* is said to be problematic due to the patrimonial nature of this concept, which would be absent in the educational relationship. Although the hesitation is understandable, a patrimonial character can be attributed to the legal relationship. This patrimonial character may be recognised, for instance, in the obligation to provide education of sufficient quality and the corresponding right to receive it. Furthermore, remuneration is given for this, albeit not by the pupil who receives the education but rather by the State. The fact that this remuneration does not come from the pupil does not detract from the proprietary character. Additionally, the giving and receiving of education represents a certain asset value and it is possible the pupil may suffer a loss, for instance, should they receive improper or in-

2 Reference is made to Para. 2.2-2.4.
3 Huisman (red.) 2017, p. 106 in the context of the education contract in vocational education. Reference is made to Para. 3.2.7.
4 Huisman (red.) 2017, p. 106, in the context of the education contract in vocational education.
5 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111 in respect of special needs education.
6 Reference is made to Para. 3.2.7.

adequate education. Although the occurrence of asset value is not necessary for the assumption of an obligation, it does give an indication that a legal relationship exists under contract law and as such, there may be a contract that creates obligations. The other principal duties and corresponding rights outlined above may also be regarded as obligations arising from an education contract.[7]

The objections raised in the literature with regard to the application of contract law do not, in my opinion, stand up to scrutiny. Further, I would also add that the range of instruments has something to offer and indeed lends itself to application to the legal relationship in education, as will be illustrated in the following section.

4 ADDITIONAL OBSERVATIONS

As may be deduced from the doctrines considered, contract law provides frameworks for the assessment of the legal relationship between the school and the pupil and possibly also the parents. Outside of contract law, these frameworks do not exist. They relate to the entire lifecycle of the contract, from entering into a contract to termination.[8] They also provide guidance and direction in the form of a system of substantive assessment criteria and perspectives on the basis of which questions concerning the parties to an education contract, the content of the education contract and the exercise of powers can be answered.

The frameworks are flexible and subtle. The open standards leave room to take account of the particular context of education and there is scope to assign meaning to the circumstances of the particular case, whether these relate to the development process pupils undergo or the specific interests of an individual pupil, fellow pupils, parents, the school and its teachers. The freedom a school has to determine policy, the pedagogical and organisational autonomy for state schools and, for denominational education, the freedom of education, including the freedom to organise teaching can all be respected.

Given the scope offered by contract law to take into account both the context of primary and secondary education and the specific circumstances of the case, it is logical to conclude that contract law lends itself to application to the legal relationships in education. Where case law leaves the qualification of the legal relationship open, the contract could be chosen, without prejudice to the interests at stake.

Admittedly, I have not measured the effectiveness or the efficiency of any education contract. I have not carried out an empirical study of the actual consequences of working with a contract, such as, for instance, the level of

7 Reference is made to Para. 3.3.3. and further.

8 It regulates the entire relationship between the parties. Vgl. Houben 2005, p. 222.

effort made by the school and the pupil, the learning outcomes or the involvement of the parents. Nevertheless, I would like to take the liberty of making a few observations about what one might expect from a contract.

Drawing attention to the legal relationship between the school, the pupil and possibly also the parents, may possibly bring the relationship to a head, in a legal sense. This could be counterbalanced by the argument that the relationship has been looked at from a legal perspective more and more, albeit without an explicit choice to have the contract as a basis. It could also be noted that emphasising the reciprocity of the contract brings more balance into the legal relationship: it is not only what the school is expected to do but also what is required of the pupil and possibly also the parents. If the tendency to look at the relationship from a legal perspective already exists, it is then advantageous that contract law provides a flexible framework to cope with this juridification. Finally, the acceptance of a contractual framework would also clarify which legal consequences may be attached to non-performance or failure to perform. Such clarity will, on balance, strengthen the legal position of all those involved.[9]

Questions relating to the role of parents, parental participation, school advice and pressure on education will also arise if contract law is opted for. Contract law does however offer some guidance to answer the question of how to deal with all of this. For instance, the questions regarding who is a party to the contract and what schools may require from parents can be answered on the basis of the legitimate expectations of parties on both sides, in the context of the formation or interpretation of the contract. Questions with regard to the reciprocal treatment of teachers and parents or regarding the behaviour of parents in the school playground could be considered as part of the question as to whether parents are parties to the contract and to what extent their behaviour may be attributed to the pupil. It is precisely on this point that the rights of the child, which emphasise the – increasingly – independent position of the child, could give guidance, with the result that parents and schools have to solve their mutual issues other than on the basis of the contract to which, in principle, only the pupil is a party.

The application of contract law does not always provide greater clarity. Education law is not geared to the existence of an education contract in terms of contract law, even although, for denominational schools, this is assumed to be the case. The result of this is that it is unclear whether or not provisions that deviate from this are valid, and if not, what the consequences are. Another

9 There is hesitation in vocational education in this regard. Within the framework of the evaluation of the MBO in 2001, the Education Advisory Council seems to have concluded that the position of the educational participant has not yet been strengthened, see 'WEB: Werk in Uitvoering. Een voorlopige evaluatie van de Wet educatie en beroepsonderwijs', advice from the Education Advisory Council, September 2001, p. 29. See also the examination of this by Baas and others, 2017.

illustration of this may be the concurrence of powers and authorities such as suspension and removal according to education legislation on the one hand, and the power of withholding performance of an obligation, termination for breach and termination of a contract on the other hand. Although, as shown, the law of obligations has the potential to regulate all of these private and public powers and authorities, tailored to primary and secondary education, it may be desirable to consider this relationship in more detail in a specific regulation. This raises the question of whether there is a need for separate regulation of the education contract, for instance in Book 7 of the Dutch Civil Code.

5 A MOVE TOWARDS REGULATION IN BOOK 7 OF THE DUTCH CIVIL CODE?

Would Book 7 of the Dutch Civil Code be the appropriate context for statutory provisions on an education contract, as stated in the literature? According to the parliamentary history of Book 7 of the Dutch Civil Code, there is reason to regulate a special contract if it concerns a common agreement and the parties can be saved from repeatedly having to determine the content of this contract.[10] The legislator is expected to lay down clear guidelines to supplement what has been agreed. Furthermore, the desire to protect one or other of the parties may lead to the regulation of a special agreement by offering binding legal provisions.[11] These reasons are valid for the education contract. Although general contract law offers every opportunity to regulate the legal relationship between schools, pupils and possibly parents, and where necessary, to protect the special interests of the parties, it undeniably concerns a common agreement and it would seem therefore more efficient to ensure that those involved do not always have to 'reinvent the wheel', especially with regard to the influence and impact of specific education legislation on the legal relationship. Finally, regulation could also give certainty that the legal relationship in primary and secondary education is agreed.

I doubt whether the time is right for a regulation in Book 7 of the Dutch Civil Code. In my opinion, it is more important to become acquainted with the effect of contract law on educational relationships first, before resorting to a regulation in Book 7 of the Dutch Civil Code. It would, therefore, be recommendable if the legislator provides clarity in respect of whether and to what extent the specific education legislation affects the legal relationship between schools, pupils and parents, with regard to the content of the contract and the various powers and authorities such as withholding performance and suspension or termination and removal.

10 Parl. Gesch. Book 7 (Inv. 3, 5, en 6 Book 7 titles, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 3, 4.
11 Parl. Gesch. Book 7 (Inv. 3, 5, en 6 Book 7 titles, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 4, 6.

