

13 | Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet

Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs

S. Voskamp ■

1 INLEIDING

Vanwege de slechte relatie tussen moeder en zoon, trekt de zoon tegen de zin van de moeder, in bij het gezin van een vriend. Zijn school, het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium, onderhoudt vervolgens contact met de ‘nieuwe verzorgers’ en overlegt niet langer met de moeder. De school verschaft wel enige informatie aan haar, waaronder het bericht dat een andere school bereid is gevonden de zoon een sprintopleiding op Havo-niveau te bieden. De zoon krijgt vervolgens uitschrijfformulieren mee, te ondertekenen door zijn moeder. De zoon laat de uitschrijfformulieren en de inschrijfformulieren voor de nieuwe school echter ondertekenen door zijn nieuwe verzorgers. Hij gaat Havo volgen en haalt zijn diploma, waarna hij aan een HBO-opleiding begint.

De moeder voelt zich tekortgedaan en vordert bij de rechtbank onder meer een verklaring voor recht dat de school toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met haar – ten behoeve van haar zoon – gesloten onderwijsovereenkomst. De moeder verwijt de school dat zij onvoldoende is geïnformeerd over de ontwikkelingen van haar zoon en dat de school haar zoon zonder haar toestemming heeft uitgeschreven.¹

Deze casus roept de vraag op wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst: tussen wie geldt die overeenkomst eigenlijk? Aan de ene kant staat de school of – in onderwijsstermen – het bevoegd gezag.² Dat spreekt in de

■ Mr. S. Voskamp is als promovenda verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

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

2 Het bevoegd gezag bestuurt een of meerdere scholen. Ook het bestuur van een bijzondere school zou bevoegd gezag kunnen worden genoemd. Dit bevoegd gezag valt evenwel samen met de privaatrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt (vertegenwoordigingsregels Boek 2 BW). Bij een openbare school kunnen instandhouder en bevoegd gezag uiteenlopen. De gemeente bijv. kan de school in stand houden, terwijl als bevoegd gezag het bestuursorgaan, te weten het College van B&W wordt aangemerkt. Instandhouding van openbare scholen kan bijv. ook geschieden door een openbare rechtspersoon (publiekrechtelijk) of – zoals veelvoorkomend – een (overheids)stichting (privaatrechtelijke rechtspersoon).

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

Is er wellicht sprake van een meerpartijenovereenkomst, tussen school, moeder en zoon? Hierin ligt de bijdrage van dit onderzoek aan het thema van de bundel: hoe wordt bepaald of er sprake is van een meerpartijenovereenkomst, in het bijzonder in onderwijsverhoudingen? Deze vraag is van belang aangezien het relevant is te weten ten opzichte van wie de overeenkomst rechten en verplichtingen schept. Wie kan zich in de 'meerpartijencirkel' waarop beroepen; kan een moeder zich *pro se* beroepen op een verplichting die de school jegens het kind zou hebben? Eveneens is voor scholen van belang

soon). Zie art. 1 van zowel Wet op het primair onderwijs (Wpo), Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) als Wet op de expertisecentra (Wec) met verwijzingen. Zie – tevens voor nuances en diverse toepassingen van het begrip bevoegd gezag – B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in C.J.A.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (Preadvies VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 75 e.v.; zie B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 27-34. Kanttekening: de definitie van het begrip 'school' is erg breed en diffuus, denk bijv. aan voor-, tussen- en naschoolse opvang aangeboden door scholen. Op dit aspect wordt in dit artikel echter niet ingegaan.

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

4 Het onderscheid tussen degene die de handeling verricht en degene die gebonden is, ontleen ik o.a. aan: P.J. Witteman, 'Over het begrip: partij', in: *Rechtsgeleerde opstellen van de hand van oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1932, p. 410; Dit onderscheid hangt samen met de twee kanten die het begrip overeenkomst kent (de verbintenisscheppende handeling en het resultaat, de uiteindelijke rechtsverhouding): Köster noemt de begrippen overeenkomst en rechtshandeling afgeleid uit een Engelse bron, een *Janus woord*: woorden die in het algemeen tweeërlei functies kunnen vervullen, H.K. Köster, 'Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamd eenzijdige rechtshandelingen', in: *Non sine causa*, opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 210. Hijma noemt het een term met twee gezichten, Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 8. Zie over verschillende betekenissen van het begrip partij ook Du Perron: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 37 e.v.; A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012, afl. 1, p. 29.

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

Het is dus zeer relevant om te weten of sprake is van een meerpartijen-overeenkomst. Mijn bijdrage beperkt zich tot de voorfase: hoe kan er bepaald worden of er überhaupt sprake is van een meerpartijenovereenkomst? Deze vraag wordt beantwoord vanuit het algemene vermogensrechtelijk kader, aan de hand van bekende arresten als *Kribbebijter* en *Baby Joost* (paragraaf 3 en 4). Daarna transposeer ik dit kader naar het onderwijs (paragraaf 5). Vanuit dit perspectief analyseer ik vervolgens de onderwijsrechtelijke jurisprudentie en literatuur (paragraaf 6 en 7). In paragraaf 8 volgt een afronding. Voordat op de vraag hoe vast kan worden gesteld wie er partij is bij een overeenkomst wordt ingegaan, zal ik eerst kort stilstaan bij de discussie omtrent de aard van de rechtsverhouding (paragraaf 2). Het aanmerken van de rechtsverhouding als contract spreekt namelijk niet vanzelf. In het bijzonder onderwijs gaat men hier over het algemeen van uit, maar in het openbaar onderwijs zou een publiekrechtelijke rechtsverhouding kunnen worden aangenomen.

