

‘Educational malpractice’ als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht²

32

Actuele ontwikkelingen zoals de kritische rapporten over Hogeschool Inholland, zijn aanleiding om de zorgplicht van onderwijsinstellingen voor de kwaliteit van het onderwijs te bespreken. Hoewel de zorgplicht doorgaans wordt gebaseerd op art. 6:162 BW, dient voor de invulling hiervan aansluiting te worden gezocht bij de contractuele aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren met een bijzondere zorgplicht en daarmee de maatstaf ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot’. De zorgplicht wordt materieel ingekleurd door art. 23 Gw, de onderwijswetgeving, de deugdelijkheidseisen, de beginselen van behoorlijk onderwijs en door uitspraken van klachtencommissies en civiele rechters. Bij de rechterlijke beoordeling is een tweetrap te onderscheiden. Het onderwijsbeleid wordt slechts marginaal getoetst; de onderwijsinspanningen jegens een concrete leerling in volle omvang. Een vordering jegens een onderwijsinstelling blijkt evenwel moeilijk te slagen.

1. Inleiding

In januari en april 2011 rapporteerde de Inspectie van het Onderwijs over haar onderzoek naar alternatieve afstudeertrajecten bij Hogeschool Inholland in Haarlem.³ Er bleken aanwijzingen te zijn voor het (te) soepel afgeven van diploma's door de hogeschool; ook stelde de Inspectie tekortkomingen vast in de kwaliteitszorg. De vraag rijst: hebben de desbetreffende studenten van Inholland kwalitatief goed (genoeg) onderwijs ontvangen? En: heeft hun diploma wel die waarde die zij ervan mochten verwachten toen zij startten met de studie?

Dergelijke vragen kunnen ook worden gesteld door (oud) leerlingen van door de Inspectie als ‘zeer zwak’ beoordeelde scholen, zoals de Islamitische basisschool De Dialoog uit Rotterdam. Tussen 2007 en 2010 had deze school het predicaat ‘zeer zwak’. Een ‘zeer zwakke’ school realiseert onvoldoende onderwijsresultaten (eindopbrengsten) en laat op cruciale onderdelen van het onderwijsleerproces onvol-

doende kwaliteit zien. Zowel de Gemeente Rotterdam als het Ministerie van Onderwijs staakte de subsidieverstrekking; het schoolbestuur besloot zelf over te gaan tot sluiting van de school.

Het belang van goed onderwijs voor individuen en de samenleving is evident. Onderwijs is bepalend voor de ontwikkeling van (jonge) mensen, de verwerving van maatschappelijke functies, burgerschap en voor de moderne kenniseconomie. Van oudsher draagt de overheid een verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het onderwijs,⁴ die zich uit door het stellen van regels en het houden van toezicht op de naleving hiervan.

De onderwijsinstelling dient niet slechts in verticale zin, aan de overheid, verantwoording af te leggen, maar tevens in horizontale zin, aan de onderwijsontvangers.⁵ Onderwijsontvangers verstaan wij in dit artikel de leerling, de student en – bij minderjarige leerlingen – de ouders. Deze onderwijsontvangers lijken steeds minder vaak respectvol en vol vertrouwen naar de onderwijsinstelling te kijken en lijken zich nadrukkelijker op te stellen als kritisch consument.⁶ De onderwijsontvanger schuwt evenmin de gang naar de civiele rechter als het gaat om vermeend falend onderwijs en het instellen van een vordering tot schadevergoeding.

In dit artikel vragen wij aandacht voor deze ontwikkeling en beogen wij de zorgplicht van onderwijsinstellingen voor de kwaliteit van het onderwijs in kaart te brengen. Buiten het bestek van dit artikel vallen overige vereisten voor aansprakelijkheid zoals causaal verband, relativiteit en schade. Daar waar dit zinvol is, zullen wij hierover echter wel korte opmerkingen plaatsen, omdat ook op die vlakken moeilijkheden liggen voor de vordering van een onderwijsontvanger jegens een onderwijsinstelling. Allereerst bespreken wij in paragraaf 2 kort de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling⁷ en de onderwijsontvanger. Vervolgens betogen wij in paragraaf 3 welke factoren

1 Niels Noorlander is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Tilburg University. Brechtje Paijmans is docent/onderzoeker aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, waar zij een proefschrift schrijft over de aansprakelijkheid van scholen, en advocaat te Utrecht.
2 De auteurs bedanken prof. mr. J.B.M. Vranken voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
3 De tussenrapportage is te vinden op de website: www.onderwijsinspectie.nl/binaries/content/assets/Actueel_publicaties/2011/Tussenbericht+alternatieve+afstudeertrajecten+InHolland.pdf. De eindrapportage op de website: www.onderwijsinspectie.nl/binaries/content/assets/Actueel_publicaties/2011/Alternatieve+afstudeertrajecten+en+de+bewaking+van+het+eindniveau+in+het+hoger+onderwijs_2.pdf.

4 Vgl. art. 23 lid 1 Gw.

5 Vgl. bijvoorbeeld art. 12, 13 WPO en art. 24, 24a WVO, waarin is bepaald dat scholen in het primair en voortgezet onderwijs gehouden zijn een schoolplan, een schoolgids en een klachtenregeling vast te stellen en openbaar te maken.

6 B.P. Vermeulen & F.C.C. Smith, ‘De veranderde positie van de ouders in het primair en voortgezet onderwijs’, *NTOR* 1989, nr. 1, p. 32. Nadat in 1999 met de ‘zaak *Schaapman*’ de eerste school tot schadevergoeding werd veroordeeld vanwege kwalitatief onvoldoende onderwijs, is in de jaren 2006 tot 2011 een toenemend aantal procedures gepubliceerd over de vermeend falend kwaliteit van onderwijs. Hierop wordt nader ingegaan in par. 4.

7 Krachtens de wet wordt een school ‘in stand gehouden’ door het bevoegd gezag. Vgl. ook art. 1 Wpo, art. 1 Wvo, art. 1 Wec en art. 1.1.1 sub w Web. Het bevoegd gezag is de juridische entiteit (rechtspersoon) die in rechte kan worden aangesproken als een onderwijsontvanger meent dat het onderwijs aan de onderwijsinstelling tekortschiet.

naar onze mening de positieve verplichtingen van onderwijsinstellingen bepalen ter zake het geven van onderwijs. In paragraaf 4 wordt de Nederlandse jurisprudentie op dit punt besproken en trachten wij aan de hand daarvan de zorgplicht van onderwijsinstellingen nader te duiden alsook de maatstaf voor de beoordeling van de eventuele aansprakelijkheid. Vanwege de langere Angelsaksische traditie op het juridische terrein van de kwaliteit van het onderwijs zullen wij in paragraaf 5 jurisprudentie uit Noord-Amerika en Groot-Brittannië analyseren. In paragraaf 6 sluiten wij af met een beschouwing en conclusie.

2. Rechtsverhouding onderwijsinstelling - onderwijsontvanger

Met de toelating van een leerling of student tot een onderwijsinstelling ontstaat tussen hen een rechtsverhouding. De aard van deze rechtsverhouding, overeenkomst of niet, bepaalt de grondslag voor een vordering tot nakoming of schadevergoeding; toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad. Omdat de kwalificatie van de rechtsverhouding, behoudens voor educatie en beroepsonderwijs,⁸ niet in de wet is vastgelegd, en rechters daaraan van geval tot geval een eigen invulling moeten geven, wordt in de literatuur reeds enkele decennia gediscussieerd over de vraag of de rechtsverhouding kan worden gekwalificeerd als overeenkomst. Ten aanzien van het bijzonder onderwijs wordt over het algemeen een overeenkomst aangenomen. Meer verdeeldheid bestaat er over het openbaar onderwijs.⁹ Onderscheiden worden een privaatrechtelijke overeenkomst,¹⁰ een publiekrechtelijke onderwijsovereenkomst,¹¹ een gemengd publiek- en privaatrechtelijke overeenkomst¹² en

(geen overeenkomst, maar) een publiekrechtelijke rechtsverhouding.¹³

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de onderwijswetgever voor het bijzonder onderwijs uitgaat van een overeenkomst naar burgerlijk recht; na inschrijving door ouders en na toelating door de onderwijsinstelling bestaat volgens de wetgever wilsovereenstemming.¹⁴ Voor het openbaar onderwijs stelt de wetgever vast dat niet duidelijk is of sprake is van een overeenkomst dan wel een andere rechtsbetrekking. De wetgever laat het expliciet aan de rechter over om hierover te oordelen.¹⁵

Behoudens enkele uitzonderingen,¹⁶ vermijden de civiele rechters het om de rechtsverhouding te kwalificeren.¹⁷ Zij toetsen het handelen of nalaten van de school aan de uit art. 6:162 BW voortvloeiende zorgplicht, met de overweging dat de kwalificatie (overeenkomst of niet) niet van belang is voor de reikwijdte van de op scholen rustende zorgplicht. Deze is volgens de feitenrechters in beide situaties – contractueel en buitencontractueel – gelijk.

Aangezien wij deze overweging gerechtvaardigd vinden, laten wij de kwalificatie in dit artikel verder in het midden en richten wij ons primair op een nadere concretisering van de zorgplicht van onderwijsinstellingen voor de kwaliteit van het onderwijs en gaan (ook) wij daarbij uit van een vordering uit onrechtmatige daad, meer in het bijzonder een handelen of nalaten in strijd met hetgeen krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

3. Zorgplicht onderwijsinstellingen voor de kwaliteit van het onderwijs

3.1 Inleiding

Onderwerp van dit artikel is de zorgplicht van onderwijsinstellingen voor het geven van onderwijs. Hierbij onderscheiden wij enerzijds de door de staat opgelegde *publiekrechtelijke* zorgplicht zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs; deze zorgplicht vloeit voort uit de verplichtingen die zijn opgenomen in de onderwijswetgeving, waarin het bevoegd gezag onder meer wordt opgedragen zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs. Anderzijds onderscheiden wij de *civielrechtelijke* zorgplicht van onderwijsinstellingen, zijnde de zorgplicht ten behoeve van en jegens de onderwijsontvanger; deze zorgplicht vloeit voort uit de tussen hen bestaande rechtsverhouding na toelating en inschrijving.