If, in the future, it were to be decided to opt for a regulation in Book 7 of the Dutch Civil Code, the relationship between the powers and authorities mentioned above could be specifically explored. In this context, consideration could also be given to the question whether, if at all, such a choice would imply excluding decisions on admission, suspension and removal by state schools from the scope of administrative law (and the Administrative Law Act (Awb)). Further, what consequences would this have for matters of jurisdiction in the event of disputes relating to this?

Other subjects that could be found in a regulation in Book 7 of the Dutch Civil Code are, for example, provisions relating to the principal obligations of the parties, the termination of the legal relationship and the binding nature of some of the provisions. This would therefore allow the legislator to comment on whether or not provisions of education legislation are mandatory, although this may not be feasible, given the dynamic character of education legislation and the diversity of its provisions. There could perhaps however be consideration in a general sense of the implications of education legislation on the contract. It would also be conceivable however, to designate education legislation itself as the place in which account of this is taken.

6 Conclusion and recommendation

The research has shown the way in which key doctrines of contract law may be applied in the context of primary and secondary education and what the instruments entail and offer. Objections related to the interaction between public education legislation and private contract law can be overcome. Moreover, contract law provides clear, structured frameworks that provide guidance for determining the rights and obligations of the parties, from the formation of the legal relationship to its termination. The doctrines offer scope for taking the particular educational context into account.

It is advisable for the legislator to make clear the extent to which education legislation affects the relationship with the pupil and its parents. From my point of view provisions that are clearly directed towards pupils and intended to safeguard (also) their interests, affect the internal relationship between pupil and school and should also become part of the relationship. These are in particular provisions of education law on cognitive aspects, educational views and societal aspects.[12] The legislator is encouraged to express an opinion on the impact of education legislation on the contract between a school, a pupil and possibly the parents, if and to the extent this is used, this could facilitate what happens in practice.

Finally, while this book does not provide a definitive answer to the question of whether the legal relationship in primary and secondary education is a

12 Reference is made to Para. 3.2.6.

contract, it does provide arguments for a choice in favour of the contract. The judiciary and literature could take the next step by elevating the fundamental proposition of this thesis – the assumption that there is an education contract – to be the fundamental proposition underlying the legal relationship between a school, a pupil and possibly the parents.

Literatuur

Abas 1996
P. Abas, 'De vordering tot ontbinding wegens wanprestatie aan redelijkheid getoetst', *WPNR* 1996/6217, p. 217-218

Abas 2000
P. Abas, 'Het recht op ontbinding en toetsing daarvan aan de redelijkheid', *WPNR* 2000/6408, p. 479-480

Asser/Abas 5-IIA 2007
P. Abas, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIA. Huur*, Deventer: Kluwer 2007

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004
S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Asser/Heerma van Voss 7-V 2015
G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Asser/Hijma 7-I* 2013
J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013

Asser/Houben 7-X 2015
I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015

Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017
H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser/Sieburgh 6-I 2016
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009
Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014

Baas e.a. 2017
A. Baas e.a., 'De waarde van de onderwijsovereenkomst in het MBO. Verkenning door de Kenniskring onderwijsrecht beroepsonderwijs', VU Amsterdam 2017
Backx 1994
H.A.M. Backx, *Het particulier onderwijs, een onderzoek naar de rol en de taak van de wetgever inzake het niet door de overheid bekostigde onderwijs, in het bijzonder het erkend onderwijs* (diss. Tilburg), Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken 1994
Bakels 1993
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993
Bakels 2007
F.B. Bakels, 'Inzake het redelijk alternatief', *WPNR* 2007/6693, p. 12-21
Bakels 2009
F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009/6796, p. 337-346 met vervolg 'Aspecten van samenloop (II, slot)', *WPNR* 2009/6797, p. 359-369
Bakels 2011
F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011
Bakker 2011
P.S. Bakker, 'Uitleg van commerciële contracten (I)', *WPNR* 2011/6890, p. 477-485 met vervolg 'Uitleg van commerciële contracten (II, slot), *WPNR* 2011/6891, p. 502-511
Barkhuysen e.a. 2014
T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk,* Deventer: Kluwer 2014
Barkhuysen 2015
T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht', *NJB* 2015/1137, afl. 24, p. 1583
Beenders & Den Hollander 2010
D.J. Beenders en P.W. den Hollander, 'Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd', *VrA* 2010, afl. 1, p. 65-85
Van den Berg 2001
M.A.M.C. van den Berg, 'De keuze tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinding en de belangen van de debiteur, *WPNR* 2001/6439, p. 299-301
Beurskens 1988
W.J.J. Beurskens, 'Het rechtskarakter van de 'bekostigingsvoorwaarden' voor het bijzonder onderwijs, I', *RM Themis* 1988/7, p. 317-333 met vervolg 'Het rechtskarakter van de 'bekostigingsvoorwaarden' voor het bijzonder onderwijs, II', *RM Themis* 1988, afl. 8, p. 369-381

Blaak 2012
M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht,* Leiden: Defence for Children 2012
Bloembergen & Van Schendel in Jac. Hijma e.a. 2016
Bloembergen & Van Schendel in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016
Boom 2017
H. Boom, 'Annuleringsbeding in onderwijsovereenkomst vernietigbaar?', *Bb* 2017/88, p. 300-302
Boukema 1992
C.A. Boukema, *Samenloop*, (Mon. BW A21), Deventer: Kluwer 1992
Bröring 2016
H.E. Bröring e.a. (red.), *Bestuursrecht Deel I*, Den Haag: Boom juridisch 2016

Castermans 1992
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992
Castermans 2011
A.G. Castermans, 'Adempauze in plaats van ingebrekestelling', *NTBR* 2011/60, p. 427-429
Castermans & Den Hollander 2012
A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privaat- en publiekrecht', *WPNR* 2012/6940, p. 563-574
Castermans & Krans 2009
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
Cohen 1988
J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988
Coomans 1992
A.P.M. Coomans, *De internationale bescherming van het recht op Onderwijs, (diss. Maastricht),* Stichting NJCM Boekerij nr. 20.
Clavareau 1943
P.J.A. Clavareau, 'Opzegging', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1943, p. 119-150

Donner 1998
J. Donner, Rb. Amsterdam 11 juni 1998, *de Gemeentestem* 1998, nr. 7091, 6, p. 81-83
Dubelaar 1998
J.M.V. Dubelaar, Rb. Amsterdam 11 juni 1998, *NTOR* oktober 1998, p. 165-166
Drion 2016a
C.E. Drion, 'Opzegbaarheid van duurovereenkomsten', *NJB* 2016/993, afl. 16, p. 1399
Drion 2016b
C.E. Drion, 'De historie van Haviltex', *NJB* 2016/1391, afl. 28, p. 1961
Drion 2016c
C.E. Drion, 'Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad', *ORP* 2016, afl. 4

Drop 1985
H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985

Ernes 2010
A.L.H. Ernes in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten,* Deventer: Kluwer 2010
Ernes & Lamers 2012
A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012, afl. 1, p. 26-33

Gerards 2007
J. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, E. Steyger (red.) *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113
De Graaff 2014
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
De Groot & Stroomberg 1972
A.D. de Groot & H.P. Stroomberg, *Selectie voor en in het hoger onderwijs. Een probleemanalyse,* 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1972