2 AARD VAN DE RECHTSVERHOUDING

Kan de rechtsverhouding met een school worden gekwalificeerd als een overeenkomst? De regering vatte de stand van zaken samen ter gelegenheid van een wijziging van de Wet op het voortgezet onderwijs:⁵

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

5 *Kamerstukken II 1988/89, 20616, 6, p. 53 (MvA)*. De regering werd de vraag gesteld of er sprake is van een overeenkomst tussen ouders en school, nadat een leerling is aangemeld en ingeschreven. Uit het geciteerde antwoord blijkt dat er niet expliciet wordt aangegeven wie er als partij is aan te merken. In het middelbaar beroepsonderwijs en het particulier (het niet door de overheid bekostigd) onderwijs worden schriftelijke onderwijsovereenkomsten tussen deelnemer en onderwijsinstelling voorgeschreven, zie art. 8.1.3 van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB), art. 11 van de Wet op de erkende onderwijsinstellingen (WEO).

Ten aanzien van de verhouding met een openbare school, is de regering minder recht toe recht aan:⁶

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

Juist is dat de kwalificatie van de rechtsverhouding met een school voorwerp is van debat in de literatuur, niet alleen voor het openbaar maar ook voor het bijzonder onderwijs.⁷

Het debat is van belang. Geschillen tussen school, ouders en kinderen gaan over nakoming van verplichtingen of over schadevergoeding wegens het niet nakomen van die verplichtingen. Het is nodig te weten door welke regels die geschillen worden beheerst (speciale onderwijswetgeving dan wel art. 6:74 e.v. of art. 6:162 BW) en welke rechter bevoegd is daarover te beslissen (de

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

7 Zie voor een beknopte weergave tevens C.W. Noorlander & B.M. Paijmans, ‘Educational malpractice’ als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, *NTBR* 2011/32, afl. 6, p. 234.

T.a.v. het bijzonder onderwijs, een privaatrechtelijke overeenkomst: M. Stoop, ‘De Wet-AROB en de onderwijsovereenkomst’, *TvO*, 1977/20, p. 456-460; E. Trietsch, ‘Een onontgonnen terrein in het rechtsleven ontdekt?’, *TvO* 1978/21, p. 489; H.Ph.J.J.M. Hennekens, noot bij Vz ARRS 2 september 1988, *Gst.* 6874, 4, en Vz ARRS 10 mei 1989, *Gst.* 6882, 3; H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 305-307; W.E. Pors, ‘De onderwijsovereenkomst’, *School en Wet* 1990/10, p. 155-159; H.L.C. Hermans, H.A.M. Backx & W.E. Pors, *Hoofdpijnen onderwijsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1993, p. 182 e.v.; C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 279; J. Sperling, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs* (deel 29 Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 61. Het aanmerken van de verhouding als een privaatrechtelijke overeenkomst is echter niet onomstreden, zie bijv. Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 108-112. T.a.v. het openbaar onderwijs worden verschillende mogelijkheden aangedragen: privaatrechtelijke overeenkomst, publiekrechtelijke overeenkomst, mengvorm, of publiekrechtelijke (niet contractuele) rechtsverhouding. Privaatrechtelijke overeenkomst: Stoop 1977, p. 456-460; Hennekens 1988, 1989; Drop 1985, p. 305-307; Hermans, Backx & Pors 1993, p. 182 e.v.; Sperling 2009, p. 61. Er worden voor het aanmerken van de verhouding als overeenkomst zowel in het bijzonder als in het openbaar onderwijs bezwaren aangevoerd, zie Paijmans 2013, p. 45-46 met verwijzingen; P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander, ‘Juridische aansprakelijkheid voor deugdelijk onderwijs’, *School en Wet* 2004/4, p. 153-154. Publiekrechtelijke overeenkomst: Noorlander 2005, p. 235 e.v. Gemengde publiek- en privaatrechtelijke overeenkomst: Pors 1990, p. 155-159. Publiekrechtelijke (niet contractuele) rechtsverhouding: Trietsch 1978, p. 489; R. Snel & A. Postma, ‘Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs’, *Gst.* 1999, 7091, p. 57-66; Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 107-108; Huisman & Noorlander 2004, p. 153; P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 37 e.v.

bestuursrechter of de burgerlijke rechter).⁸ Bij de contractuele grondslag zullen verplichtingen van school en wederpartij worden bepaald door uitleg van hun overeenkomst, waarbij het zal aankomen op hun verwachtingen over en weer. Zij zullen zich bij een vordering tot schadevergoeding moeten buigen over verzuim en ingebrekestelling (ex art. 6:81-83 BW) en tijdig klagen (art. 6:89 BW). Bij gebreke van een contractuele rechtsverhouding zullen de verplichtingen voortvloeien uit de wet en maatschappelijke betamelijkheid, de klachtplicht kan hoogstens per analogiam rechtswerking hebben. De regering laat het antwoord op de kwalificatievraag over aan de rechter.⁹

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

De civiele rechter laat zich – uitzonderingen daargelaten¹⁰ – noch voor het bijzonder noch voor het openbaar onderwijs uit over de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school (paragraaf 6). Zodoende wordt bovendien, in ieder geval wat bijzonder onderwijs betreft, de mogelijkheid opgehouden dat van een (onderwijs)overeenkomst sprake is. Voor deze bijdrage ga ik dan ook van een contractuele verhouding uit.

3 ALGEMEEN VERMOGENSRECHTELIJK KADER – IN WIENS NAAM: PRO SE OF NAMENS EEN ANDER?

Wie is partij bij een overeenkomst? Voor het antwoord op deze vraag dient teruggegrepen te worden op de regels uit art. 3:33 (wil en verklaring) en 3:35

8 Pajmans 2013, p. 44. De rechter en de grondslag kunnen verschillen, afhankelijk van de aard van het geschil en de soort school. Een geschil over beslissingen inzake niet-toelating, schorsing of verwijdering door een openbare school wordt over het algemeen als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gezien, derhalve dient er voor de bestuursrechter te worden geprocedeerd. Bij een bijzondere school wordt dit gekwalificeerd als een privaatrechtelijke rechtshandeling, waarop de Awb niet van toepassing is en waarvoor de burgerlijke rechter aangewezen is. Andersoortige geschillen, bijvoorbeeld over schade aan leerlingen, zullen zowel wanneer het gaat om een openbare als een bijzondere school voor de civiele rechter moeten worden gebracht, p. 44.