Vastgesteld moet worden dat de civielrechtelijke zorgplicht van onderwijsinstellingen ter zake de kwaliteit van het on-

8 Vgl. art. 8.1.3 Wet educatie en beroepsonderwijs (Web), in werking getreden op 1 januari 1996, waarin expliciet is bepaald dat aan de inschrijving een overeenkomst ten grondslag ligt.

9 De discussie komt vooral voort uit het bijzondere karakter van openbaar onderwijs. Onderwijs bevat grondwettelijke, strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke kenmerken, die strikt genomen niet altijd goed te verenigen zijn met het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht in titel 6.5 BW. Als problemen hierbij zijn te onderscheiden de contractsvrijheid bij overeenkomst (in het licht van de verplichtingen uit de Leerplichtwet en de beperkte mogelijkheden voor openbare onderwijsinstellingen bij het weigeren van leerlingen) en het vermogensrechtelijke karakter van een verbintenis.

10 M. Stoop, 'De wet AROB en de onderwijsovereenkomst', *Tijdschrift voor het openbaar bestuur*, 1977, 2, p. 456 e.v.; H.Ph.J.A.M. Hennekens, noot onder ARRvS (vz.) 2 september 1988, *Gst.* nr. 6874, p. 131 e.v.; H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 305-307; J. Sperling, 'De juridische positie van ouders in het onderwijs', preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht 2009, p. 61-62.

11 C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en voortgezet onderwijs* (diss. VU 2005), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 256 e.v.

12 W.E. Pors, 'De onderwijsovereenkomst', *School en Wet* 1990, nr. 10, p. 155.

13 R. Snel en A. Postma, 'Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs', *Gst.* 1999/7091; B.P. Vermeulen en P.J.J. Zootjens, 'Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in: C.J.A.M. Kortmann, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (Preadviezen VAR nr. 124), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 109-110; B.P. Vermeulen in zijn noot bij ABRvS 11 december 2002, AB 2003/76; P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander, 'Juridische aansprakelijkheid voor ondeugdelijk onderwijs', *School en Wet* 2004, nr. 4, p. 153

14 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53.

15 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53.

16 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437; Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, *NJF* 2006/541.

17 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000/104, m.nt. B.P. Vermeulen; Ktr. Opsterland 28 januari 2003, *Prg.* 2003/6004; Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, *NJ* 2005/438; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, *NJF* 2008/260; Rb. Haarlem 25 november 2009, *JA* 2010/38, m.nt. B.M. Pajmans; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, *NJF* 2010/169.

derwijs een open norm is, ongeacht de uitkomst van de kwalificatievraag uit paragraaf 2. Wij betogen dat deze open norm nader wordt ingekleurd door publiekrechtelijke-, privaatrechtelijke- en klachtrechtelijke factoren, zijnde het grondwettelijk kader van onderwijs, de deugdelijkheidseisen en de onderwijswetgeving, de beginselen van behoorlijk onderwijs, de uitspraken van klachtencommissies en ten slotte de civielrechtelijke jurisprudentie ter zake. Deze factoren alsook hun invloed op de zorgplicht van onderwijsinstellingen zullen wij in het hierna volgende kort bespreken.

3.2 Grondwettelijk kader, deugdelijkheidseisen en onderwijswetgeving

De overheid heeft op grond van art. 23 Gw een stelsel van normen geformuleerd die onder meer de kwaliteit van het nationale onderwijs beogen te borgen. Het gaat hier om de zogeheten 'deugdelijkheidseisen',¹⁸ die door Mentink worden gedefinieerd als *'het geheel van eisen dat de wetgever aan scholen stelt, welke eisen de strekking hebben een behoorlijk functioneren van het onderwijs te waarborgen'*.¹⁹ Omdat deugdelijkheidseisen het in art. 23 Gw vervatte klassieke grondrecht 'vrijheid van onderwijs' beperken, is de wetgever volgens Mentink slechts bevoegd een ondergrens van kwaliteit te bepalen; deugdelijkheidseisen bevatten aldus minimumeisen voor de inrichting van scholen.²⁰ Wij sluiten ons daarbij aan.

Art. 23 Gw, en de in onderwijswetgeving vervatte deugdelijkheidseisen kleuren, hoewel publiekrechtelijk van aard, mede de civielrechtelijke zorgplicht van onderwijsinstellingen jegens onderwijsontvangers in.

Deugdelijkheidseisen dienen krachtens art. 23 lid 5 Gw te worden vastgesteld bij wet en kunnen worden onderver-

deeld in algemene en speciale deugdelijkheidseisen. Art. 23 lid 2 Gw bevat twee algemene deugdelijkheidseisen; zij die onderwijs geven, dienen op grond daarvan 'bekwaam' en 'zedelijk' te zijn. De onderwijswetgeving bevat de speciale deugdelijkheidseisen.²¹ Voor het primair, speciaal en voortgezet onderwijs wordt in de onderwijswetgeving als open norm bepaald dat het bevoegd gezag zorg dient te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs.²² Deze zorgplicht wordt in de onderwijswetgeving deels nader geconcretiseerd,²³ maar tevens voor een overgroot deel vrijgelaten.

De deugdelijkheidseisen en de daarop gebaseerde toezichtkaders²⁴ hebben direct invloed op de kwaliteit van het onderwijs. Indien een onderwijsinstelling niet aan de publiekrechtelijke deugdelijkheidseisen voldoet, door de Inspectie als 'zeer zwak' wordt beoordeeld of zelfs wordt gesloten, bestaat er naar onze mening een in beginsel zeer sterke aanwijzing dat de onderwijsinstelling evenmin heeft voldaan aan een civielrechtelijke zorgplicht;²⁵ de deugdelijkheidseisen kunnen immers worden gezien als minimumeisen. Een publiekrechtelijk vastgestelde schending van een zorgplicht kan echter eerst leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid indien de school jegens een specifieke leerling niet alle benodigde inspanningen heeft betracht en daarmee de zorgplicht jegens die specifieke leerling heeft geschonden. In een Utrechtse procedure deden ouders bijvoorbeeld een beroep op een inspectierapport waarin was vastgesteld dat het verschil tussen de resultaten van het centraal examen en het schoolexamen bij het vak economie onaanvaardbaar was. De rechtbank betrok het rapport terecht bij haar beoordeling, maar dit leverde de ouders niets op. Uit het rapport volgde niet dat juist de specifieke docent economie van hun dochter disfunctioneerde; een schending van de zorgplicht jegens de dochter kon hieruit niet worden afgeleid.²⁶

Dat een schending van een (publiekrechtelijke) onderwijswet in bepaalde gevallen tevens een onrechtmatige daad kan opleveren, blijkt uit het *Schaapman-vonnis*.²⁷ De rechtbank overwoog hierin dat een basisschool was tekortgeschoten zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, zijnde een verplichting die volgde uit de toenmalige Wet op het Basisonderwijs (WBO). Aangezien volgens de rechtbank deze verplichting mede diende ter bescherming van de belangen van leerlingen en ouders, had de basisschool jegens de ouders (die een vergoeding vorderden van door hen gemaakte kosten voor bijlessen) onrechtmatig gehandeld. Of deze overweging onverkort en in elke andere procedure over de kwaliteit van het onderwijs kan worden toegepast, is maar zeer de vraag. Hoewel buiten het bestek van dit artikel vallend, zijn discussies over het ontbreken van causaal

18 Deugdelijkheidseisen worden zowel aan het openbaar als aan het bijzonder onderwijs gesteld.

19 D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen. Een grondwettelijk probleem* (diss. Rotterdam 1989), Deventer: Kluwer Onderwijs Uitgaven 1989, p. 200.

20 D. Mentink, 'Deugdelijkheidseisen en de kwaliteit van wetgeving (sbeleid)', in: *Kwaliteit en uitvoerbaarheid van onderwijswetgeving* (Preadviezen voor de Vereniging voor Onderwijsrecht), 1995, p. 41.

21 Waarvan de grondslag berust in art. 23 lid 5, 6 en 7 Gw.

22 Art. 10 Wpo, art. 23a Wvo, art. 19 Wec.

23 Als eisen te stellen aan het primair proces kunnen de volgende voorbeelden worden genoemd. Ex art. 12 Wpo, art. 24 Wvo en art. 21 Wec dient het kwaliteitsbeleid in het schoolplan te worden beschreven en in elk geval te omvatten: het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het beleid met betrekking tot de bewaking en verbetering van de kwaliteit van het onderwijs. Ex art. 13 Wpo, art. 24a Wvo en art. 22 Wec dient de schoolgids te informeren over de doelen van het onderwijs en de resultaten die met het onderwijsleerproces worden bereikt. Ex art. 8 lid 1 jo. lid 4 Wpo en art. 11 lid 1 Wec dient het onderwijs zodanig te worden ingericht dat de leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen, dient het te worden afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen en, ten aanzien van leerlingen die extra zorg behoeven, dient het te worden gericht op individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van de leerling. In art. 9 Wpo, art. 10, 11b, 12, 13, 14 Wvo en art. 13, 14 Wec wordt het soort vakken bepaald. In art. 8 lid 7 Wpo, art. 10 lid 2, art. 10b lid 2, art. 10b1 lid 1, art. 10d lid 2, art. 11c lid 1, art. 12 lid 5 Wvo en art. 11 lid 4 Wec wordt een minimumaantal onderwijsuren voorgeschreven.

24 Toezichtkaders zijn de toetsstenen die de Inspectie voor het Onderwijs op grond van art. 11 lid 2 Wet op het Onderwijstoezicht (Wot) opstelt.

25 Vgl. ook Noorlander 2005, a.w., p. 509; Sperling 2009, t.a.p., p. 65-66.

26 Rb. Utrecht 7 juli 2010, *LJN* BN5636. Zie voor een vergelijkbare uitkomst ook Hof Amsterdam 11 maart 2004, *School en Wet* 2004, JO nr. 21.