Hammerstein & Vranken 2003
A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten* (Mon. BW A10), Deventer: Kluwer 2003
Hartlief 1991
T. Hartlief, 'Gedeeltelijke ontbinding. Enige opmerkingen en mededelingen over de ontbinding bij duurovereenkomsten en de actio quanti minoris', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1991, p. 1-44.
Hartlief 1992
T. Hartlief, 'Is er toekomst voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie?', *NTBR* 1992, afl. 5, p. 156-160
Hartlief 1994
T. Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994
Hartlief 1997
T. Hartlief, 'Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht', *AA* 1997, afl. 4, p. 196-202
Hendrikx 2016
A.M.M. Hendrikx, 'Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels recht', in: J. Hijma (red.) *Een kwart eeuw – privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat,* Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 155-166
Hennekens 1988
H. Hennekens, VzARRvS 2 september 1988 naschrift, *de Gemeentestem* 1988, nr. 6874, 4, p. 131-133

Hennekens 1989
H. Hennekens, VzARRvS 10 mei 1989 naschrift, *de Gemeentestem* 1989, nr. 6882, 3, p. 317-320
Hennekens 2000
H. Hennekens, ABRvS 17 juli 2000 naschrift, *de Gemeentestem* 2000, nr. 7129, 2, p. 545-547
Hermans, Backx & Pors 1993
H.L.C. Hermans, H.A.M. Backx &W.E. Pors, *Hoofdlijnen onderwijsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993
Herweijer & Vogels 2004
L. Herweijer & R. Vogels, *Ouders over opvoeding en onderwijs,* Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, december 2004
Herweijer & Vogels 2013
L. Herweijer & R. Vogels, m.m.v. I. Andriessen, *Samen scholen. Ouders en scholen over samenwerking in basisonderwijs, voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, september 2013
Hielkema 2009
H. Hielkema (red.), *Burenoverlast: Remedies tegenover de overlastgevende huurder*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009
Hijma 1990
Jac. Hijma, Koop en ruil, *WPNR* 1990/5982, p. 734-740
Hijma 1994
J. Hijma, 'Evenredigheid bij gedeeltelijke ontbinding', *WPNR* 1994/6137, p. 357-358
Hijma 2016
Jac. Hijma in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016
Hijma & Olthof 2017
Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2017
Hijmans van den Bergh 1952
L.J. Hijmans van den Bergh, 'Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?', preadvies in: Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 97-157
Hirsch Ballin 2015
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (Preadvies VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.
Hoffman/Van Opstall 1976
L.C. Hoffman/S.N. Van Opstall, *Het Nederlandse verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen, eerste gedeelte (art. 1269-1387 B.W.)* Groningen: H.D. Tjeenk Willink B.V. 1976
Den Hollander 2013
P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013/4, p. 28-37

De Hoon 2005
M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005
De Hoon 2010
M.W. de Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', *NJB* 2010/1062, afl. 21, p. 1338-1345
De Hoon 2012
M.W. de Hoon, 'Opzegging duurovereenkomsten en de invloed van Europa', *WPNR* 2012/6918, p. 152-155
Houben 2005
I.S.J. Houben, Contractdwang (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005
Houben 2011
I.S.J. Houben, 'Opzegging van overeenkomsten in de telecom- en energiesector. Een illustratie van regulatory contract law', *WPNR* 2011/6904, p. 885-892
Houben 2013
I.S.J. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias 'regulatory contract law', *WPNR* 2013/6998, p. 1085-1091
Houben 2017
I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *AA* juli/aug 2017, p. 600-609
Houben & Nijland 2016
I.S.J. Houben & J. Nijland, 'De niet-opzegbare duurovereenkomst', *Contracteren* 2016, afl. 3, p. 70-77
Huisman 2002
P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool* (diss. Nijmegen), 's-Gravenhage: Elsevier 2002
Huisman 2006a
P.W.A. Huisman, 'De overeenkomst als modern instrument van ordening in het onderwijs', *NTOR* maart 2006, afl. 1, p. 25-44
Huisman 2006b
P.W.A. Huisman, 'Rechten en plichten van leerlingen, ouders en studenten: een stand van zaken', *NTOR Jaarboek* 2005/2006, p. 51-67.
Huisman (red.) 2017
P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek Onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2017
Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens 2011
P.W.A. Huisman, M.A.T.B. Laemers, D. Mentink & P.J.J. Zoontjens, Eindrapport 'Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen', ten behoeve van het ministerie van OCW, juni 2011, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2011/06/15/rapport-vrijheid-van-stichting
Huisman & Mentink 2009
P.W.A. Huisman & D. Mentink in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjes (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009

Huisman & Noorlander 2004
P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander, 'Juridische aansprakelijkheid voor deugdelijk onderwijs', *School en Wet* april 2004, afl. 4, p. 150-159
Huisman & Noorlander 2009
P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjes (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector,* Deventer: Kluwer 2009
Huisman & Zoontjens 2009
P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjes (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector,* Deventer: Kluwer 2009
Huisman & Zoontjens 2016
P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, 'Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving', Eindrapport Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht, december 2016

Jansen 2010
K.J.O Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010/6853, p. 623-633
Jansen 2012
K.J.O Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012
Jansen & Loonstra 2004
C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie', *SR* 2004, afl. 2, nr. 8, p. 43-48
De Jong 2014
G.T. de Jong in: G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen,* Deventer: Kluwer 2014

Kamchedzera 2012
G. Kamchedzera, *A commentary on the United Nations Convention on the rights of the child. Article 5 The child's Right to Appropriate Direction and Guidance,* Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2012
Keirse 2003
A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003
Klik 1992
P. Klik, *Contractsdwang,* (Preadvies (nr. 7) voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1992
Klomp 2003
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
Knigge 2012
M.W. Knigge, *De procesovereenkomst* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012

Köster 1979
H.K. Köster, 'Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamd eenzijdige rechtshandelingen', in: *Non sine causa*, opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979

Krans 2014
H.B. Krans in: G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen,* Deventer: Kluwer 2014

Laemers 2008
M.T.A.B. Laemers, 'Om de kwaliteit van het funderend onderwijs', in: H.M. Davids & M.T.A.B. Laemers (red.), *Intern kwaliteitstoezicht,* Symposiumbundel NVOR (deel 28), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008

Lathouwers & Van Schoonhoven 2017
B.F.P.M. Lathouwers & R. van Schoonhoven, 'Het toelatingsrecht en de onderwijskundige inrichtingsvrijheid in het mbo: een voorwerp van aanhoudende spanning', *NTOR* mei 2017, afl. 2, p. 98-119

Leenen e.a. (red.) 2014
H.J.J. Leenen e.a. (red.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014

Lindenbergh 2000
S.D. Lindenbergh, 'Geen smartengeld voor ouders van een ernstig gewond kind. HR 8 september 2000, RvdW 2000, 180 C', *NbBW* december 2000, afl. 12, p. 150-155

Linssen 1997
J.G.A. Linssen, 'Ontbinding als ultimum remedium', in W.H. van Boom (e.a. red), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 57-69

Loth 2009
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht,* (Mon. BW A19), Deventer: Kluwer 2009

Marseille 2016
A.T. Marseille e.a., *Bestuursrecht Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016

Meijers 1948
E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het Burgerlijk recht,* Leiden: Universitaire pers Leiden 1948