9 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, 6, p. 53 (MvA).

10 Hof Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990/43; Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437; Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, *ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112*, *NJF* 2006, 541, *School en Wet* 2006/5, m.nt. C.W. Noorlander, p. 30-35; Rb. Groningen 25 maart 2009, *ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947*.

(gerechtvaardigd vertrouwen) BW.¹¹ Op grond hiervan zijn het in eerste instantie partijen zelf die uitmaken wie tot elkaar in een contractuele rechtsverhouding komen te staan. Hun wilsverklaringen zijn in beginsel doorslaggevend. Indien echter na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat de wil niet met de verklaringen overeenstemde, komt het aan op het gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokken 'partijen'.

Een klassieke casus waarin de vraag wie partij is bij de overeenkomst aan de orde kwam, betreft het arrest *Kribbebijter* uit 1977. Paardenverkoper Stolte meende niet aan commissionair Schiphoff, maar aan diens achterman Lörsch een paard te hebben verkocht. Het hof ging niet met Stolte mee: Schiphoff was als wederpartij opgetreden en had in eigen naam gehandeld. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.¹²

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

In het algemeen wordt wel als uitgangspunt genomen dat men ervanuit mag gaan te contracteren met degene met wie men zaken doet.¹³

11 Blei Weissman, in: *GS Verbintenissenrecht*, 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2013). Is voor een wederpartij niet kenbaar dat iemand in naam van een ander handelt en wekt die 'iemand' de schijn dat met hemzelf de overeenkomst is gesloten, dan kan de wederpartij met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen trachten degene die handelt als partij bij de overeenkomst aan te merken. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/151; C.J. van Zeven, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 256 bij titel 3.3 in het kader van volmacht: 'Bij de vraag of door een tussenpersoon al of niet in naam van de opdrachtgever is gehandeld, gaat het erom of die tussenpersoon al of niet in naam van de wederpartij als gevolmachtigde of als partij is opgetreden, iets wat moet worden beoordeeld aan de hand van wat zich tussen de tussenpersoon en de wederpartij heeft afgespeeld, derhalve aan de hand van de artikelen 3.2.2. en 3.' De art. 3.2.2 en 3 verwijzen naar de art. 3:33 en 3:35 BW.

12 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*). Dit criterium toont gelijkenis met de formule uit het arrest Bunde/Erckens HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, ook wel het 'misverstand arrest' genoemd, dat een paar maanden voor *Kribbebijter* door de Hoge Raad gewezen werd. Diverse schrijvers menen dan ook dat de partijvraag te beschouwen is als species van het genus misverstand, waarbij de partijvraag niet draait om de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen maar met wie. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/151; Blei Weissman, in: *GS Verbintenissen* 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2013).

13 C.J. van Zeven, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 257 (NvW). Brunner merkt in zijn noot (sub 2) onder HR 16 april 1982, *NJ* 1983/309 (*Kemmeren/Hasfeld*) op dat de rechtbank en A-G Biegman-Hartogh van een dergelijke 'regel' uitgaan, aanknappend bij de passage uit de Nota

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

Sommige auteurs verdedigen de regel dat wie niet zichzelf wil verbinden maar een ander, duidelijk moet maken dat hij voor die ander handelt of anders gezegd dat voor vertegenwoordigend handelen is vereist dat de handelende persoon zich als vertegenwoordiger voordoet.¹⁴ In de paardenhandel kan het normaal zijn dat een commissionair niet in naam van de achterman handelt. Van een makelaar in onroerende zaken wordt aangenomen dat hij in de regel geen volmacht heeft om zijn achterman te binden.¹⁵ Een zwangere vrouw die medische bijstand zoekt, sluit – mede gelet op de aard van de overeenkomst en hetgeen ten aanzien van overeenkomsten als die in het geding is in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is – een overeenkomst voor zichzelf.¹⁶

van Wijziging. Brunner geeft aan dat deze ‘regel’ is ingegeven door de bestrijding van de leer van de bedekte vertegenwoordiging, waarin de wederpartij niet weet noch behoeft te weten met een tussenpersoon van doen te hebben. A-G ten Kate spreekt in zijn conclusie (sub 23 en 24) bij het arrest HR 13 januari 1989, NJ 1989/336 (*Polman/Gedo Weurt B.V.*) over de kenbaarheid van de vertegenwoordiging.

- 14 Van der Grinten en Kortmann gaan van een ‘hoofdregel’ uit dat de handelende persoon kenbaar voor de wederpartij als vertegenwoordiger moet hebben gehandeld, zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/75-76. Bloembergen en Van Schendel geven aan dat uitgangspunt *kan zijn* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie sub 2 noot van Bloembergen bij het arrest HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734 (*Baby Joost*) en Bloembergen en Van Schendel in Hijma e.a. 2013, nr. 91. Du Perron en Van Schaick zijn stellig: in het kader van het *Kribbebijter*-criterium schrijft Du Perron dat uitgangspunt *is* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie Du Perron 1999, p. 40. Van Schaick stelt in het kader van handelen namens een achterman voorop: ‘Volgens de hoofdregel van het vermogensrecht handelt men ten behoeve en voor rekening van zichzelf’, zie A.C. van Schaick, *Volmacht* (Monografieën BW, deel B5), Deventer: Kluwer 2011, p. 5.
- 15 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284, NJ 2010/664, m.nt. Jac Hijma (*Wiggers/Sneek*). Dit geval betrof de hoedanigheid van de makelaar. Niet in het geding was of hij partij werd bij een koopovereenkomst, maar centraal stond de vraag in welke hoedanigheid hij had gehandeld: als bode en derhalve louter als instrument (doorgeefluik voor andermans verklaring) of als gevolmachtigde. Dit is van belang met het oog op instaan voor de volmacht ex art. 3:70 BW. De Hoge Raad trekt het *Kribbebijter*-criterium door naar deze ‘hoedanigheidsvraag’ (zie noot Hijma sub 5). Andersom kan m.i. het in dit arrest gegeven ‘gezichtspunt’ doorgetrokken worden naar de ‘partijvraag’. Dit arrest geeft weer dat tot de omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen eveneens behoren: de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden, r.o. 3.3.1. Hijma merkt hierover op dat deze twee factoren – nu zij in wezen slechts de vraag weergeven ‘in welke hoedanigheid heeft de onderzochte persoon, gezien de context van het geval gehandeld?’ – niet veel houvast opleveren.
- 16 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.12. De HR past hier het *Kribbebijter*-criterium toe en overweegt vervolgens in het kort, dat in naam van Kelly zou kunnen zijn gehandeld aangezien het kind, wanneer het belang dit vordert, als geboren kan worden aangemerkt, maar bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel brengt de aard van de overeenkomst gesloten ter begeleiding van de zwanger-