27 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000/104, m.nt. B.P. Vermeulen, r.o. 8.

verband en relativiteit zeer wel denkbaar, afhankelijk van de specifieke bepaling uit de sectorwetten waarvan de ouders stellen dat deze is geschonden. Hoe concreter de bepaling is en meer deze bepaling strekt tot (mede) bescherming tegen de schade van de leerling (en/of ouders), hoe sneller de leerling (en/of ouders) hierop een beroep zal toekomen.

3.3 *Beginselen van behoorlijk onderwijs*

Ook de zogenoemde 'beginselen van behoorlijk onderwijs' zijn van invloed op de civielrechtelijke zorgplicht. In de onderwijsrechtelijke literatuur hebben diverse auteurs getracht de beginselen van behoorlijk onderwijs (waaronder begrepen beoordeling) te formuleren.²⁸ Volgens Eijlander, Rietveld en Zoontjens zouden beginselen van behoorlijk onderwijs op den duur de taak van wettelijke deugdelijkheidseisen over kunnen en moeten nemen.²⁹ Voorbeelden van dergelijke beginselen zijn het beginsel van de kwaliteit van de leerstof en het beginsel van een onbelemmerde studievoortgang (de student mag niet worden belemmerd in diens streven studie-inspanning te leveren en studievoortgang te boeken).³⁰ In de gepubliceerde rechtspraak over de aansprakelijkheid voor falend onderwijs hebben onderwijsontvangers tot dusver geen beroep gedaan op een schending van een beginsel van behoorlijk onderwijs. Aan de algemeen erkende beginselen van behoorlijk onderwijs kunnen naar onze mening niettemin aanknopingspunten worden ontleend om de zorgplicht nader in te vullen.

3.4 *Uitspraken klachtencommissie*

Met de invoering van de Kwaliteitswet in 1998 hebben onderwijsontvangers een wettelijk klachtrecht.³¹ Sindsdien spreken landelijke en regionale klachtencommissies zich uit over het handelen en nalaten van onderwijsinstellingen op diverse vlakken. Met deze (niet-bindende) uitspraken wordt de zorgplicht van onderwijsinstellingen naar onze mening op belangrijke punten nader en concreet ingevuld, omdat het handelen van de onderwijsinstelling materieel wordt getoetst.

Een gegrond bevonden klacht is echter niet synoniem aan een schending van de civielrechtelijke zorgplicht. Dit blijkt uit de civielrechtelijke jurisprudentie. In een aantal scholenzaken, overigens niet allemaal aansprakelijkheidsgeschillen, vermelden de civiele rechters op zichzelf wel de gevolgde klachtenprocedure en eventuele door de klachtencommissie gedane aanbevelingen, maar betrekken zij de

uitspraken uiteindelijk niet of nauwelijks bij de overwegingen die leiden tot de beslissing.³² De Rechtbank Rotterdam overweegt zelfs expliciet dat de omstandigheid dat de klachtencommissie de klachten van de ouders deels gegrond heeft verklaard, niet impliceert dat de onderwijsinstelling in civielrechtelijke zin aansprakelijk is.³³ Deels is dit gelegen in de verschillen in achtergrond van de verschillende procedures en de gehanteerde toetsingsmaatstaf (klachtrecht tegenover civiel recht) en deels in het gegeven dat een klacht gegrond kan zijn, maar deze klacht in zijn essentie niet kan leiden tot een schending van de zorgplicht ter zake het onderwijs, zoals bijvoorbeeld een klacht over gebrekkige communicatie of een klacht over het door de school niet verstrekken van een schooldossier.

Het overzicht dat Kastelein geeft van de civielrechtelijke jurisprudentie waarin tuchtrechtspraak (in verschillende disciplines) een rol speelt, geeft een wisselend beeld van de houding van de civiele rechter ten opzichte van het tuchtrecht.³⁴ Zij concludeert dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet automatisch een wanprestatie of onrechtmatige daad meebrengt, maar dat de civiele rechter wel betekenis kan toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter.

Het klachtrecht draagt in algemene zin positief bij aan de kwaliteit van het onderwijs, aangezien onderwijsontvangers laagdrempelig en op zeer korte termijn problemen met de onderwijsinstelling kunnen aankaarten bij een onafhankelijke klachtencommissie en reeds daarmee tot een oplossing kunnen komen; een civiele procedure zal daarmee niet altijd meer nodig zijn. Een daadwerkelijke invloed van een gegrond bevonden klacht op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van onderwijsinstellingen blijkt tot dusver echter beperkt te zijn; de civiele rechter neemt de klachtrechtelijke uitspraak niet over, maar beoordeelt de zaak zelf en in volle omvang.

3.5 *Jurisprudentie civiele rechter*

Ten slotte wordt de zorgplicht van onderwijsinstellingen vanzelfsprekend mede bepaald door de civielrechtelijke jurisprudentie ter zake. Ook deze jurisprudentie levert zinvolle criteria op voor de invulling van de zorgplicht, zoals we hierna in paragraaf 4 zullen zien.

28 M.J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs* (diss. Leiden 1981), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 25 e.v.; Noorlander 2005, a.w., hoofdstuk 14.

29 Ph. Eijlander, J.J.W.M. Rietveld & P.J.J. Zoontjens, *Modernisering onderwijsregelgeving; een studie naar mogelijkheden voor verdergaande deregulering in het funderend onderwijs* (Schoordijk Instituut Centrum voor wetgevingsvraagstukken), oktober 2001. Ook de Minister van OCW heeft wel eens zijn sympathie voor deze gedachte uitgesproken: Minister van OCW, *Onderwijs in stelling. Kracht en creativiteit voor de kennisamenleving*, Den Haag: 2000, p. 7. Zie ook: P.J.J. Zoontjens, 'Algemene beginselen van behoorlijk onderwijs? Een intrigerend concept', *School en Wet* 2001, p. 20-23.

30 Cohen 1981, a.w., p. 25 e.v.

31 *Stb.* 1998, 348.

32 Rb. Rotterdam (pres.) 13 december 2001, *KG* 2002/32; Ktr. Opsterland 28 januari 2003, *PrG.* 2003/6004; Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, *NJ* 2005/438; Rb. Arnhem 21 september 2005, *ROT* 2006/26; Rb. Groningen (vz.) 7 oktober 2005, *NJF* 200/431; Rb. 's-Hertogenbosch (vz.) 27 februari 2006, *NJF* 2006/241; Hof Arnhem 11 maart 2008, *RAV* 2009/50; Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, *JA* 2008/147; Rb. Groningen 25 maart 2009, *JA* 2009/124; Rb. Zwolle 22 april 2009, *VR* 2009/123; Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, *JA* 2010/33; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, *JA* 2010/65.

33 Rb. Rotterdam 17 februari 2010, *NJF* 2010/169.

34 W.R. Kastelein, 'De relatie tussen civiele medische aansprakelijkheid en tuchtrechtelijke medische aansprakelijkheid, huidige en toekomstige ontwikkelingen', p. 53-61, in: T. Hartlief & W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

4. **Nederlandse jurisprudentie; beschouwing zorgplicht**

4.1 **Inleiding**

Over de mogelijke aansprakelijkheid van onderwijsinstellingen voor falend onderwijs bestaat in Nederland nog niet veel (gepubliceerde) rechtspraak; de mogelijkheid een school hiervoor aan te spreken, lijkt echter in opkomst. De allereerste procedure hierover is de zaak *Schaapman* uit 1999, die onderwijsrechtelijk Nederland op dit punt wakker schudde en het pad baande voor soortgelijke vorderingen. In de volgende paragrafen zal eerst de Nederlandse jurisprudentie worden besproken en vervolgens de zorgplicht nader worden geanalyseerd.³⁵

4.2 **Toegewezen vorderingen**

Er zijn in de (gepubliceerde) rechtspraak inmiddels drie relevante vonnissen gepubliceerd waarin onderwijsinstellingen aansprakelijk worden gehouden voor falend onderwijs en zijn veroordeeld tot schadevergoeding. Een kort overzicht.³⁶

Allereerst de *Schaapman*-zaak.³⁷ De feiten lagen aldus. Tom doorloopt een Amsterdamse Montessorischool en blijkt – door ziekte van de directeur en diverse leraren – in groep 8 een leerachterstand te hebben van ten minste een jaar. Als Tom in groep 8 het voorlopig schooladvies mavo krijgt, laten de ouders een intelligentietest afnemen, waarbij Tom op havo/vwo-niveau scoort. Een nieuwe docent tracht de achterstanden van de leerlingen in groep 8 weg te werken, maar hiervoor blijkt onvoldoende tijd. In de hoger

beroepprocedure over de aansprakelijkheid van de school overweegt de rechtbank dat de school, door een forse leer- of onderwijsachterstand te laten ontstaan en tot halverwege groep 8 geen maatregelen te nemen om deze op te heffen, is tekortgeschoten in de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs. Voor 'de goede orde' overweegt de rechtbank dat het in deze zaak niet gaat om de verplichting een bepaald eindniveau te garanderen, maar om de eis dat de in het schoolprogramma opgenomen lesstof ten minste bij benadering aan de leerlingen wordt aangeboden. Daarbij moet een school, zodra haar signalen bereiken dat er iets mis is, niet alleen tijdig en voldoende maatregelen nemen. Ook wordt het optreden van de directeur die de achterstand heeft laten ontstaan en voortbestaan zonder de school daarvan op de hoogte te stellen, aan de school toegerekend. Aangezien de rechtbank vaststelt dat de school krachtens de Wbo verantwoordelijk is voor de kwaliteit van het onderwijs, de school deze verplichting heeft geschonden en de Wbo mede dient ter bescherming van de belangen van de ouders/leerlingen, is volgens de rechtbank sprake van een onrechtmatige daad van de school jegens *Schaapman* en wordt de school veroordeeld tot schadevergoeding, onder meer bestaande uit een vergoeding voor gemaakte kosten voor bijles.