Mentink 1995
D. Mentink, Deugdelijkheidseisen en de kwaliteit van wetgeving(sbeleid)', in: P.J.J. Zoontjens, H.A.M. Backx & D. Mentink, *Kwaliteit en uitvoerbaarheid van onderwijswetgeving,* Preadvies NVOR, Den Haag: Haeghepoorte 1995

Mentink 2012
D. Mentink, 'De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen, waarborg voor goed onderwijs', Onderwijsraad april 2012, te raadplegen via: www.onderwijsraad.nl/upload/documents/publicaties/volledig/de-kwaliteitsnormerende-functie-van-deugdelijkheidseisen-waarborg-voor-goed-onderwijs-1.pdf

Mentink & Vermeulen 2011
D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag 2011
Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013
D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, Commentaar op artikel 23 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, editie december 2013, te raadplegen via www.neder landrechtsstaat.nl

Neutenboom 1988
H. Neutenboom, 'De onderwijsovereenkomst. Over de rechten en de plichten van de docent/onderwijsinstelling en de leerling/student', *VBS* september 1988, p. 10-12
Nieskens-Isphording 1991
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht; een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: 1991
Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979
Nieuwenhuis 1995
J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot)', *WPNR* 1995/6165, p. 37-41, hieraan voorafgaand 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I), *WPNR* 1995/6164, p. 23-26
Nieuwenhuis 2015
J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken Vermogensrecht*, bewerkt door M.C.I.M. Duynstee en O. Nieuwenhuis, Deventer: Wolters Kluwer 2015
Nolen 2016
M.F. Nolen, 'De betekenis van opzet en karakter van het wetsvoorstel Modernisering Wet voortgezet onderwijs', *NTOR* augustus 2016, afl. 2, p. 90-101
Nolen 2017
M.F. Nolen, *De bestuurder in het onderwijs. De juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren* (diss. VU Amsterdam), Boomjuridisch 2017
Noorlander 2005
C.W. Noorlander 2005, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en voortgezet onderwijs* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005
Noorlander 2008a
C.W. Noorlander, 'Schorsing en verwijdering. Deel I Materiële rechtsvragen', *School en Wet* oktober 2008, afl. 5, p. 5-11
Noorlander 2008b
C.W. Noorlander, 'Schorsing en verwijdering. Deel II Procedurele eisen en rechtsbescherming', *School en Wet* december 2008, afl. 6, p. 5-10

Ten Oever & Veldt 2016
H.A. ten Oever & G.M. Veldt, 'Vragen over nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW: Een pleidooi voor een twee fasen toets', *NTBR* 2016/52, p. 354-362

Paijmans 2013
B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013

Parl. Gesch. Boek 3
Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3,Vermogensrecht Algemeen (Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof), Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)
Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, (Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen door W.H.M. Reehuis & E.E. Slob), Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)
Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, (Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht door W.H.M. Reehuis & E.E. Slob), Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. Boek 6
Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht (Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof), Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3,5, en 6 Boek 7 titels, 1, 7, 9 en 14, 1991)
Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3,5 en 6 (Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels 1, 7, 9 en 14 door W.H.M. Reehuis & E.E. Slob), Deventer: Kluwer 1991

Van de Paverd 1999
C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1999

Du Perron 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999

Pors 1990
W.E. Pors, 'De onderwijsovereenkomst', *School en Wet* oktober 1990, afl. 10, p. 155-159

Postma 1995
A. Postma, *Handboek van het Nederlands onderwijsrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Van Rossum 1997
M. M. van Rossum, 'Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen', *NJB* 1997, p. 577-580

Van Schaick 2011
A.C. van Schaick, *Volmacht* (Mon. BW B5), Deventer: Kluwer 2011

Schelhaas 2016
H.N. Schelhaas in: H.N Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk recht, Zutphen: Uitgeverij Paris bv 2016

Schelhaas 2017
H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017
Schlössels 2006
R.J.N. Schlössels, 'Ongehoorzame bestuursrechters? Over stoutmoedige rechters, gedurfde rechtsvorming en de hardheid van de wet', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M.A.P. van den Bossche & Y. Buruma, *De ongehoorzame rechter. Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht,* Deventer: Kluwer 2006
Schlössels e.a. 2013
R.J.N. Schlössels e.a., *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013
Schut 1987
G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987
Snel & Postma 1999
R. Snel & A. Postma, 'Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs', *de Gemeentestem* 1999, nr. 7091, 1, p. 57-66
Sperling 2009
J. Sperling, 'De juridische positie van ouders in het onderwijs', in H.M. Davids & J. Sperling (red.), *De juridische positie van de ouders in het onderwijs*, Symposiumbundel NVOR (deel 29), Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009
Sperling & Wigger 2016
J. Sperling & A.M.T. Wigger, 'De tijdelijke landelijke commissie toelating en verwijdering: een blijvertje!', *School en Wet* juni 2016, afl. 3, p. 4-11.
Sluiter & Ten Hoopen 1996
M.G. Sluiter & M.M. ten Hoopen, 'Ouders, kind en de geneeskundige behandelingsovereenkomst: wie is contractspartij', *FJR* 1996, nr. 7/8, p. 152 (p. 149-156)
Smit 2012
F. Smit e.a., *Beter presteren in Rotterdam. School en ouders samen,* Nijmegen: ITS, Radboud Universiteit Nijmegen 2012
Smits 2003
J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen,* (Mon. NBW A2), Deventer: Kluwer 2003
Stolp 2000
M.M. Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 lid 1 BW in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit', *NTBR* 2000, afl. 8, p. 352-360
Stolp 2007
M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming* (diss. Nijmegen), 2007
Stoop 1977
M. Stoop, 'De Wet-AROB en de onderwijsovereenkomst', *TvO* 1977/20, p. 456-460
Stoop 1978
M. Stoop, 'Opnieuw de Wet-AROB en de onderwijsovereenkomst', *TvO* 1978/22, p. 505-509
Storimans 2000
Th. Storimans 'Na 100 jaar leerplicht ook zorg voor deelname aan het onderwijs', in preadvies NVOR, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2000

Storimans 2009
Th. Storimans in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjes (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector,* Deventer: Kluwer 2009
Streefkerk 2013
C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten,* (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2013
Strens-Meulemeester 1996
J.A.M. Strens-Meulemeester, 'Smartegeld voor ouders? Eén zwaluw maakt nog geen zomer. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJkort* 1995, 35', *NbBW* 1996, afl. 1, p. 5-7
Strijbos 1985
J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985

Tjittes 2009
R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg schriftelijke contracten,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009
Tjittes 2013
R.J. Tjittes, De aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten', in: *Middelen voor Meijer,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 389-403
Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2006
Tjong Tjin Tai 2017
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Ouders en kinderen al partij bij een overeenkomst', *WPNR* 2017/7159, p. 551-557
Trietsch 1978
E. Trietsch, 'Een onontgonnen terrein van het rechtsleven ontdekt?', *TvO* 1978/21, p. 486-490

Valk 1997
W.L. Valk, 'Uitzonderingen op het recht op ontbinding', *NbBW* 1997, afl. 5, p. 56-59
Valk 2003
W.L. Valk, 'Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak', *NTBR* 2003, afl. 3, p. 132-137
Valk 2009
W.L. Valk, 'Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen', in: A.G. Castermans e.a. (red), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009
Valk 2016a
W.L. Valk in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016
Valk 2016b
W.L. Valk in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk recht, Zutphen: Uitgeverij Paris bv 2016
Verbeek, De Vrije & Heldoorn 2011
C. Verbeek, G. de Vrije & G. Heldoorn, *Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder,* Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2011