Toch past hier voorzichtigheid. Uit de context kan immers anders voortvloeien. Vandaar dat uiteindelijk alle omstandigheden van een geval in ogenschouw moeten worden genomen, voordat kan worden bepaald wie partij wordt geacht te zijn.¹⁷ Daarbij kunnen de volgende gezichtspunten een rol spelen: de inzichten en verwachtingen in de kring van personen waartoe de desbetreffende partijen behoren,¹⁸ als ook maatschappelijke patronen en verwachtingen.¹⁹

4 VAN KRIBBEBIJTER- NAAR BABY JOOST-CRITERIUM

Het *Kribbebijter*-criterium wordt gevolgd in het arrest *Baby Joost*, waarin de vraag aan de orde kwam wie partij zijn bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst als het gaat om de behandeling van een minderjarig kind.²⁰ Aangezien de betrokken ‘partijen’ in deze uitspraak – arts, kind, ouders – een zekere gelijkenis vertonen met de situatie in onderwijsverband – school, kind, ouders – zal bij deze uitspraak uitgebreid stil worden gestaan.

Joost – een baby van een paar maanden – werd ter behandeling van een liesbreuk opgenomen in het ziekenhuis. Als gevolg van fouten tijdens de operatie is Joost lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt geraakt. In een overeenkomst is met de aansprakelijke artsen de door Joost geleden schade afgewikkeld. Daarnaast is er vanwege ondeskundige bijstand van rechtshulpverlener de Consumentenbond vervolgens nog een bedrag aan schade uitgekeerd voor Joost. De ouders van Joost vorderden in de procedure echter materiële en immateriële schade die zij zelf – als contractspartij – hebben geleden. De ouders stelden zich op het standpunt dat zij niet alleen namens Joost de behandelingsovereenkomst hebben gesloten, maar tevens voor henzelf, in eigen naam. Zij gingen derhalve uit van een meerpartijenovereenkomst. De centrale vraag was dan ook of de ouders bij het sluiten van de behande-

schap in beginsel mee dat de aanstaande moeder deze uitsluitend voor zichzelf sluit. Met verwijzing vgl. HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*).

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

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

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

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

lingsovereenkomst als wettelijke vertegenwoordiger in naam van het kind (q.q.) hebben gehandeld, dan wel mede in eigen naam (pro se).

De rechtbank ging met de ouders mee en nam aan dat zij naast Joost partij waren bij de behandelingsovereenkomst doordat zij ter voldoening aan hun eigen verplichting uit art. 1:245 BW (thans 1:247 BW) er belang bij hadden dat de behandeling naar behoren werd uitgevoerd en doordat zij een zelfstandig belang hadden bij een gezond kind. De rechtbank voegde hier nog aan toe dat 'elke arts die een overeenkomst aangaat met de ouders van een zeer jeugdig kind, kan en moet begrijpen dat hij ook met de ouders pro se een overeenkomst aangaat'.²¹ Het hof kwam tot een andere conclusie. Startpunt van zijn redenering was in de woorden van de Hoge Raad:²²

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

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

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

Hoe paste het hof dit criterium toe? Het nam als uitgangspunt dat wettelijk vertegenwoordigers van een minderjarige die met hun kind bij de arts komen en een overeenkomst sluiten, dit doen uit naam van de minderjarige, juist omdat diens minderjarigheid – zeker bij een baby – er toe noopt dat zijn in het geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden.²³

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

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

23 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.4. Zie ook Bloembergen in zijn noot sub 2; Bloembergen en Van Schendel in Hijma 2013, nr. 91.

Op de wettelijke vertegenwoordigers rust terzake bovendien een wettelijke zorgplicht, aldus het hof. Het hof vervolgt:²⁴

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

Het hof lijkt dus kennelijk alleen ruimte te zien voor een eigen contractuele positie van de ouders, als partij in een meerpartijenovereenkomst, als deze iets voor zichzelf hebben bedongen, naast de geneeskundige behandeling van hun kind. Tegen deze overweging voeren de ouders van Joost in cassatie de volgende rechtsklacht:²⁵

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

De Hoge Raad redt de beslissing van het hof door zijn beoordeling toe te spitsen op de vraag of de ouders zich überhaupt in de hoedanigheid van contractspartij pro se hebben aangediend en door uitdrukkelijk buiten beschouwing te laten wat dan precies ten behoeve van de ouders zou zijn of had kunnen worden bedongen – de behandeling van het kind en/of iets daarnaast.²⁶

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

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

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

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

als wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, uitsluitend in naam van dat kind sloten. Het Hof acht kennelijk onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die de conclusie (zouden) rechtvaardigen dat de ouders de medische behandelingsovereenkomst mede voor zichzelf zijn aangegaan. [cursivering; sv]