De tweede procedure waarin een onderwijsinstelling wordt veroordeeld tot schadevergoeding, is de zaak *eiseres/Christelijke Hogeschool Nederland*.³⁸ Een voormalig studente aan de hogeschool start de procedure omdat zij een onvoldoende heeft gekregen voor haar stage bij uitzendbureau Start en daardoor zeven maanden studievertraging heeft opgelopen. De studente stelt dat de hogeschool toerekenbaar is tekortgeschoten bij de begeleiding van de stage; de rechtbank stelt haar in het gelijk. De rechtbank expliciteert niet welke maatstaf zij hanteert voor de beoordeling van de inspanningen van de hogeschool, maar gaat direct over tot een materiële beoordeling. Zij overweegt dat een school de student dient te begeleiden bij een te volgen stage waarbij geldt dat, wanneer een stage moeizaam verloopt, deze begeleiding intensiever zal moeten zijn en de student handvatten aangereikt moet krijgen om een negatieve beoordeling af te wenden. Daarbij overweegt de rechtbank dat ook de beoordeling van de stage zorgvuldig moet plaatsvinden, aangezien een negatieve beoordeling in casu meebrengt dat de student een nieuwe stage van zeven maanden moet volgen. De hogeschool kan niet bewijzen adequate begeleiding te hebben gegeven en/of waarschuwingen dat de studente op een onvoldoende afstevende. De rechtbank oordeelt dat de hogeschool is tekortgeschoten te voldoen aan de verplichtingen uit overeenkomst; de schadevergoeding die wordt toegekend omvat de kosten voor een extra studiejaar en de gedeerde inkomsten uit arbeid gedurende zeven maanden.

De derde voor de onderwijsontvanger succesvolle procedure is de '*Bootfakkel*-zaak'.³⁹ Deze zaak gaat weliswaar pri-

35 Bij deze jurisprudentie laten wij twee categorieën vorderingen buiten beschouwing. Ten eerste zijn dit de procedures die zijn gevoerd over accreditatie en geldigheid van – vooraf door de hogeschool of universiteit in het vooruitzicht gestelde – diploma's en mastertitels buiten beschouwing. Ten aanzien hiervan hebben studenten zowel de kous op de kop gekregen (vgl. HR 8 februari 2008, *LJN* BC3880; Hof Amsterdam 12 oktober 2010, *LJN* BO4988) als met succes vorderingen ingesteld (vgl. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 16 september 2003, *NJ* 2003/667; Rb. Utrecht 25 april 2007, *NJF* 2007/358; Rb. Maastricht 21 november 2007, *LJN* BB8510). Ten tweede zijn dit de procedures waarin schadevergoeding werd gevorderd vanwege een in beginsel formele beslissing van de instelling, zoals het niet meer aanbieden van een tentamen in een bepaald studiejaar of het hanteren van een maximum aantal tentamenpogingen. Zie bijvoorbeeld Pres.Arr.-Rb. Rotterdam 26 juli 2001, *ROR* 2000-2002/45; Rb. Rotterdam 1 oktober 2008, *LJN* BG2518; Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN3221; Hof Arnhem 3 augustus 2010, *LJN* BN3018.

36 In dit overzicht wordt buiten beschouwing gelaten de procedure, waarin een school van de ouders van een leerling betaling vorderde van voorgeschoten reiskosten (Ktr. Opsterland 28 januari 2003, *Prg.* 2003/6004). De rechtbank honoreerde hierin weliswaar het reconventionele beroep van de ouders op verrekening vanwege een toerekenbare tekortkoming van de school (gebrekkige begeleiding van de dyslectische zoon), maar het vonnis is van gering belang. Het bevat geen maatstaf voor de aansprakelijkheidsbeoordeling; de ouders waren succesvol in hun vordering omdat de school cruciale stellingen onweersproken liet.

37 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000/104, m.nt. B.P. Vermeulen. In eerste aanleg Ktg. Amsterdam 11 juni 1998, *Gst.* 1999-7091, 6, m.nt. J. Donner. Zie ook deze zaak ook Snel & Postma 1999, t.a.p.; Huisman & Noorlander 2004, t.a.p., p. 154-155; Noorlander 2005, a.w., p. 496 e.v.; I. van der Putt, 'Kwaliteit onderwijs', in: B.M. Pajmans & I. Van der Putt, *Aansprakelijkheid en scholen, waar liggen de grenzen?*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2007, p. 70.

38 Rb. Leeuwarden 24 januari 2007, *JA* 2007/68. Zie hierover ook P.C.J. De Tavernier, 'Aansprakelijkheid voor educational practice', *MvV* 2007, p. 104-109.

39 Rb. Haarlem 25 november 2009, *JA* 2010/38, m.nt. B.M. Pajmans.

mair over de (onterechte) verwijdering van de leerling, maar is tevens van belang voor de zorgplicht van de school voor de kwaliteit van het onderwijs. Een leerling wordt door zijn havo-school verwijderd vanwege betrokkenheid bij het afsteken van een bootfakkel in het trappenhuis van de school. Na de verwijdering (in februari) biedt de school de leerling een lesprogramma op afstand aan, in afwachting van toelating op een andere school. Nadat de school (in april) in kort geding wordt veroordeeld tot (weder)toelating van de leerling, stelt zij een handelingsplan op dat niet door de leerling wordt ondertekend of gevolgd. De leerling meldt zich (in mei) ziek en maakte het jaar niet af. Hij rondt zijn havo-opleiding het daarop volgende schooljaar af aan het particuliere Luzac College. De ouders vorderen van de school onder meer vergoeding voor de (hoge) opleidingskosten aan het Luzac College. De rechtbank kwalificeert de onterechte verwijdering van de leerling als onrechtmatig, zodat de school in beginsel aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan ontstane schade. De rechtbank toetst vervolgens of de school zich voldoende heeft ingespannen bij het aanbieden van onderwijs in deze periode. De rechtbank stelt daarbij voorop dat een school in beginsel de vrijheid heeft om het onderwijs naar eigen bevinden in te richten, zodat slechts plaats is voor een marginale toetsing van het geformuleerde onderwijsbeleid. Vervolgens toetst de rechtbank de concreet genomen maatregelen specifiek ten aanzien van deze leerling. Zij expliciteert niet de maatstaf die zij hiervoor aanlegt. De rechtbank beoordeelt het lesprogramma op afstand als onvoldoende en het handelingsplan onvoldoende afgestemd op deze leerling; de school heeft daardoor niet aan haar inspanningsverplichtingen voldaan. De ziekmelding en het uit eigen keuze niet volgen van onderwijs of afleggen van examens leidt ertoe dat de vergoedingsplicht van de school ex art. 6:101 BW met 20% wordt vermindert.

Opvallend is dat de rechters in geen van deze zaken inzicht geven in de toetsingsmaatstaf die zij hanteren om te beoordelen of de scholen al dan niet aansprakelijk zijn, anders dan de algemene overweging dat op scholen een (buiten) contractuele zorgplicht rust voor de kwaliteit van het onderwijs. Een verdere analyse van de zorgplicht mede in het licht van deze jurisprudentie volgt in paragraaf 4.4.

4.3 Afgewezen vorderingen; overige vorderingen

De andere aangesproken scholen ontsprongen de dans en hadden naar het oordeel van de civiele rechter voldaan aan hun zorgplicht. Dit betreft een basisschool die werd aangesproken voor het onvoldoende volgen van en ingrijpen bij een 'achterblijvende' leerling,⁴⁰ een middelbare school die werd aangesproken omdat zij geen adequaat onderwijs zou hebben gegeven aan een leerling met dyslexie,⁴¹ een middelbare school die werd aangesproken omdat zij geen hoogbegaafdenbeleid had,⁴² een middelbare school die on-

40 Hof Arnhem 13 juni 2006, LJN AY9107.

41 Rb. Amsterdam 14 mei 2008, NJF 2008/260.

42 Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, JA 2008/147. Zie voor de eerste instantie Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, NJ 2005/438.

voldoende begeleiding zou hebben geboden aan een leerling met chronische migraine⁴³ en ten slotte een middelbare school die werd aangesproken op vervallen lessen en niet gemeld verzuim van een leerling.⁴⁴

Een deel van de rechters in deze zaken laat, net als bij de toegewezen vorderingen, een nadere kwalificatie van de zorgplicht in het midden.⁴⁵ Het andere deel kiest ervoor aan te sluiten bij de in de beroepsaansprakelijkheid geformuleerde maatstaf 'redelijk handelende en redelijk bewaamde' school.⁴⁶

4.4 Beschouwing van de zorgplicht en de maatstaf voor aansprakelijkheid

De op scholen rustende zorgplicht wordt – zoals in paragraaf 2 toegelicht – door civiele rechters doorgaans gebaseerd op art. 6:162 BW, op hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, en zou ons inziens in dat geval moeten worden gekwalificeerd als een species van de daaruit voortvloeiende algemene zorgvuldigheidsnorm. In *Lindenbaum/Cohen*⁴⁷ overwoog de Hoge Raad dat deze zorgvuldigheid in acht moet worden genomen ten aanzien van eens anders persoon of goed; in *Baris/Riezenkamp*⁴⁸ is overwogen dat de zorgvuldigheid breder in acht moet worden genomen, namelijk ten aanzien van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁴⁹ Een rechter dient de algemene norm steeds toe te spitsen op de specifieke zaak en in wezen voor elk geval een concrete zorgvuldigheidsnorm te formuleren. Voor een nadere concretisering van de zorgvuldigheidsnorm zijn blijkens de jurisprudentie verschillende factoren van belang, zoals de aard en omvang van de mogelijke schade, de waarschijnlijkheid dat de schade zal optreden, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen.⁵⁰

Reeds onder het Oud BW, toen op de 'schoolonderwijzer' nog een kwalitatieve aansprakelijkheid rustte (althans een aansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast)⁵¹ is in de jurisprudentie een zorgplicht specifiek voor scholen geformuleerd. Deze formulering is met de komst van het nieuwe BW, en daarmee het vervallen van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de onderwijzer, niet gewijzigd en luidt:

43 Rb. Rotterdam 17 februari 2010, NJF 2010/169.

44 Rb. Utrecht 7 juli 2010, LJN BN5636.

45 Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, NJ 2005/438; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, NJF 2008/260; Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, JA 2008/147.