Verdaas 2002
A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor de contractsvrijheid (I), *WPNR* 2002/6501, p. 599-606 en (II, slot) *WPNR* 2002/6502, p. 626-631

Verheyde 2006
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

Vermeulen 2001
B.P. Vermeulen, 'HH over artikel 23 Grondwet', in: *HH in het (r)echt; vriendenbundel, aangeboden aan prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001

Vermeulen & Zoontjens 2000
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: Boom Juridische Uitgevers 2000

Vermeulen & Zoontjens 2006
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?*, Eindrapport tweede deel, VU Amsterdam, oktober 2006

Visscher 2011
M.H. Visscher, 'De redelijke opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011, afl. 6, p. 146-155

Vlaardingerbroek 2016
P. Vlaardingerbroek, 'Ouders, leerlingen en de school', in: M. Bruning, T. Liefaard & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdhulp,* Amsterdam: Reed Business Information 2016, p. 493-523

Van der Vlies 1997
I.C. van der Vlies, 'Kwantum-belangenafweging', *AA* 1997, p. 43-49

Voskamp 2013
S. Voskamp, Verzuim en ingebrekestelling in het licht en de duisternis van de redelijkheid en billijkheid, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013(2), p. 1263-1278

Voskamp 2015
S. Voskamp, 'Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *De meerpartijenovereenkomst,* BWKJ deel 29, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 211-233

Voskamp 2016a
S. Voskamp, 'Opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW toegepast in verhouding onderwijsinstelling en leerling', *Overmeester* 2016, afl.1, p. 16-20

Voskamp 2016b
S. Voskamp, 'Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?', in: J. Hijma (red.), *Een kwart eeuw – privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. Mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat,* Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 425-451

Voskamp 2017
S. Voskamp, 'De opschortingsbevoegdheid in het onderwijs', *NTBR* 2017/31, p. 212-219
Vranken 1989
J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989
Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording ter gelegenheid van haar afscheid als universitair hoofddocent bij de vakgroep privaatrecht van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KU Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155
Vranken 2014
J.B.M. Vranken, ''Wij weten wel wat wij doen' Over juridisch-dogmatisch onderzoek in het privaatrecht, maar wel een slag anders,' *NJB* 2014/1271, afl. 26, p. 1728-1737
De Vries 1990
G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990
De Vries 1997
G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming',* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997
De Vries 2007
G.J.P. de Vries, 'Opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Kwestie van contractvrijheid', *NJB* 2007/1900, p. 2356-2362
De Vries 2010
P. de Vries, *Handboek ouders in de school,* Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2010
De Vries 2013
P. de Vries, *Ouderbetrokkenheid 3.0. Van informeren naar samenwerken,* Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2013

Wessels 1984
B. Wessels, *Gentlement's agreements*, Arnhem: Gouda Quint BW 1984
Wessels 1986
B. Wessels, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, Zevende druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1985 (Boekbespreking), *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986, afl. 3, p. 84-88
Wessels 2003
B. Wessels, 'Boek 7 (bijzondere overeenkomsten): op weg naar volwassenheid en op zoek naar samenhang', *NbBW* 2003, p. 94-101

Van der Wiel 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2004
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014
H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken bestuursrecht,* Amsterdam: Reed Business 2014
Winkel 1952
H. Winkel, 'Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?', preadvies in: Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 158-220
Witteman 1932
P.J. Witteman, 'Over het begrip: partij', in: *Rechtsgeleerde opstellen van de hand van oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1932
Wolf/Neuner 2012
M. Wolf/J. Neuner, *Algemeiner Teil des Bürgerlichen rechts,* München: Verlag C.H. Beck 2012

Zoontjens 1990
P.J.J. Zoontjens, 'Bekostigingsvoorwaarden in het onderwijs', *NTOR* februari 1990, afl. 1, p. 31-47
Zoontjens 1999
P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving,* Elsevier: 1999
Zoontjens 2010
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

Rechtspraakregister

Hoge Raad

- HR 27 februari 1930, *NJ* 1930, p. 977 | 89
- HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558 (*Doetinchemse Woonruimtevordering*) | 229
- HR 16 mei 1952, *NJ* 1953/67 (*Monsjou/Instituut voor Autohandel*) | 5, 137
- HR 9 april 1976, *NJ* 1976/409 (*Terheijden*) | 5, 137
- HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241 m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*) | 41, 67, 73
- HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*) | 41
- HR 1 juli 1977, *NJ* 1978/125 (*Ram/Matser*) | 73
- HR 12 december 1980, *NJ* 1981/202 | 196
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*) | 65, 66, 73, 126
- HR 10 april 1981, *NJ* 1981/532, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hofland/Hennis*) | 30
- HR 16 april 1982, *NJ* 1983/309 (*Kemmeren/Hasfeld*) | 42
- HR 18 november 1983, *NJ* 1984/345 (*Shu/Lam*) | 43
- HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986/338 | 196
- HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Ikon I*) | 175
- HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/232, m.nt. P.A. Stein (*Van Hensbergen/Albers*) | 89
- HR 21 januari 1988, *NJ* 1988/891 (*Maimonides)* | 34
- HR 12 februari 1988, *NJ* 1988/44 (*Tuithof/ECS*) | 5
- HR 19 februari 1988, *NJ* 1989/343, m.nt. C.J.H. Brunner onder 1 (*Droog/ Bekaert*) | 160
- HR 20 mei 1988, *NJ* 1988/781 | 43
- HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990/439 (*Mondia/Calanda)* | 208
- HR 13 januari 1989, *NJ* 1989/336 *(Polman/Gedo Weurt B.V.)* | 42
- HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 *(Staat/Windmill)* | 174
- HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702 | 196
- HR 4 januari 1991, *NJ* 1991/723 (*Gelling/Jessurun*) | 172
- HR 22 maart 1991, *NJ* 1994/170, m.nt. M. Scheltema (*Ikon II*) | 175
- HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992/715 | 195, 199
- HR 29 januari 1993, *NJ* 1994/172 | 43
- HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173, m.nt. P.A. Stein onder *NJ* 1994, 174 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiski*) | 69
- HR 31 december 1993, *NJ* 1994/317 (*Abbas/Woningbouwvereniging*) | 195
- HR 21 april 1995, *NJ* 1995/437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*) | 208, 209
- HR 24 november 1995, *NJ* 1996/160 (*Tromp/Regency*) | 194
- HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/494 | 43
- HR 20 september 1996, *NJ* 1996/748 (*Büchner/Wies*) | 187, 191

· HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/128 (*Van Bommel/Ruigrok*) | 172
· HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*) | 74
· HR 27 november 1998, *NJ* 1999/380 (*Van der Meer/Beter Wonen*) | 187
· HR 27 november 1998, *NJ* 1999/197 (*De Bruin c.s./Meiling*) | 195
· HR 12 februari 1999, *NJ* 1999/643 (*Van Essen/Schrijver*) | 212
· HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/208 m.nt. J. Hijma (*Twickler/R*) | 195, 196
· HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3821, *NJ* 2000/120 (*Latour/De Bruijn*) | 208, 209
· HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, *NJ* 2000/562 m.nt. J.B.M. Vranken (*Mol/Meijer*) | 194, 200
· HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen *(Baby Joost)* | 42-48
· HR 6 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7364, *NJ* 2000/691 (*Verzicht/Rowi*) | 191
· HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/ Nethou*) | 200
· HR 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5318, *JOR* 2002/43 | 71
· HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4925, *NJ* 2003/255 m.nt. J. Hijma (*Schwarz/Gnjatovic*) | 188, 189
· HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, *NJ* 2003/257 (*Fraanje/Götte*) | 188, 191
· HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7002, *NJ* 2003/258 m.nt. M.M. Mendel, (*Pieterse/Nationale Nederlanden*) | 71
· HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, *NJ* 2003/503 m.nt. C.E. du Perron (*Buter e.a./Besix, Buter en Tiethoff/Besix en De Vliert*) | 71
· HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, *NJ* 2004/506 | 43
· HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*) | 69-71
· HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9494, *NJ* 2006/597 m.nt. J. Hijma (*Endlich/Bouwmachines*) | 191
· HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, *NJ* 2005/576 | 43
· HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly)* | 43
· HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663, *NJ* 2006/158 (*Spector/ Fotoshop*) | 172
· HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, *NJ* 2007/621, m.nt. K.F. Haak (*Fernhout/Essent*) | 172, 174
· HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4122, *NJ* 2007/343 (*Fisser BV/Tycho BV*) | 189, 195
· HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5277 | 196
· HR 31 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0473, *NJ* 2009/486 (*Erdkamp c.s./ DLO*) | 74
· HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG0944 | 196
· HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284, *NJ* 2010/664, m.nt. Jac Hijma (*Wiggers/Sneek*) | 42
· HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319, *NJ* 2009/397 (*Van Regteren/ VGK*) | 66

- HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, *NJ* 2012/43, m.nt. Jac. Hijma (*Van Mierlo/SBS*) | 171
- HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje c.s.*) | 132
- HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6997, *NJ* 2011/257 (*Elbrink/Halfman*) | 205, 249
- HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684 (*G4 Beheer/Hanzevast Beleggingen*) | 205
- HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, *NJ* 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (*VDE c.s./Fuchs c.s.*) | 74
- HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324 (*Beganovic/Stichting ROC van Twente*) | 138
- HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, *NJ* 2012/685 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*) | 209
- HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*) | 87
- HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9539, *NJ* 2012/364 | 74
- HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*) | 65, 71
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverslaap*) | 209
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*) | 67, 92
- HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, *NJ* 2015/236, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Kenter/Slierings*) | 160
- HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43, *NJ* 2017/59 m.nt. Jac. Hijma (*Wijnen Bouw/Muller*) | 87, 88
- HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat c.s./ Gemeente Amsterdam*) | 209
- HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*) | 209
- HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775 | 5, 151
- HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 | 209

Hoven

- Hof Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990/43 | 8, 57
- Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9107 | 6, 58, 142, 146
- Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 | 6, 58, 147
- Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628 | 6, 57, 80, 142
- Hof Amsterdam 1 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP2670 | 238, 242
- Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0496, *WR* 2011/86 (*Loozeman/Groen*) | 160
- Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2267 | 201
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134 | 182, 254, 255
- Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:10363 | 152, 255
- Hof Den Haag 9 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6073 | 6, 144

· Hof Amsterdam 23 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1377 | 238, 242, 243
· Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8201 | 238-243
· Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3287 | 201
· Hof Amsterdam 24 december 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:4787 | 6, 58, 143, 146, 148
· Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARNL:2014:326 | 151
· Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2241 | 126
· Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:329 | 238, 240
· Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2719| 152
· Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3001 | 151
· Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3480 | 238, 240
· Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245 | 6, 58, 133, 141, 146, 238, 240
· Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2303 | 152
· Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502 | 7, 54-56, 138, 151, 179-182
· Hof Den Haag 8 maart 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:486 | 151
· Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1419 | 151
· Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10195 | 136, 145
· Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:BL:GHARL:2018:1817 | 24

Rechtbanken

· Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89) | 7, 57, 115, 135, 145, 149
· Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJK* 1995, 35 | 44
· Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen | 6, 57, 140, 141, 146
· Rb. Amsterdam 29 juli 1999, *AB* 2000, 105 m. nt. B.P. Vermeulen | 78, 143, 151
· Rb. Arnhem (vzr.) 27 januari 2000, ECLI:NL:RBARN:2000:AA4718 | 226
· Rb. Utrecht (vzr.) 2 januari 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AA9454 | 138, 176, 242
· Rb. Middelburg (vzr.) 27 juli 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AB2872 | 167
· Rb. Arnhem (vzr.) 17 augustus 2001, ECLI:NL:RBARN:2001:AB6598 | 5
· Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 29 november 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD6616 | 212
· Rb. Den Haag 5 december 2001, *TvGR* 2002/31, p. 272-274, m.nt. Legemaate op p. 276-277 | 212
· Rb. Haarlem (vzr.) 21 maart 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AF6131 | 239, 240
· Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350 | 57, 137, 151, 238, 239, 252
· Rb. Zwolle (vzr.) 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868 | 176, 239, 240, 241

· Rb. Haarlem (vzr.) 18 maart 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO5991 | 226
· Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539 | 7, 57, 137, 238
· Rb. Almelo (vzr.) 27 augustus 2004, ECLI:NL:RBALM:2004:AQ8307 | 226
· Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614 | 238, 240, 241, 242
· Rb. Maastricht 12 januari 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AS4153 | 252
· Rb. Rotterdam (vzr.) 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379 | 226, 227, 228, 236
· Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AS4143 | 239, 240
· Rb. Haarlem 13 juni 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT9498 | 224, 225, 226, 232, 234, 235
· Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, *NJ* 2005/438 | 6, 57, 142
· Rb. Haarlem (vzr.) 5 augustus 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU0590 | 240
· Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5965 | 160
· Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AV4857 | 177, 242
· Rb. Haarlem 14 april 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AW2338 | 167
· Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, *NJF* 2006, 541, *School en Wet* november 2006, afl. 5, p. 29-35, m.nt. C.W. Noorlander | 8, 57, 146
· Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400 | 8, 57, 137
· Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ8894 | 138, 253
· Rb. Amsterdam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5260 | 226, 233, 234, 236, 237
· Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA7375 | 226, 228, 234, 237
· Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 10 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5247 | 252
· Rb. Breda (vzr.) 26 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB6539 | 144, 150
· Rb. Haarlem (vzr.) 28 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3873 | 239, 240, 241, 242
· Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 | 6, 58, 150, 177, 238, 243
· Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171 | 177, 241, 242, 243
· Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, *NJF* 2008/260 | 6, 58, 142
· Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252 | 105, 137, 147
· Rb. Dordrecht 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG3557 | 226, 228, 230, 236
· Rb. Amsterdam 2 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6526 | 225, 228, 232, 235

- Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947 | 7, 27, 56, 57, 139
- Rb. Maastricht (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297 | 6, 57, 139
- Rb. Haarlem (vzr.) 10 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI2360 | 216
- Rb. Arnhem (vzr.) 17 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI4332 | 150, 255
- Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720 | 7, 57, 137
- Rb. Arnhem 18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK6615 | 238, 241
- Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, *JA* 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans | 6, 7, 57, 142, 148, 238, 240, 241
- Rb. Almelo (vzr.) 31 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK8253 | 256
- Rb. Rotterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, *NJF* 2010/169 | 6, 57
- Rb. Arnhem (vzr.) 18 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4396 | 238, 239, 240
- Rb. Haarlem (vzr.) 4 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN2431 | 238, 241
- Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636 | 8, 57, 139, 146
- Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759 | 238, 239, 240, 241, 242
- Rb. Almelo 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873 | 5, 8, 176, 216, 238
- Rb. Amsterdam (vzr.) 25 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8235 | 238, 239, 240
- Rb. Haarlem (vzr.) 17 oktober 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU6957 | 178
- Rb. Breda 11 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199 | 59, 142, 146
- Rb. Arnhem 8 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW5134 | 226, 228, 231
- Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929 | 6, 58, 143, 146, 148
- Rb. Groningen (vzr.) 20 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX2104 | 147
- Rb. 's-Gravenhage 28 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0295 | 216
- Rb. Arnhem (vzr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2081| 238, 239, 240, 241, 242, 243
- Rb. Amsterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7002 | 6, 146, 238
- Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1608 | 238, 239, 240, 241
- Rb. Den Haag (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3827 | 176, 241, 253
- Rb. Rotterdam (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604 | 167, 225, 226, 233
- Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773 | 6, 58, 133, 141, 146, 238, 240
- Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136 | 6, 58, 59, 105, 141, 146, 148
- Rb. Amsterdam 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8224 | 238, 240
- Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954 | 177, 239, 240, 254
- Rb. Overijssel 5 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3326 | 136, 145

- Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1058 | 226, 228, 231, 234, 235, 237
- Rb. Noord-Holland 2 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2890 | 238
- Rb. Overijssel (vzr.) 15 april 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:1992 | 137
- Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5324 | 225, 230, 231, 235
- Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076 | 177, 178, 179
- Rb. Amsterdam 1 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4647 | 151
- Rb. Overijssel (vzr.) 20 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6134 | 6, 238, 239, 241, 242
- Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:655| 150
- Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305 | 173, 181
- Rb. Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3661 | 161
- Rb. Rotterdam (vzr.) 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7166 | 226, 230, 231, 233, 235
- Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746 | 57, 151
- Rb. Overijssel (vzr.) 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5712 | 167, 176, 216
- Rb. Overijssel (vzr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:592 | 226, 227, 231, 235
- Rb. Limburg (vzr.) 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280 | 150, 151, 238
- Rb. Midden-Nederland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3418 | 225, 228, 230, 235
- Rb. Noord-Nederland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3340 | 167, 233
- Rb. Overijssel (vzr.) 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3790| 150
- Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5331 | 151, 254
- Rb. Amsterdam 30 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9095 | 230
- Rb. Midden-Nederland 5 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:97 | 170
- Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2980 | 151
- Rb. Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5047 | 226, 237
- Rb. Rotterdam (vzr.) 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6137 | 150
- Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7955 | 56
- Rb. Rotterdam (vzr.) 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7977 | 150
- Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9909 | 6, 57, 146
- Rb. Den Haag 11 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15297 | 254
- Rb. Midden-Nederland 13 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6659 | 161
- Rb. Midden-Nederland 28 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6581 | 167, 173

Hof van Justitie van de EU

- Conclusie van A-G E. Sharpton, 30 november 2017, Zaak C-147/16 | 152

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

· ARRvS (vz.) 9 februari 1989, *KG* 1989, 140 | 226, 228, 232, 234, 236, 237
· ARRvS (vz.) 13 februari 1990, *KG* 1990, 117 | 226, 232, 236
· ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, *AB* 1997/93 (*Maxis & Praxis*) | 229
· ABRvS 22 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2383 | 226, 233, 236
· ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34 m.nt. Vermeulen | 11
· ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9454 | 225, 232
· ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3411 | 226, 227, 228, 236
· ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN7032 | 229
· ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7767 | 226, 231, 235
· ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1034 | 226, 231, 234, 237
· ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1389 | 225, 235
· ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1156 | 167
· ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3421 | 170, 222, 223, 225

LKC

· LKC Onderwijs 02.045, d.d. 5 december 2002 (primair onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 04.006-04.007, d.d. 17 mei 2004 (primair onderwijs) | 169
· LKC Onderwijs 05.009, d.d. 25 mei 2005 (primair onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 104057, d.d. 14 mei 2009 (primair onderwijs) | 235
· LKC Onderwijs 104938, d.d. 1 juni 2011 (voortgezet onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 105740, d.d. 3 september 2013 (primair onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 105988, d.d. 10 december 2013 (voortgezet onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 105974, d.d. 13 januari 2014 (voortgezet onderwijs) | 235
· LKC Onderwijs 106019, d.d. 10 februari 2014 (voortgezet onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 106098, d.d. 23 april 2014 (voortgezet onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 106196, d.d. 22 augustus 2014 (primair onderwijs) | 169
· LKC Onderwijs 106392, d.d. 12 september 2014 (voortgezet onderwijs) | 234
· LKC Onderwijs 106247, d.d. 17 november 2014 (voortgezet onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 106486, d.d. 18 augustus 2015 (primair onderwijs) | 168
· LKC Onderwijs 106557, d.d. 9 maart 2015 (primair onderwijs) | 169, 234
· LKC Onderwijs 107058, d.d. 11 maart 2016 (primair onderwijs) | 234
· LKC Onderwijs 106612, d.d. 26 maart 2015 (voortgezet onderwijs) | 234
· LKC Onderwijs 107209, d.d. 13 juni 2016 (primair onderwijs) | 169

GPO

· GPO 107033, d.d. 6 januari 2016 (primair onderwijs) | 235
· GPO 107059, d.d. 28 januari 2016 (voortgezet onderwijs) | 235
· GPO 107228, d.d. 24 juni 2016 (voortgezet onderwijs) | 235
· GPO 107243, d.d. 6 juli 2016 (primair onderwijs) | 235

Wetgevings- en artikelenregister

· Awb | 5, 24, 32, 167, 171, 215-222, 226-229, 274
· Awgb | 35
· BW
Boek 1
- 1:247 | 44, 48, 49, 51, 52, 99
Boek 3
- 3:6 | 110, 113-114
- 3:12 | 67, 68, 82, 92, 94, 97, 99, 154, 155, 163, 176, 250, 264
- 3:14 | 174-176, 250, 251, 258, 266, 268
- 3:33, 3:35 | 29-30, 38-39, 41, 44, 60, 66-67, 261-262, 269
- 3:37 | 40, 205
- 3:40 | 85-89, 98, 154, 263
- 3:296 | 110, 132, 134
Boek 6
- 6:2 | 67, 92
- 6:3 | 111
- 6:30 | 106
- 6:52 | 155, 157, 159, 170, 171
- 6:58 | 162, 163
- 6:74 | 6, 51, 58, 133, 134, 178
- 6:82 – 6:83 | 188
- 6:103 | 132
- 6:162| 6, 58, 132, 133, 134, 178
- 6:213 | 15, 17, 29, 109
- 6:217 | 14, 15, 29-30, 38-39, 44, 60, 261-262, 269
- 6:227 | 109, 111, 146
- 6:248 lid 1 | 63, 64,65,67, 75, 80, 82, 83, 89, 92, 97, 100, 101, 107, 135-137, 139-141, 144, 152, 153, 156, 171, 208, 214, 248, 251, 263, 269, 270
- 6:248 lid 2 | 93, 99, 101, 154, 162, 199-201, 207, 209, 248, 264
- 6:253 – 6:254 | 52
- 6:258 | 209
- 6:261 | 109, 121-123, 178
- 6:262 | 108, 109, 155, 157-160, 17-171, 178-179, 184, 266
- 6:265 | 51, 108, 109, 155, 186-199, 203, 247, 256, 267
- 6:267 | 204-205
- 6:270 – 6:272 | 201-202
Boek 7 | 18, 19, 83, 207, 210-211, 273-275
- 7:213 | 118
- 7:271 – 7:274 | 210-211