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

De Hoge Raad ziet hierbij niet over het hoofd dat ouders een eigen belang hebben bij de correcte nakoming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst. De enkele aanwezigheid van zo'n belang is niet voldoende om de ouders tot partij bij de overeenkomst te maken, aldus de Hoge Raad.²⁷ Terecht, zeg ik advocaat-generaal Langemeijer na, omdat een ouder de hoedanigheid van contractpartij niet nodig heeft om zijn taak als ouder te vervullen.²⁸

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

'Zoals de eigenaar van een bedrijf feitelijk niet in staat is alle contracten zelf te sluiten en mensen in zijn bedrijf voor hem contracteren, zo is een kind wegens zijn handelingsonbekwaamheid niet in staat zelf een overeenkomst over de eigen behandeling te sluiten en ligt het voor de hand dat de ouders die het kind ter behandeling aanbieden, namens hem optreden.'²⁹

27 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.5 slot. Lindenbergh brengt hiervoor nog een wetsystematisch argument aan: de ouders hebben in eerste instantie in de rol van derde een beroep gedaan op schadevergoeding, deze belangen werden niet beschermd. Het zou merkwaardig zijn wanneer het bestaan van het belang hen juist onder de bescherming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst zou brengen. Het is wel mogelijk dat via de partijwil dit belang alsnog beschermd wordt (contractuele route), maar dat vereist dan wel een expliciete regeling: het inlezen is vanuit wetsystematisch oogpunt ongepast, S.D. Lindenbergh, 'Geen smartengeld voor ouders van een ernstig gewond kind', *NbBW* december 2000/12, p. 154.

28 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer), sub 2.14 en 2.15. Hij werkt het belang als volgt uit: het belang om te kunnen voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht en het belang bij een gezond kind. Zie ook M.G. Sluiter & M.M. ten Hoopen, 'Ouders, kind en de geneeskundige behandelingsovereenkomst: wie is contractspartij', *FJR* 1996, nr. 7/8, p. 152 (p. 149-156). Zie tevens hierover J.A.M. Strens-Meulemeester, 'Smartegeld voor ouders? Eén zwaluw maakt nog geen zomer. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJkort* 1995, 35', *NbBW* 1996/1, p. 6.

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

Bloembergen vindt de context van de winkel sprekender dan het enkel aanbieden van het kind ter behandeling. Hoewel het kan zijn dat ouders in twee hoedanigheden optreden, is dit volgens Bloembergen een ongebruikelijke situatie, die een wederpartij zonder bijzondere feiten of omstandigheden die in die richting wijzen niet behoeft te verwachten.³⁰ Volgens Bloembergen kan de ‘vuistregel’ doorgetrokken worden naar andere overeenkomsten die ouders sluiten voor hun kinderen: zo geldt deze volgens hem in ieder geval voor behandelingsovereenkomsten waarbij ouders hun minderjarig kind en zeker een zeer jeugdig kind ter behandeling aanbieden, maar waarschijnlijk ook bij andere overeenkomsten van opdracht: te denken valt aan de peuterspeelzaal, judo en zwemles.³¹

En in de context van een school?

5 HET *BABY JOOST*-CRITERIUM IN HET ONDERWIJS

Hoe kan in het onderwijs worden vastgesteld wie er – de ouders, dan wel het kind of beiden – partij is bij een onderwijsovereenkomst? Het *Baby Joost*-arrest geeft aanwijzingen. Niet alleen bevestigt het terug te grijpen op de algemene regels van het vermogensrecht (art. 3:33, 3:35 en het *Kribbebijter*-arrest), maar bovenal geeft het een bijzondere regel. Er is veel voor te zeggen deze bijzondere regel ook voor het onderwijs aan te nemen. Daarbij zal het neerkomen op het volgende: indien ouders zich bij het sluiten van de onderwijsovereenkomst niet over hun ‘hoedanigheid’ uit hebben gelaten, mag de wederpartij ervan uit gaan dat de ouders de overeenkomst namens hun kind sloten, dat zij alleen in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger hebben gehandeld en niet mede voor zichzelf. De overweging uit het *Baby Joost*-arrest dat het enkele belang dat ouders bij de geneeskundige behandeling van hun kind hebben op zichzelf onvoldoende is om hen partij bij de overeenkomst te achten, kan – mutatis mutandis – in het onderwijs gelding hebben. De argumenten hiervoor zijn één op één te ontleen aan de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer voor *Baby Joost*, met dien verstande dat voor een ‘gezond kind’ moet worden gelezen ‘goed onderwezen kind’:³²

‘(i) Dat een vertegenwoordiger zelf belang heeft bij de overeenkomst, die hij als vertegenwoordiger namens een ander sluit, komt wel vaker voor, maar maakt de vertegenwoordiger nog geen partij bij de overeenkomst.

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

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

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

(ii) Van vrijwel iedere overeenkomst die ouders in verband met de verzorging of opvoeding van hun kind sluiten kan wel worden gezegd dat de ouders daarmee tevens voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht jegens het kind (art. 1:247 BW); het voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht kan daarom bezwaarlijk worden gebruikt als onderscheidend criterium teneinde te achterhalen wie de materiële contractspartij is: het kind, de ouders, of beide.

(iii) Om te voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht, resp. om tegemoet te komen aan het eigen belang van de ouders bij een gezond kind, is het niet nodig dat de ouders zélf als partij tot de overeenkomst toetreden. Aan de verzorgingsplicht wordt immers voldaan en aan hun eigen belang bij een gezond kind kan tegemoet worden gekomen doordat de ouders als wettelijk vertegenwoordigers de behandelingsovereenkomst sluiten.'