46 Hof Arnhem 13 juni 2006, LJN AY9107; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, NJF 2010/169; Rb. Utrecht 7 juli 2010, LJN BN5636.

47 HR 31 januari 1919, NJ 1919/161.

48 HR 15 november 1957, NJ 1958/67.

49 Zie ook C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht 1989), Deventer: Kluwer 1989, p. 3-4.

50 De factoren volgen onder meer uit HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*); HR 6 november 1981, NJ 1982/567 (*Bloedprik*); de annotatie van Brunner bij het *Bloedprik*-arrest, Van Dam 1989, a.w., p. 110.

51 Zie over deze kwalitatieve aansprakelijkheid ook Drop 1985, a.w., p. 301-302; M.E. Franke, 'Over de onderwijzer en een aansprakelijkheid die voorbij gaat', in: *BW-krant jaarboek* 1988 nr. 4 (Oud en Nieuw), p. 43-51.

'In het algemeen gesproken rust op een leraar een bijzondere zorgplicht onder meer ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen, die aan zijn zorg zijn toevertrouwd en onder zijn toezicht staan.'⁵²

Wij menen dat de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs buiten deze zorgplicht valt, die immers is gericht op het waarborgen van de gezondheid en veiligheid van leerlingen. Ditzelfde geldt voor de voornoemde bredere, algemene zorgvuldigheidsnorm zoals die door bekende arresten als *Kelderluik*⁵³ wordt ingevuld. Deze algemene zorgvuldigheidsnorm is primair gericht op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, veelal in het kader van gevaarstelling, waarbij de dader niet in een bijzondere verhouding staat tot de benadeelde. Tjong Tjin Tai spreekt in dit verband over een 'zwakke zorgplicht'; er is een verplichting oog te hebben voor de belangen van derden en een verplichting om anders te handelen.⁵⁴

Hoewel de zorgplicht van onderwijsinstellingen is gebaseerd op dezelfde zorgvuldigheidsnorm, kan deze algemene 'zwakkere' zorgvuldigheidsnorm niet een-op-een worden toegepast bij onderwijsinstellingen, niet over de hele linie van de zorgplicht van onderwijsinstellingen, maar juist ook niet ten aanzien van de zorgplicht van onderwijsinstellingen voor de kwaliteit van het onderwijs. Op de instelling rust immers een positieve plicht om – goed – onderwijs te geven, hetgeen overigens wel als effect zal hebben dat aldus schade zal worden voorkomen. Op instellingen rust alsdan niet 'slechts' een verplichting om zoveel als mogelijk is de leerlingen te behoeden voor schade, zoals dat bij het voorkomen van (gym)ongevallen doorgaans wel het geval is. De zorgplicht van onderwijsinstellingen om kwalitatief goed onderwijs te geven, sluit ons inziens in zijn aard – in elk geval deels – beter aan bij de contractuele verplichtingen van beroepsbeoefenaren die een bijzondere zorg hebben voor een ander, zoals bijvoorbeeld artsen, advocaten en notarissen. Uit *Speekaert/Gradener*,⁵⁵ het standaardarrest voor de beroepsaansprakelijkheid dat is gewezen ter zake een door een orthopedisch chirurg uitgevoerde rugoperatie, volgt dat de Hoge Raad voor de beoordeling van een beroepsbeoefenaar als maatstaf neemt de zorgvuldigheid die van een *redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot* mag worden verwacht.⁵⁶ De aansprakelijkheid van on-

derwijsinstellingen ter zake de kwaliteit van het onderwijs vertoont hiermee gelijkenissen, in die zin dat feitenrechtters dezelfde maatstaf tot uitgangspunt (denken te) nemen, maar is echter tegelijkertijd anders.

De civielrechtelijke beoordeling doet hybride aan. Wij onderkennen hierin een tweetrap.

Ten eerste wordt onderwijsinstellingen een pedagogische vrijheid gegund die leidt tot een slechts marginale toetsing door de civiele rechter van het door de onderwijsinstelling opgestelde onderwijsbeleid. Dit betreft een beleidsvrijheid en een marginale toetsing die in meer of mindere mate lijkt op die van bepaalde overheden en toezichthouders.⁵⁷ De rechtters stellen bij de beoordeling van het onderwijsbeleid van een onderwijsinstelling veelal voorop dat onderwijsinstellingen de bevoegdheid hebben het onderwijs naar eigen inzicht en richting in te richten, dit vanwege de pedagogische vrijheid van onderwijsinstellingen bij de vormgeving van hun onderwijskundige beleid en het primaire onderwijsproces. De civiele rechter acht zich daarom slechts bevoegd dit beleid marginaal te toetsen. Onderwijsinstellingen worden op dit punt in hoge mate vrijgelaten; dit leidt ertoe dat ten aanzien hiervan niet snel aansprakelijkheid van de onderwijsinstelling zal worden aangenomen.

De tweede trap betreft de zwaardere toets die de civiele rechter hanteert bij de beoordeling van het (onderwijskundig) handelen of nalaten van een instelling bij het geven van onderwijs aan een specifieke leerling. De rechtters blijken concreet te toetsen in hoeverre een onderwijsinstelling heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, nader gekwalificeerd als inspanningsverplichting,⁵⁸ jegens een specifieke leerling. Hierbij worden alle door de instelling (al dan niet) genomen maatregelen in acht genomen en beoordeeld. Deze toetsing is verre van marginaal; de civiele rechter schroomt niet de inspanningen van de onderwijsinstelling juist concreet en in volle omvang te toetsen; dit brengt sneller aansprakelijkheid van de onderwijsinstelling mee als deze belangrijke steken heeft laten vallen, zoals in de hiervoor besproken voor de onderwijsontvangers succesvolle zaken.

Een vergelijking met het door Giesen onderscheiden concreet toezicht dringt zich op. Hij kwalificeert algemeen toezicht als de controle van een object onder toezicht zonder dat van een concrete aanleiding sprake is (bijvoorbeeld: surveilleren op een schoolplein); dit ziet wel op de inspanningen van een onderwijsinstelling ter zake de veiligheid, maar minder op de verplichting zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs. Concreet toezicht betreft in dat verband het toezicht dat wordt gehouden naar aanleiding

52 Zie hiervoor bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 29 november 2006, JA 2007/25, Ktr. Zutphen 12 augustus 2003, NJ 2004/260, Rb. Arnhem 28 juli 1994, VR 1995/100 en Arr.-Rb. Alkmaar 19 augustus 1984, NJ 1984/215.

53 HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

54 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek* (diss. Tilburg 2007), Deventer: Kluwer 2006, p. 139-141.

55 HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (*Speekaert/Gradener*).

56 In het brede spectrum van de beroepsaansprakelijkheid kan de zorgplicht van een beroepsbeoefenaar in zwaarte variëren. Onderscheiden kan worden een relatief lichte, algemene zorgplicht van een goed opdrachtnemer ex art. 7:401 BW, een 'gemiddelde' zorgplicht van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot tot een relatief zware zorgplicht van de beroepsbeoefenaar met een bijzondere zorgplicht, zoals die door de Hoge Raad werd aangenomen ten aanzien van een notaris bij het passeren van een akte; vgl. HR 20 januari 1989, NJ 1989/766 (*Groninger huwelijksvoorwaarden*).

57 Zoals bijvoorbeeld bij HR 8 januari 1999, NJ 1999/319 (*Waterschap Friesland/Kaagman*); HR 19 november 1999, NJ 2000/234 (*De Haas/Waterschap De Dommel*); HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527-529 (*Vie d'Or*); HR 17 september 2010, JOR 2010/312 (*Rasmal/BNA*).

58 Hoewel leerlingen en ouders soms – al dan niet tegen beter weten in – het bestaan van een resultaatsverbintenis betogen, bestaat er geen wettelijke discussie over dit punt. Zowel in de literatuur als in de jurisprudentie wordt aangenomen dat op een school een inspanningsverbintenis rust.

van een concrete melding van een gevaarsituatie (bijvoorbeeld: leerling A wordt in de pauze altijd gepest).⁵⁹ Ten aanzien van concreet toezicht lijkt een strengere zorgvuldigheidsnorm te gelden dan voor algemeen toezicht.⁶⁰ Deze strengere norm bij concreet toezicht lijkt op de beoordeling door de civiele rechter van de inspanningen van onderwijsinstellingen daar waar het een leerling betreft die in meer of mindere mate 'achterblijft', zoals een leerling met dyslexie. Van een onderwijsinstelling die weet of had behoren te weten dat een leerling niet presteert zoals hij of zij zou kunnen, mogen – meer dan in zijn algemeenheid – concrete maatregelen worden verwacht, toegespitst op de specifieke situatie van deze leerling. Deze concrete maatregelen worden door de rechter ook steeds in volle omvang getoetst.

Ondanks de concrete toetsing door de civiele rechter van de specifieke maatregelen jegens een concreet leerling blijkt het evenwel nog steeds moeilijk om een schending van de zorgplicht van een onderwijsinstelling te bewijzen. Uit de hiervoor besproken jurisprudentie kan een aantal concrete overwegingen worden gedestilleerd, die de zorgplicht op dat punt inzichtelijker maken, zij het dat de overwegingen hun herkomst vinden in concrete situaties, zodat deze niet in alle situaties zullen gelden. Het betreft de volgende – losse – overwegingen:

- Een school moet tijdige en adequate maatregelen nemen om lesuitval zoveel mogelijk te voorkomen. Een school is niet gehouden op ziekte van leraren te anticiperen door bij voorbaat een reservedocent aan te nemen.
- Een school is niet verplicht een bepaald eindniveau te garanderen. Wel is de school gehouden om de in het schoolprogramma opgenomen lesstof ten minste bij benadering aan de leerlingen aan te bieden.
- Indien een school signalen bereiken dat er iets mis is met de schoolprestaties van een leerling, dient zij tijdig en voldoende maatregelen te nemen.
- Een school moet een leerling stagebegeleiding bieden. Bij een moeizame stage zal deze begeleiding intensiever moeten zijn en moet een leerling handvatten worden aangereikt om een onvoldoende af te wenden.
- Het enkele feit dat de leerling slechte cijfers voor één of meer vakken haalt, is niet bewijzend voor de stelling dat de school geen deugdelijk onderwijs heeft geboden.
- Het enkele feit dat een school geen hoogbegaafdenbeleid heeft opgesteld, brengt niet mee dat de school niet aan de zorgplicht heeft voldaan. Getoetst dient te worden of de school heeft voldaan aan de kwaliteitseisen uit de sectorwetten.
- Een school kan aansprakelijk zijn indien zij onvoldoende passend onderwijs heeft aangeboden.