- 7:400 – 7:402 | 128-129, 151, 254
- 7:408 | 213-214, 254-255
- 7:460 | 212, 214
- 7:667 – 7:677 | 211

· EP EVRM | 50, 173
· GW | 33, 77-78, 91, 115
· Inrichtingsbesluit Wvo | 21, 32, 81, 96, 165, 171, 174, 178-181, 215, 216, 219-221, 226-227, 239, 248, 250, 251, 266, 267
· IVRK | 48, 50, 67, 173, 175, 176
· Lpw | 14, 31, 48, 91, 118, 128, 164, 180, 138
· Web | 2-3, 35, 39, 79, 126
· Wec | 22, 25, 77, 81, 94-97
· Weo | 4, 91
· Wms | 72, 77
· Wot | 77, 91, 115
· Wpo | 8, 21, 23, 24, 28, 31-33, 35, 75, 77, 81, 88, 94-97, 127, 140, 143, 154, 165, 171, 174, 215-218, 221, 223, 226-227, 238, 251, 266, 267
· Wvo | 8, 21, 23, 24, 28, 31-33, 35, 75, 77, 91, 94-97, 127, 138, 139, 141, 143, 144, 154, 180, 216, 219-221, 226-227, 238

Rapporten en themabrieven

'WEB: Werk in Uitvoering. Een voorlopige evaluatie van de Wet educatie en beroepsonderwijs', advies Onderwijsraad, september 2001, te raadplegen via: www.onderwijsraad.nl/publicaties/2001/web-werk-in-uitvoering.-een-voorlopige-evaluatie-van-de-wet-educatie-en-beroepsonderwijs/item752.

KNMG-Richtlijn 'Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', 2005, te raadplegen via: www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/behandelingsovereenkomst.htm.

'Ouders als partners', advies Onderwijsraad, februari 2010, te raadplegen via: www.onderwijsraad.nl/publicaties/2010/ouders-als-partners/item346.

'Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, december 2015, te raadplegen via: www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/publicaties/2016/01/04/factsheet-schorsingen-en-verwijderingen/factsheet-schorsingen-en-verwijderingen.pdf.

'Factsheet Schorsingen en verwijderingen in het voortgezet onderwijs. Elektronische meldingen over de schooljaren 2011/2012 t/m 2015/2016', Inspectie van het Onderwijs, te raadplegen via: www.onderwijsinspectie.nl/onderwerpen/schorsen-en-verwijderen.

'Factsheet schorsingen primair onderwijs. Elektronische meldingen over schooljaren 2014-2015 en 2015-2016', Inspectie van het Onderwijs, te raadplegen via: www.onderwijsinspectie.nl/documenten/publicaties/2017/01/25/factsheet-schorsingen-po-2014-2015-2015-2016.

'Themabrief passend onderwijs: verwijdering van leerlingen', Onderwijsgeschillen, maart 2016, te raadplegen via: onderwijsgeschillen.nl/actueel/themabrief-passend-onderwijs-over-verwijdering-van-leerlingen.

'Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak', de Inspectie Veiligheid en Justitie oktober 2016, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/06/06/tk-bijlage-schoolverzuim-de-strafrechtelijke-aanpak.

'Servicedocument onderwijsovereenkomst, informatie en voorbeeld model onderwijsovereenkomst 2016-2017', MBO-Raad, te raadplegen via: www.mboraad.nl/publicaties/servicedocument-onderwijsovereenkomst.

'Toelating van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte', Themabrief Onderwijsgeschillen, februari 2017, te raadplegen via: www.onderwijsgeschillen.nl/thema/toelating-van-leerlingen-met-een-extra-ondersteuningsbehoefte.

'Doet de geschillencommissie voor passend onderwijs ertoe?', Regioplan Amsterdam, mei 2017, publicatienr. 16056, te raadplegen via: www.onderwijsgeschillen.nl/publicaties/doet-de-geschillencommissie-passend-onderwijs-ertoe-doorwerking-van-de-uitspraken-van-0.

'De leerling centraal?', Rapport Onderwijsraad, juli 2017, te raadplegen via: www.onderwijsraad.nl/publicaties/2017/de-leerling-centraal/item7566 en www.onderwijsraad.nl/publicaties/2017/de-leerling-centraal/volledig/item7567.

'Wetsvoorstel modernisering WVO', advies Onderwijsraad, oktober 2017, te raadplegen via: www.onderwijsraad.nl/publicaties/2017/wetsvoorstel-modernisering-wvo/volledig/item7600.

Curriculum vitae

Stijn Voskamp is op 6 juni 1989 geboren in Haarlem. Zij behaalde in 2007 haar gymnasiumdiploma aan het Lyceum Sancta Maria in Haarlem. Vervolgens is zij Rechtsgeleerdheid gaan studeren aan de Universiteit Leiden. In 2011 is zij afgestudeerd met als studierichting Civiel Recht. Aansluitend is zij gestart als docent bij de afdeling Civiel Recht van het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Vanaf 2012 was zij als PhD-fellow (promovenda en docent) verbonden aan dezelfde afdeling, waar zij tegenwoordig als universitair docent werkzaam is.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2017 en 2018 verschenen:

MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978 94 6290 392 0

MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, bezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6

MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom 2017, ISBN 978 94 6290 390 6

MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9

MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0

MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 028 0697 7

MI-287 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978-94-6290-427-9

MI-288 D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty. Designing an instrument to modernise international tax law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-289 L. Kovudhikulrungsri, *The right to travel by air for persons with disabilities* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-290 C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017

MI-291 M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 555 7

MI-292 R. Passchier, *Informal constitutional change. Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-293 T.P.A. Leclerc, *Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre. Contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-294 M. Fink, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-295 B.A. Kuiper-Slendebroek, *Rechter over Grenzen. De toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 886 5

MI-296 Y.N. van den Brink, *Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht. Wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 683 7; e-ISBN 978 90 1314 684 4

MI-297 M.L. Diekhuis-Kuiper, *Het woord en de daad. Kenmerken van dreigbrieven en de intenties waarmee ze geschreven werden,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Criminologie 2017, ISBN 978 94 6236 795 1

MI-298 Y.N. van den Brink et al., *Voorlopige hechtenis van jeugdigen in uitvoering. Een exploratief kwantitatief onderzoek naar rechterlijke beslissingen en populatiekenmerken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, ISBN 978 94 6240 455 7

MI-299 V. Borger, *The Transformation of the Euro: Law, Contract, Solidarity*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behavior, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-301 J. Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-302 X. Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4

MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2

MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1061 5

MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018

MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)

MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling,* (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018, ISBN 978 94 9301 997 3

MI-311 L. Kools, *Essays on wealth, health and data collection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0281 168 1

MI-312 S. Voskamp, *Onderwijsovereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, ISBN 978 94 6290 585 6