Zo kan ook van de onderwijsovereenkomst worden gezegd dat om te voldoen aan de eigen verzorgings- of opvoedingsplicht (ex art. 1:247 BW) dan wel om tegemoet te komen aan het belang van de ouders bij een goed onderwezen kind, niet nodig is dat ouders zelf partij zijn bij de overeenkomst. Zij kunnen aan deze opvoedingsplicht voldoen door te handelen als wettelijk vertegenwoordiger en zodoende namens hun kind de overeenkomst te sluiten. Met als resultaat dat, nu een minderjarige leerling gezien zijn leeftijd de overeenkomst nu eenmaal niet zelf kan sluiten, de ouders in hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers voor en namens hem optreden. In ieder geval het kind wordt dan partij. Dit sluit mooi aan bij het uitgangspunt van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), dat benadrukt dat het kind zelf subject of drager is van rechten.³³

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

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

Er zijn verschillende typen ouders: van zeer betrokken tot afzijdige ouders. De verwachtingen en inzichten omtrent de rol van de ouder in het schoolleven zullen dan ook vanzelfsprekend uiteenlopen.³⁴ Op het niveau van de politiek valt als 'maatschappelijk patroon' te ontwaren dat ouders betrokken dienen

33 Vgl. art. 5 IVRK; G. Kamchedzera, *A commentary on the United Nations Convention on the rights of the child. Article 5 The child's Right to Appropriate Direction and Guidance*, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2012, bijv. p.13,14; M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012.

34 Vgl. Advies Onderwijsraad, *Ouders als partners*, Den Haag: feb. 2010, p. 53. Wellicht ten overvloede: het gaat niet om de rol die een ouder op het niveau van medezeggenschap kan hebben.

te zijn bij het schoolleven van hun kind. Er wordt zelfs gesproken over samenwerking en partnerschap tussen scholen en ouders.³⁵ Ouderbetrokkenheid, ouderparticipatie, educatief partnerschap en school-oudercontracten duikelen over elkaar heen.³⁶ Diverse rapporten zijn verschenen met als doel het stimuleren van samenwerking tussen ouders en scholen.³⁷ Hieraan zou, denkend aan de aard van de overeenkomst, nog kunnen worden toegevoegd dat de onderwijsverhouding in de regel zes tot acht jaren duurt en sprake is van regelmatig contact en afstemming. Daarbij wordt wel eens het beeld geschetst dat scholen als het ware een deel van de verzorgings- en opvoedingstaak van de ouders (neergelegd in art. 1:247 lid 2 BW) feitelijk overnemen.³⁸ Dit alles zou de verwachtingen van ouders en school kunnen kleuren en wellicht tot gevolg kunnen hebben dat mag worden verondersteld dat ouders partij zijn bij de onderwijsvereenkomst.

Noodzakelijk is dit evenwel niet. Gelet op vele *verschillende* soorten betrokkenheid, die ook nog eens in de schoolcarrière van een kind kunnen *wisselen in intensiteit*, meen ik dat er aanleiding is de regel uit *Baby Joost* ook in het onderwijs te hanteren: wanneer ouders zich bij het aangaan van de onderwijsvereenkomst niet met zoveel woorden hebben uitgelaten of de ouders pro se dan wel qualitate qua, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden, zou de school er dan ook van uit mogen gaan dat de ouders als wettelijk vertegenwoordiger (derhalve q.q.) optraden. Aldus wordt alleen het kind partij bij de onderwijsvereenkomst, wanneer er niet anders wordt afgesproken. Op het moment dat ouders en scholen inderdaad beogen dat ouders partij zijn, doen zij er goed aan dit expliciet af te spreken.

35 *Kamerstukken II 2012/13, 33400-VIII, 162; Kamerstukken II 2013/14, 33750-VIII, 9* brief staatssecretaris van OCW betreffende 'SCP-rapport Samen scholen'; L. Herwijer e.a., *Samen scholen. Ouders en scholen over samenwerking in basisonderwijs, voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, sept. 2013. De begrippen worden op diverse manieren ingevuld: Advies Onderwijsraad 2010, p. 11 en Rapport van C. Verbeek e.a., *Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder*, Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2011, p. 7-9; P. de Vries, *Handboek ouders in de school*, Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2010; P. de Vries, *Ouderbetrokkenheid 3.0. Van informeren naar samenwerken*, Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2013.

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

37 Bijv.: L. Herwijer, *Ouders over opvoeding en onderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2004; Advies Onderwijsraad 2010; Verbeek e.a. 2011; F. Smit e.a., *Beter presteren in Rotterdam. School en ouders samen*, Nijmegen: ITS, Radboud Universiteit Nijmegen 2012.

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

6 ONDERWIJSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE

Volgen civiele rechters het geschetste kader, dat voortvloeit uit de arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost*? In de zaak over het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium maakte de rechtbank zich er niet druk over. Volgens haar was de school gehouden de moeder te informeren over haar zoon en haar te betrekken bij te maken keuzes. De toekomst van de zoon was en bleef allereerst de zorg van de moeder:³⁹

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

De rechtbank wees vervolgens de verklaring voor recht toe op de contractuele grondslag:⁴⁰

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

Hoe stelde de rechtbank vast dat de moeder partij was bij de overeenkomst met de school? De school had met betrekking tot het bestaan van een overeenkomst tussen de moeder en de school het volgende verweer gevoerd:⁴¹

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

Klaarblijkelijk heeft de rechtbank het voorwaardelijk karakter van deze zin niet opgevat als verweer tegen het bestaan van een contractuele rechtsverhouding, want de rechtbank ging zonder meer uit van een overeenkomst tussen

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

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

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

de school en de moeder. Zo gezien behoeft de rechtbank niet te toetsen aan de criteria die volgen uit het *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-arrest.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat de civiele rechter het *Kribbebijter* en *Baby Joost*-criterium niet toepast. De reden hiervoor is nu eens dat hij, zoals in de Groningse zaak, zonder meer aanneemt dat de *ouders en school*⁴² partij zijn, zij het dat in andere gevallen waarin de rechter een overeenkomst aanneemt veelal onduidelijk blijft tussen wie deze bestaat.⁴³ Dan weer is de reden simpelweg dat de civiele rechter zich, aldus op een aantal uitzonderingen⁴⁴ na, noch voor het bijzonder noch voor het openbaar onderwijs over de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school uitlaat. De rechter laat de kwalificatie – al dan niet expliciet – in het midden.⁴⁵ Zodoende houdt de rechter in die gevallen de mogelijkheid van een overeenkomst open,

42 Hof Amsterdam 14 december 1989, KG 1990, 43.

43 Rb. 's-Hertogenbosch 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 4.6. De rechtbank stelt voorop dat tussen de betreffende 'school en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers)' een contractuele relatie bestaat. Onduidelijk is wat met het tussen haken plaatsen van de ouders is bedoeld, vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o.4.1. Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, NJF 2006, 541; Rb. (vzr.) Utrecht 5 september 2006 ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400; Rb. (vzr.) Almelo 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720; Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.3.