59 I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 23; W.H. van Boom en I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1675-1685.

60 Giesen 2005, a.w., p. 23, 135-136.

- Van een school voor regulier, klassikaal onderwijs kan niet worden geëist dat reguliere lesstof uit het programma verdwijnt en dat daarvoor in de plaats voor een specifieke leerling moeilijker en uitdagender werk wordt ingeroosterd. Wel kunnen en moeten individueel afspraken worden gemaakt voor verdieping/versnelling.
- Indien een school de maatregel van verwijdering aan een leerling oplegt, zal de school – totdat de leerling op een andere school is geplaatst – zich moeten inzetten voor een lesprogramma op afstand, afgestemd op de omstandigheden van de specifieke leerling.

4.5 Conclusie

Voor de invulling van de zorgplicht van een onderwijsinstelling daar waar het de onderwijsverplichting betreft, dient ons inziens te worden aangesloten bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren die een bijzondere zorg hebben voor een ander en daarmee de door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf 'redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot'. Ten aanzien van de aansprakelijkheid van onderwijsinstellingen onderkennen wij evenwel een (hiervan deels afwijkende) tweetrup. De eerste trap betreft de relatief lichte toets die de civiele rechter aanlegt ten aanzien van het algemene onderwijsbeleid van een onderwijsinstelling, dit vanwege de pedagogische vrijheid van onderwijsinstellingen bij de vormgeving van hun onderwijskundige beleid en het primaire onderwijsproces. De civiele rechter toetst dit beleid marginaal. De tweede trap betreft de zwaardere toets die de civiele rechter hanteert bij de beoordeling van het onderwijskundig handelen of nalaten van een instelling ten opzichte van een specifieke leerling. De rechters toetsen concreet alle door de instelling (al dan niet) genomen maatregelen. Deze toetsing is niet slechts marginaal, maar omvat juist alle aspecten van het handelen van de instelling ter zake. Daarbij dient evenwel niet uit het oog verloren te worden dat breed gedragen wordt dat op onderwijsinstellingen een inspanningsverplichting rust en niet een resultaatsverplichting. Voor een onderwijsontvanger blijkt het uiteindelijk mede daardoor moeilijk te zijn om met succes een schending van de zorgplicht door een onderwijsinstelling aan te tonen.

5. Rechtsvergelijking met Amerikaanse en Britse jurisprudentie over 'educational malpractice'

Uit de vorige paragraaf blijkt dat Nederland relatief kort, vanaf 1999, te maken heeft met vorderingen van onderwijsontvangers ten aanzien van gesteld falend onderwijs. Vanwege de langere Angelsaksische traditie op dit terrein, achten wij het zinvol om uitspraken uit de Verenigde Staten en Groot-Brittannië te vergelijken met de Nederlandse jurisprudentie.⁶¹

61 Omdat in de Verenigde Staten met name enkele oudere uitspraken belangrijk zijn, worden deze uitspraken besproken en wordt in voetnoten verwezen naar recentere jurisprudentie.

5.1 *Jurisprudentie over 'educational malpractice' in de Verenigde Staten*

In navolging van de Amerikaanse literatuur onderscheiden wij twee typen van educational malpractice. De *eerste categorie* betreft de aansprakelijkheid van onderwijsinstellingen vanwege een gebrekkige kwaliteit van het primaire onderwijsproces, resulterende in leerachterstanden of psychische schade.⁶² Deze categorie wordt beschouwd als educational malpractice in zuivere vorm. De *tweede categorie* betreft de aansprakelijkheid van onderwijsinstellingen voor een onjuiste diagnose van een bepaalde psychische, gedrags- of leerproblematiek van een leerling en het als gevolg daarvan niet afstemmen van het lesprogramma op de specifieke behoeften van het kind of het niet-doorverwijzen van het kind naar een geschiktere vorm van onderwijs, vaak speciaal onderwijs.⁶³

Een aantal Amerikaanse uitspraken, uitgesplitst naar deze beide categorieën, wordt in het hierna volgende besproken.

Categorie I⁶⁴

Volgens de Amerikaanse rechter is er niet een geschikte 'standard of care' (zorgplicht) beschikbaar waaraan de kwaliteit van het onderwijs door de docent en het onderwijsprogramma van de instelling kunnen worden afgemeten.

Dit kwam reeds tot uitdrukking in de eerste principiële zaak over educational malpractice in de *Verenigde Staten: Peter W. v. San Francisco Unified School District*.⁶⁵ In deze uitspraak van de Court of Appeals van de staat Californië van 6 augustus 1976 klaagde Peter W. erover dat het onderwijsstelsel van het San Francisco Unified school district onvoldoende rekening had gehouden met zijn leesproblemen: hem was lesmateriaal voorgeschied dat hij niet kon lezen, hij had les gehad van ongekwalificeerde docenten en hij had een getuigschrift verworven van de high school, terwijl hij niet over het vereiste leesniveau beschikte. De rechter oordeelde dat op de school van Peter W. geen zorgplicht rustte, waaraan de juistheid van Peter W.'s vordering kon worden afgemeten. Hierbij overwoog de rechter dat er binnen de pedagogische wetenschappen conflicterende theorieën bestaan over hoe een kind het best kan worden onderwezen. Ook werd van belang geacht dat de schoolpres-

taties van een kind, los van het onderwijs, worden beïnvloed door een groot aantal factoren:

'Unlike the activity of the highway or the marketplace, classroom methodology affords no readily acceptable standards of care, or cause, or injury. The science of pedagogy itself is fraught with different and conflicting theories of how or what a child should be taught, and any layman might – and commonly does – have his own emphatic views on the subject. (...) Substantial professional authority attests that the achievement of literacy in the schools, or its failure, are influenced by a host of factors which affect the pupil subjectively, from outside the formal teaching process, and beyond the control of its ministers. They may be physical, neurological, emotional, cultural, environmental; they may be present but not perceived, recognized but not identified.'

De rechter wijst hierbij op de financiële, maatschappelijke en politieke implicaties die de erkenning van een dergelijke zorgplicht zouden hebben:

'To hold them to an actionable "duty of care," in the discharge of their academic functions, would expose them to the tort claims – countless numbers. They are already beset by social and financial problems which have gone to major litigation, but for which no permanent solution has yet appeared.(...) The ultimate consequences, in terms of public time and money, would burden them – and society – beyond calculation.'

Een andere landmark case over educational malpractice is *Donhue v. Capiague Union Free School District* van 14 juni 1979;⁶⁶ een uitspraak die in vrijwel elke uitspraak over educational malpractice in Amerika wordt aangehaald. Donhue stelt de school aansprakelijk op grond van 'tort' (onrechtmatige daad) voor de schade die zou zijn veroorzaakt doordat hij een High school-diploma heeft behaald, terwijl zijn Engels van onvoldoende niveau is voor de beroepen die hij met zijn diploma wil uitoefenen. Donhue stelt dat zijn High school niet aan de zorgplicht heeft voldaan om hem op een behoorlijke manier te onderwijzen. De New York Court of Appeals wijst de vordering af, onder meer omdat door toewijzing op een oneigenlijke wijze zou worden geïntervenieerd in de pedagogische bevoegdheden van onderwijsinstellingen.

'(...) Recognition in the courts of this cause of action would constitute blatant interference with the responsibility for the administration of the public school system lodged by Constitution and statute in school administrative agencies.'

In de onderwijsrechtelijke literatuur spreekt men in dit verband in relatie tot het primair onderwijs, het voortgezet on-

62 Hiertoe wordt tevens gerekend het onvoldoende zorg dragen door het bevoegd gezag voor een geschikt pedagogisch klimaat, door bijvoorbeeld het niet optreden tegen pestgedrag. Dit valt evenwel buiten het bereik van dit artikel.

63 T. Davis, 'Examining educational malpractice jurisprudence: should a cause of action be created for student-athletes?', *Denver University Law Review*, 1992, Vol. 69:1, p. 62. C.L. Wade, 'Educators who drive with no hands: the application of analytical concepts of corporate law in certain cases of educational practice', *San Diego Law Review*, 1995, 437, p. 442 e.v.; M. Imber & T. van Geel, *Education Law*, London: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers 2000, p. 476.

64 Voorbeelden van zaken die binnen deze categorie kunnen worden gesitueerd, maar nu niet besproken worden: *Swidryc v. Saint Michael's Medical Center*, 493 A.2d 641 (N.J. Super. Ct. Law. Div. 1985); *McKay v. CDI Career Development Institutes Ltd.*, (1999) 64 B.C.L.R. (3d) 386 (S.C.); *Wickstrom v. North Idaho College*, 725 P.2d 155 (1986).

65 *Peter W. v. San Francisco Unified School District et al.* 60 Cal. App. 3d 814, 131 Cal. Rptr. 854 (1976).

