



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

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 ordeverstoring 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

Waarom 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 ordeverstoring 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 mede-klasgenoten 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 voorziet 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 ingebrekestelling 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 Hoofdreel en uitzondering: ‘recht op ontbinding, tenzij...’

De hoofdreel 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 schuldeiser 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 relativiseringstendens 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 relativiseringsgedachten uit de literatuur een plaats krijgen. Zo ontzegt de Hoge Raad volgens Hijma aan de relativiseringsgedachten 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 geschiedenis⁵⁴ 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 Vries 1997, 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 vertrouwen⁵⁸ 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 gezien 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 gezien 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 ontfeggen.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 evenredige⁶⁹ 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 onderwijs-overeenkomst 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 buitengerechterlijke 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 buitengerechterlijke ontbindingsverklaring het meest voor de hand liggen. Deze wijze van ontbinding is niet aan strenge eisen gebonden:

‘(...) De wetgever heeft aan de buitengerechterlijke 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 buitengerechterlijke 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 buitengerechterlijke 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 (vgl. – 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 oproepen: 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 verbintenissen 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/Beverlaap*) 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 ‘ingelesen’, 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 (*Pensioenfondsen/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 overeenkomst 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 wetbepalingen, 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 exploit 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:RBGR: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 1 Awb 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 ouders¹³⁷ 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 wvo 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:2017:3421 waarin 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 ontfangen. 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 ontfangen. (...) De toelating en verwijdering is dermate essentieel dat een summierere 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 diens gevolg 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 doen¹⁶⁵ 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 verveerder 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 onbevoegdlijk 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 Woonruimtevoordering*): ‘(...) 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. Omgevoerd 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 Stulp”. 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 toetsings-element 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 verstekkende 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 handelen²⁰³ 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. Arnhem 18 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. Pajmans, 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. Pajmans, r.o. 4.2.

203 Rb. Arnhem 18 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 sanctioneren²¹⁰ en de vrijheid van de school bij de waardering van de ernst van het incident²¹¹ 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 geval²¹⁶ 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. Pajmans, r.o. 4.10; Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI: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 bestaat²²² 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. Pajmans, voor het kort geding over verwijdering zie Rb. Haarlem (vzr.) 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171; Rb. Arnhem 18 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. Pajmans, 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. Arnhem 18 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 invoeren 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 billijkheid²³⁵ 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 voldoende, 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 onderwijsvereenkomst 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 onderwijsvereenkomst 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 bedoeld 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:RBGR: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 les gelden 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 wedertoeelating 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 invoeren 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.