44 Bijv. Hof Amsterdam 14 december 1989, KG 1990, 43; Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, NJ 1991, 437; Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, NJF 2006, 541, m.nt. C.W. Noorlander *School en Wet 2006/5*, p. 30-35; De zojuist besproken uitspraak: Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947.

45 *Geval waarin het kwalificatievraagstuk bijv. expliciet in het midden wordt gelaten, hoewel verweer is gevoerd*: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, NJ 2005/438, zie r.o. 17 en 27, vervolg: Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628. *Kwalificatie expliciet in het midden, zonder dat er verweer is gevoerd*: Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.2: 'Tussen partijen is niet in geschil dat tussen hen een onderwijsovereenkomst geldt. Voor de beoordeling (...) kan echter in het midden blijven van welke grondslag dient te worden uitgegaan (...). De rechtbank laat de kwalificatie dan ook in het midden'.

Kwalificatie expliciet in het midden, onduidelijk/niet genoemd of er verweer is gevoerd: Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman*), r.o. 8, 'partijen hebben geen duidelijke keuze gemaakt'. Rb. (vzr.) Maastricht 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, NJF 2010/169, r.o. 5.3; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, NJF 2008/260, r.o. 4.1.

Kwalificatie in het midden, rechter heeft er een opmerking aan gewijd maar geen keuze gemaakt voor een grondslag: Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417, r.o. 2.5 het hof constateert dat er geen op schrift gestelde overeenkomst bestaat.

Kwalificatie in het midden, zonder nadere opmerking en zonder keuze voor een grondslag: Rb. (vzr.) Breda 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015; Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NLGHARN:2006:AY9107.

als partijen zouden *leerling, ouders en school*⁴⁶ dan wel *leerling en school*⁴⁷ kunnen worden aangemerkt.

Ouders en leerlingen die schadevergoeding vragen, gaan vaak voor verschillende ankers liggen: wanprestatie (ex art. 6:74 BW; tekortkoming in de nakoming van de onderwijsovereenkomst) en onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW). In diverse uitspraken kiest de rechter de tweede grondslag en wordt expliciet over de kwalificatievraag heen gestapt met bijvoorbeeld de overweging zoals die van de Rechtbank Midden-Nederland:⁴⁸

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

Eisers in deze procedure waren ouders en de tijdens de procedure meerderjarig geworden zoon (zo lijkt uit de uitspraak afgeleid te kunnen worden). Zij verweten de school nalatig te zijn geweest in het geven van adequaat onderwijs aan hun zoon en hem onterecht de kans ontnomen te hebben zijn havodiploma op de betreffende school te halen. Ze vorderden – tevergeefs – een verklaring voor recht dat de school tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en schadevergoeding nader op te maken bij staat. Nu de school in haar verweer geen onderscheid in de verschillende grondslagen maakte, aangezien volgens haar de reikwijdte van de zorgplicht in beide gevallen dezelfde is, heeft de rechter vervolgens de kwalificatie in het midden gelaten.⁴⁹ Als gevolg hiervan is er geen aandacht voor de vraag wie partij is bij de overeenkomst en komt de rechter dus aan

46 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2, ‘Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen (eisers c.s.) en het CVO een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan (...)’. De eisers zijn de leerling en de ouders. Derhalve houdt de rechtbank open dat het een overeenkomst tussen *leerling, ouders en school* kan betreffen.

47 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 tweede alinea: ‘(...) een tekortkoming (...) tegen [minderjarige]’. De overeenkomst zou tussen *leerling en school* kunnen bestaan. Vgl. Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929 met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787.

48 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2. De rechtbank verwijst hierbij naar andere uitspraken met een dergelijke overweging: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, NJ 2005/438; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, NJF 2010/169; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, NJF 2008/260.

49 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.1.

de *Kribbebijter* en *Baby Joost* criteria niet toe. Rechters blijven derhalve uit het vaarwater van deze arresten omdat zij over de kwalificatie kwestie heenstappen – als anker wordt onrechtmatige daad gekozen – met als gevolg dat niet wordt (of hoeft te worden) stil gestaan bij de vraag wie er partij is.

In een uitspraak van een maand later, eveneens inzake de kwaliteit van het onderwijs, werd door ouders – zonder succes – schadevergoeding gevorderd van de door hen geleden schade wegens het tekortschieten door de school in de nakoming van de onderwijsvereenkomst met hun kind dan wel wegens onrechtmatig handelen.⁵⁰ Anders dan de uitspraak hiervoor, verweerde de school zich in deze zaak wél tegen het partij-zijn van de ouders. Zij stelde dat er geen overeenkomst met de ouders is gesloten, zodat geen wanprestatie jegens de ouders kan zijn gepleegd. Als er al onrechtmatig was gehandeld, is dit volgens de school enkel jegens het kind, met als gevolg dat de door de ouders (pro se) gevorderde schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam en zij niet ontvankelijk dienden te worden verklaard. Dit mede aangezien niet aannemelijk is gemaakt dat schade is geleden. De Rechtbank Midden-Nederland liet door gebruik te maken van dezelfde formulering als een maand eerder, wederom in het midden of er sprake is van een contractuele of delictuele verhouding met de ouders en het kind. De rechtbank voegde aan deze overweging nog wat toe. Zij overwoog namelijk vervolgens met betrekking tot de vraag of de ouders pro se schadevergoeding konden vorderen of dat zij niet-ontvankelijk moesten worden verklaard.⁵¹