66 *Donhue v. Capiague Union Free School District* 407 N.Y.S. 2d 874, 64 A.D. 2d 20 (1978).

derwijs en educatie en beroepsonderwijs ook wel van de pedagogische vrijheid⁶⁷ van de onderwijsinstelling en haar docenten. In het hoger onderwijs kent dit principe een equivalent in de academische vrijheid.⁶⁸

De rechter acht het om deze reden niet mogelijk om een zorgplicht te formuleren voor de onderwijsinstelling en de docent. Sandler vindt dit vreemd.⁶⁹ Hij trekt hierbij de parallellen met de arts die een bepaalde behandeling voorschrijft, waarbij de patiënt de aanwijzingen van de behandeling niet opvolgt (hij slikt bijvoorbeeld niet de voorgeschreven medicijnen) en voorts met productaansprakelijkheidszaken, waarbij er schade ontstaat omdat de koper de gebruiksaanwijzing niet opvolgt.

Categorie II⁷⁰

In de Amerikaanse jurisprudentie is de rechter over het algemeen van oordeel dat de intrinsieke eigenschappen van het onderwijs – er vindt een overdracht van kennis en normen en waarden, terwijl er moet worden samengewerkt met de leerling/student – het onmogelijk maken om het handelen van de onderwijsinstelling op eventuele onrechtmatigheid te beoordelen. Mede hierdoor ook vormt het bepalen van causaal verband tussen gebrekkig onderwijs en gestelde schade een complexe aangelegenheid.

Illustratief hiervoor is de zaak *Ross v. Creighton University*.⁷¹ Een basketballer neemt deel aan het universitaire atletiekprogramma van de universiteit. Hij stelt door de universiteit op een zodanig onjuiste wijze te zijn geadviseerd over zijn studieprogramma dat hij slechts over taalvaardigheden

beschikt op basisschoolniveau en voorts niet in staat is een getuigschrift te behalen. De Court of Appeals overweegt, dat een dergelijke vordering moeilijk kan worden toegewezen:

'Education is an intensely collaborative process, requiring the interaction of student with teacher. A good student can learn from a poor teacher; a poor student can close his mind to a good teacher. Without effort by a student, he cannot be educated. Good teaching method vary with the needs of the individual student. In other professions by contrast, client cooperation is far less important.'

Het noodzakelijke onderwijskundige 'partnerschap' tussen onderwijsinstelling en onderwijsontvanger wordt hier als een hoofdreden opgevoerd voor het ten principale afwijzen van de mogelijke aansprakelijkheid van een onderwijsinstelling voor falend onderwijs. Een andere factor die voor de rechter van (groot) belang is, betreft de eindverantwoordelijkheid voor het slagen van het onderwijsproces, die altijd bij de student zelf ligt.

De rechter gaat in deze zaak overigens uit van een contractuele relatie tussen de universiteit en Ross. Voor een geslaagd beroep op contractbreuk is volgens de rechter echter onvoldoende de stelling dat het onderwijs kwalitatief gezien tekortschiet. De klager zal moeten aantonen dat een specifieke bepaling van het contract door de instelling niet is nageleefd.

Vergelijking met Nederland

In de Amerikaanse jurisprudentie worden vorderingen ter zake de kwaliteit van het onderwijs slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toegewezen. De belangrijkste redenen die de Amerikaanse rechter hiervoor aanvoert, zijn de volgende. Er is geen geschikte 'standard of care' (zorgplicht) aan de hand waaraan de kwaliteit van het onderwijs van de docent en het onderwijsprogramma van de instelling kan worden beoordeeld. Gevreesd wordt voor een stortvloed aan claims. Niet de rechter, maar de onderwijsprofessional kan bij uitstek bepalen wat goed onderwijs inhoudt. In de Nederlandse jurisprudentie wordt, in tegenstelling tot in de Verenigde Staten, de pedagogische autonomie van de instelling en de docent niet opgevat als een obstakel voor het aanvaarden van aansprakelijkheid voor falend onderwijs. Wel heeft dit tot gevolg dat de binnen het kader van deze autonomie gemaakte keuzes slechts marginaal worden getoetst.

5.2 Jurisprudentie 'educational malpractice' in Groot-Brittannië^{72,73}

In Groot-Brittannië wordt een vordering op grond van educational malpractice evenmin snel toegewezen. Anders dan

67 Zie uitgebreid: P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 26 e.v.; D. Mentink, 'Scheiding van opvoeding en overheid als onderwijsconstitutioneel beginsel. Over ouders, pedagogische autonomie en vrijheid van richting', *NTOR* 2005, nr. 3, p. 125-149; Noorlander 2005, a.w., hfst. 5; P.W.A. Huisman & B.P. Vermeulen, 'De juridische positie van de leraar in balans', in: J.M.M. van de Ven & B.P. Vermeulen (red.), *De docent: onderdaan of autoriteit?*, NVOR, Den Haag 2007, p. 21 e.v. Ook de Vlaamse literatuur op dit vlak is zeker de moeite waard: B. Verbeek, *Juridisering en deregulering in het onderwijs*, Gent: Universiteit Gent 2007, maar ook: R. Versteegen, 'Loopt het verkeerd? Beschouwingen bij het binnendringen van het recht in de pedagogische relatie', *Nova et Vetera* 1996-97, nr. 1-2, p. 11-19; J. Schokkaert, 'Is de rechtspositie van de leerling pedagogisch niet verantwoord', *Nova et Vetera* 1996-97, nr. 1-2, p. 71-73; R. Versteegen, 'de rol van de rechter in de uitbouw van het onderwijsrecht', *TORB* 2006-07, p. 123; B. Verbeek, 'Juridicalisering in het onderwijs. Kijkt de rechter voortaan mee over de schouder van de leerkracht', *TORB* 2008-09, nrs. 2-3, p. 213-224; S. Pauwels, *Onderwijsprofessionaliteit en regelgeving. Een onderzoek naar de randvoorwaarden voor de erkenning en ontwikkeling van professionaliteit van leraren*, Antwerpen: Uitgeverij UPA 2009.

68 Art. 1.2 Whw bepaalt: 'Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen.'

69 Zie: R.B. Sandler, 'Educational malpractice in de USA', www.rbs2.com/edumal.htm.

70 Enkele voorbeelden van zaken die tot deze categorie kunnen worden gerekend zijn, maar die nu niet worden behandeld: *Snow v. State*, 475 N.E.2d 454 (N.Y., 1984); *Doe v. Board of Education of Montgomery County*, 453 A.2d 814 (Md., 1982); *B.M. v. State*, 649 P.2d 425 (Mont., 1982); *Rick v. Kentucky Day, Inc.*, 793 S.W.2d 832 (Ky. App. 1990); *Hoffman v. Board of Education of the City of New York*, 49 N.Y. 2d 121 (1979).

71 *Ross v. Creighton University*, 740 F. Supp. 1319 (N.D. Ill. 1990).

72 In Groot-Brittannië wordt voor deze zaken vaak de term 'educational negligence' gebruikt in plaats van 'educational malpractice'.

73 Zie over deze jurisprudentie onder meer: A. N. Khan, 'Educational Malpractice in Britain' *Journal of Law & Education* 1996, vol. 25, nr. 2, p. 271-280.

in de Verenigde Staten schuift het House of Lords geen (op macroniveau van het onderwijsbestel te situeren) beleidsargumenten naar voren om educational malpractice op principieel niveau af te wijzen, maar wijst het House of Lords op de aanzienlijke hordes die moeten worden genomen om een vordering uit educational malpractice te gelde te maken. 'Hordes' die in de jurisprudentie van de rechters in de Verenigde Staten als extra argumenten worden genoemd tegen het ten principale aanvaarden van aansprakelijkheid voor falend onderwijs.

De bekendste Britse zaak hierover is *Phelps vs. London Borough of Hillingdon*⁷⁴ waarin Pamela Phelps stelt dat de schoolpsycholoog ten onrechte niet heeft onderkend dat er bij haar sprake is van dyslexie. Phelps stelt vanwege dit nalaten de Engelse taal slechts gebrekkig te beheersen, waardoor zij grote problemen ondervindt op de arbeidsmarkt. De Court of Appeal wijst aansprakelijkheid af.

Allereerst stelt Lord Nichols of Birkenhead, bij het House of Lords, vast dat de schoolpsycholoog, als professional, een zorgplicht heeft ten aanzien van aan zijn beoordeling onderworpen kinderen. In het verlengde hiervan stelt deze Lord vast dat op de docent en de onderwijsinstelling een zorgplicht rust om aan hun leerlingen kwalitatief voldoende onderwijs te bieden. Hierbij vormen volgens deze Lord de wettelijke taken van de onderwijsinstelling een belangrijke richtsnoer. In casu was van belang dat de *local education authorities* volgens Education Act 1996 ook zorg dienen te dragen voor het onderwijs van kinderen die als gevolg van ziekte of anderszins niet in staat zijn het reguliere onderwijs te volgen en speciale voorzieningen behoeven.⁷⁵

Lord Nichols of Birkenhead meent daarnaast dat aanvaarding van aansprakelijkheid voor falend onderwijs niet de deur openzet voor vorderingen ter zake de kwaliteit van het onderwijs. Hij wijst erop dat het lastig is om een dergelijke vordering te doen slagen, onder meer vanwege de aard van leren en onderwijs, die meebrengt dat het leerresultaat afhankelijk is van een groot aantal factoren, en niet uitsluitend van de kwaliteit van het onderwijs:

'(...)It would be an altogether different matter to countenance claims of a more general nature, to the effect that the child did not receive an adequate education at the school, or that a particular teacher failed to teach properly. Proof of under-performance by a child is not by itself evidence of negligent teaching. There are many, many reasons for under-performance. A child's ability to learn from what he is taught is much affected by a host of factors which are personal to him and over which a school has no control.'

⁷⁴ House of Lords 27 juli 2000, ELR 499 (*Phelps v. London Borough of Hillingdon*). Zie hierover ook G.E. van Maanen en E.F.D. Engelhard, 'Europese Klassieker: Phelps v Hillington Borough Council', NTBR 2005/ 6, p. 267-273; G.E. van Maanen en R. Huijsmans, 'Supervisors' liability: The Dutch Firework case. A comparative study between the Netherlands, the United Kingdom and Germany on state liability in case of failure of supervision', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2009, 4, p. 383-423.

⁷⁵ Zie nader: Van Maanen & Engelhard 2005, t.a.p., p. 270.

Hierbij speelt een rol dat kan worden getwist over de juistheid van een in het onderwijs toegepaste pedagogische of didactische methode. Lord Clyde overwoog hierover in *Phelps v. London Borough of Hillingdon*:

'In the field of educational matters there may well exist distinct but respectable opinions upon matters of method and practice, and it may be difficult to substantiate a case of fault against the background of a variety of professional practices.'

Ook wijst Lord Clyde op de moeilijkheid causaal verband aan te tonen tussen het handelen van een onderwijsinstelling en de gestelde schade:

'There may also be severe difficulty in establishing a causal connection between the alleged negligence and the alleged loss and in the assessment of any damages.'

Ten slotte is Lord Clyde er niet van overtuigd dat het afwijzen van aansprakelijkheid voor educational malpractice uitsluitend op grond van beleidsoverwegingen, juist is:

'While I recognise that the general view in the jurisprudence of the United States of America is adverse to the admission of a liability upon teachers for negligence upon general grounds of policy, I am not persuaded that a corresponding view should be taken in this country.'

Vergelijking met Nederland

Net als de Amerikaanse rechter, onderkent ook de Britse rechter dat er lastige obstakels moeten worden gepasseerd voordat een vordering op grond van educational malpractice kan worden toegewezen. Toch wordt – net als in Nederland – een zorgplicht van de onderwijsinstelling en haar docenten voor het bieden van kwalitatief onderwijs aangenomen en wordt het in evidente gevallen zeer wel mogelijk geacht om een onderwijsinstelling aansprakelijk te houden voor falend onderwijs. Leerzaam voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op dit punt zijn de overwegingen die het House of Lords in de zaak *Phelps vs. London Borough of Hillingdon* wijdt aan het bewijzen van onrechtmatigheid en causaal verband. Zo bemoeilijkt de specifieke aard van het leer- en onderwijsproces volgens het House of Lords het aantonen van onrechtmatig handelen door een onderwijsinstelling en zal de eiser – in het verlengde hiervan – moeilijk het causaal verband kunnen bewijzen tussen eventueel onrechtmatig handelen en gestelde schade. Onderscheid tussen een marginale toets van onderwijskundig beleid en een volledige toets van het pedagogisch handelen in een concreet geval, wordt niet gemaakt.

6. Naar een 'volwassen' leerstuk van 'educational malpractice'; conclusie

6.1 Inleiding

Zoals uit de vorige paragraaf bleek, wijst de Amerikaanse rechter de toewijzing van een vordering op grond van falend onderwijs principieel af vanwege het risico van het ontstaan van een claimcultuur in de onderwijssector. Dit overtuigt ons niet. De angst voor het ontstaan van een 'hausse' aan rechtszaken over falend onderwijs is ons inziens geen valide argument om aansprakelijkheid op deze grond principieel af te wijzen. Hierdoor zou schadevergoeding daar waar deze juridisch in principe toewijsbaar is, onmogelijk worden gemaakt en voorts het aansprakelijkheidsrecht haar preventieve werking in het onderwijs moeten missen. In incidentele gevallen kan het aansprakelijkheidsrecht een gunstig zweepslageffect⁷⁶ hebben en hiermee preventief werken voor de toekomst, hetgeen de kwaliteit van het onderwijs ten goede kan komen.⁷⁷ Bovendien kan het gevaar voor een claimcultuur zoals deze wellicht bestaat in de Verenigde Staten – vanwege de verschillen tussen de landen – niet een-op-een overwaaien naar Nederland.⁷⁸

Men kan zich niettemin afvragen of een principiële acceptatie van educational malpractice als grond voor schadevergoeding het risico van een claimcultuur in de hand zou werken. Hiervoor zijn geen aanwijzingen. In de Nederlandse jurisprudentie wordt luid en duidelijk een zorgplicht van onderwijsinstellingen voor de kwaliteit van het onderwijs aanvaard alsook de mogelijkheid van een schending hiervan; niettemin heeft een vordering jegens een onderwijsinstelling vanwege een gestelde schending van die zorgplicht in de praktijk weinig kans van slagen.

Dit is overigens niet uitsluitend gelegen in het moeilijk kunnen aantonen van een schending van de zorgplicht, maar tevens in de hobbels waarmee een onderwijsontvanger wordt geconfronteerd bij het bewijs van causaal verband en schade. Een succesvol leerresultaat is immers afhankelijk van een groot aantal factoren en een leerachterstand kan het gevolg zijn van andere factoren dan uitsluitend het onderwijs. Anders gezegd: de realisatie van een maximaal onderwijsresultaat is niet uitsluitend afhankelijk van de prestaties van de onderwijsinstelling, maar evenzeveel van de inspanningen en capaciteiten van de onderwijsontvanger. Het succesvol bewijzen van schade kan ook problematisch zijn. Onderwijsprestaties, leerresultaten, eindtermen, kerndoelen, toegevoegde waarde van het onderwijs; hoe dient de schade te worden gecijferd van een leerling die stelt als

gevolg van nalaten van de onderwijsinstelling te onderpresenteren? Hoe dient de schade te worden begroot van een hoogbegaafd kind dat als gevolg van nalaten van de instelling onvoldoende zou zijn uitgedaagd?

6.2 Zorgplicht; maatstaf

Hoe dient de zorgplicht te worden geduid en ingevuld? De grondslag voor aansprakelijkheid van een onderwijsinstelling ter zake de kwaliteit van het onderwijs wordt ten eerste veelal gevonden in een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm ex art. 6:162 BW, waarbij voor de invulling van deze norm naar onze mening evenwel dient te worden aangesloten bij de contractuele aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren die een bijzondere zorg hebben voor een ander en daarmee de door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf 'redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot'. Uiteraard kan in sommige gevallen, daar waar het uitsluitend het specifieke handelen van een docent betreft, ook de docent ex art. 6:162 BW worden aangesproken en de onderwijsinstelling ex art. 6:170 BW (dan wel ex art. 6:74 BW respectievelijk art. 6:76 BW). In de meeste gevallen zal het gesteld falend onderwijs echter een gevolg zijn van een combinatie van factoren, waardoor niet uitsluitend één docent een verwijt kan worden gemaakt, maar veeleer de onderwijsinstelling die verantwoordelijk is voor alle schakels in het onderwijsproces. De zorgplicht van zowel de onderwijsinstelling als de docenten dient daarbij te worden gekwalificeerd als een inspanningsverplichting, geen resultaatsverbintenis.

De zorgplicht wordt in onze visie materieel ingekleurd door art. 23 Gw, de onderwijswetgeving, de deugdelijkheidseisen, de beginselen van behoorlijk onderwijs en door uitspraken van klachtencommissies en rechters. Voor de vraag in hoeverre onderwijsontvangers een beroep kunnen doen op een schending van onderwijswetgeving door de onderwijsinstelling speelt het relativiteitsvereiste een cruciale rol. In de *Schaapman*-zaak overwoog de rechtbank weliswaar dat de verplichting uit een sectorwet om zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs mede strekte tot bescherming tegen schade van de leerling, maar dit zal in elk concreet geval en per verplichting dienen te worden beoordeeld. Een inspectierapport, een beslissing van een klachtencommissie of een commissie van beroep inzake examens waarin negatief wordt geoordeeld over de kwaliteit van het geboden onderwijs, bieden aanwijzingen voor een schending van de civielrechtelijke zorgplicht en zullen een rol spelen bij de beoordeling van aansprakelijkheid. Een dergelijk negatief oordeel op zichzelf is ons inziens noodzakelijk noch voldoende voor het aannemen van een schending van de zorgplicht; de civiele rechter behoudt de bevoegdheid de gestelde schending te beoordelen.

Bij de beoordeling van een vordering van een onderwijsontvanger jegens een onderwijsinstelling ter zake gesteld falend onderwijs, komt het bijzondere karakter van onderwijs naar voren en blijkt de pedagogische vrijheid (voor primair onderwijs, voortgezet onderwijs en educatie en beroepsonderwijs) en academische vrijheid (voor hoger onderwijs)

76 Zie 'Claimcultuur bedreigt onderwijs', interview met mr. W. Brussee en prof. mr. drs. B.P. Vermeulen, *NRC-Handelsblad* 2005.

77 T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, afl. 16, p. 834.

78 Zie hierover A.L.M. Keirse, 'Nieuwe risico's, wie is er bang voor de magnetron?', *NJB* 2007, afl. 38, 1957. Zij zet (verkort vermeld) uiteen dat Amerikanen ten eerste een voorsprong hebben met het instellen van aansprakelijkheidsclaims. Ten tweede hebben Amerikanen – anders dan Nederlanders – weinig vertrouwen in de overheid. Ten derde is de juridische infrastructuur in de Verenigde Staten volstrekt anders dan die in Nederland.

van de onderwijsinstelling een belangrijke rol te spelen. Dit betreft (mede) de vrijheid om op basis van eigen professionele, didactische en onderwijskundige inzichten vorm te geven aan het onderwijs aan een instelling. Een onderwijsinstelling dient weliswaar over een adequaat algemeen onderwijsbeleid te beschikken, maar de civiele rechter acht zich slechts bevoegd om dit onderwijsbeleid marginaal te toetsen. Indien een school echter bemerkt of had behoren te bemerken dat een individuele leerling niet op niveau presteert, dient de school in dat individuele geval voor de betreffende leerling passende maatregelen te treffen. Deze maatregelen worden door de civiele rechter niet slechts marginaal, maar in volle omvang getoetst. In alle gevallen blijkt het voor onderwijsontvangers behoorlijk lastig om met succes schadevergoeding te vorderen van de onderwijsinstelling. De moeilijkheid is ten eerste gelegen in het aantonen van een schending van de zorgplicht, maar tevens in het vaststellen van causaal verband en schade. Niettemin wordt evident falend onderwijs met schade tot gevolg in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht gesanctioneerd en wordt de desbetreffende school aldus een pijnlijke les gelezen.