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

Het lijkt erop dat de rechtbank de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders als afgeleide aansprakelijkheid ziet, namelijk afgeleid van de eventuele tekortkoming of onrechtmatige daad jegens het kind. Ondanks het opnemen van deze (vervolg)passage blijft duister wat nu precies de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders is.⁵² Als dit al een contract zou zijn, dan heeft de rechter ondanks het verweer van de school tegen het partij-zijn van de ouders, geen aandacht besteed aan de ‘partij-vraag’. Wellicht heeft de rechter zich de toets aan de *Kribbebijter*- en *Baby Joost* criteria willen besparen, omdat er uiteindelijk geen aanleiding was schadevergoeding toe te kennen.

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

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

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

De arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost* blijven – nu rechters al dan niet uitdrukkelijk de kwalificatie kwestie in het midden laten, waardoor zij geen acht (behoeven te) slaan op de vraag wie er partij is, dan wel omdat het zijn van partij onbetwist is gelaten – in onderwijsuitspraken buiten beeld. Dit is tot nu toe in de doctrine onopgemerkt gebleven.

7 VISIES IN DE LITERATUUR

Verschillende auteurs hebben de verhouding tussen school, ouders en kind als overeenkomst aangemerkt, in het bijzonder Noorlander en Sperling.

Noorlander kwalificeert de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag, leerling en ouders in het bijzonder onderwijs en in het openbaar onderwijs als een civielrechtelijke respectievelijk publiekrechtelijke overeenkomst.⁵³ In beide gevallen neemt Noorlander aan dat op het moment dat ouders hun minderjarige handelingsonbekwame kind op een school inschrijven zij als wettelijk vertegenwoordiger namens het kind handelen waardoor het kind partij is bij de overeenkomst.⁵⁴

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

Concluderend merkt Noorlander echter op dat de rechtsverhouding tussen bevoegd gezag, leerling en ouders als overeenkomst kan worden gekwalificeerd.⁵⁵ Gezien de hieraan voorafgaande precisering van de contractspartijen door Noorlander ga ik er echter vanuit dat hij de ouders niet voor zichzelf partij bij de overeenkomst acht.

De belangrijkste elementen van de overeenkomst zijn volgens Noorlander dat de school zich verbindt om de leerling deel te laten nemen aan het onderwijs en de toetsen, kwalitatief behoorlijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te treffen ter waarborging van de veiligheid van de leerling. De leerling verbindt zich in Noorlanders optiek om deel te nemen aan de lessen en zich te onthouden van gedrag dat een verstoring op kan

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

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

55 Noorlander 2005, p. 296.

leveren voor de orde binnen de onderwijsinstelling.⁵⁶ Wanneer een van de partijen tekortschiet in de nakoming van diens verplichtingen kunnen zij een actie tot schadevergoeding (art. 6:74 BW) en/of ontbinding (art. 6:265 BW) instellen.⁵⁷

Ook voor de ouders ontstaan er volgens Noorlander rechten en verplichtingen op het moment dat de leerling is ingeschreven en naar school gaat.⁵⁸ Hij noemt als belangrijkste rechten het recht op participatie in schoolaangelegenheden en het recht op informatie over het kind. De verplichting om relevante informatie over het kind aan het bevoegd gezag te verstrekken en om zich binnen de school behoorlijk te gedragen, merkt hij aan als belangrijkste verplichtingen. Deze rechten en verplichtingen lijkt Noorlander niet terug te voeren op een overeenkomst, maar ze lijken onder meer te worden gebaseerd op het ouderlijk gezag (art. 1:245 en 1:247 BW), de Wet op het primair onderwijs (bijvoorbeeld de art. 11, 12, 13, 44 Wpo) en de Wet op het voortgezet onderwijs (bijvoorbeeld de art. 23b, 24, 24a Wvo). Noorlander meent dat gezien het rechtstreekse belang voor de ouders, deze bepalingen uit de sectorwetten ook ten opzichte van hen werken.⁵⁹ Wanneer de school de rechten van de ouders niet respecteert, kunnen zij naar de klachtencommissie of de rechter stappen.

Sperling construeert de overeenkomst als een overeenkomst met een derdenbeding, waardoor zowel het bevoegd gezag, de ouders en na toetreding de leerling gebonden worden. Volgens haar ligt aan de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en het bevoegd gezag een civielrechtelijke overeenkomst ten grondslag die gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van

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

57 Noorlander 2005, p. 293 en 294. De ontbindingsregeling is gezien de verwijderingsregeling waar de school zich aan moet houden slechts in beperkte mate relevant volgens Noorlander. Daarnaast acht hij het voor de leerling meer voor de hand liggen om op te zeggen.

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

59 Noorlander 2005, p. 223. Het is niet geheel duidelijk in hoeverre bepalingen uit sectorwetten werking hebben ten opzichte van ouders en leerlingen. De bepalingen betreffen 'Regelen voor het openbaar onderwijs' deze worden als algemeen verbindende voorschriften aangemerkt en gelden dus ook voor belanghebbenden zoals ouders en leerlingen. Daarnaast betreffen de bepalingen 'Voorwaarden voor bekostiging in het bijzonder onderwijs' in beginsel gelden deze tussen het bevoegd gezag en de overheid, maar nuancering lijkt geboden aangezien ook deze rechtstreeks ten opzichte van ouders en leerlingen kunnen werken. Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 66-68; Sperling 2009, p. 60.

opdracht in de zin van Boek 7 BW.⁶⁰ Over de contractspartijen merkt zij het volgende op:⁶¹

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

Na aanvaarding van de overeenkomst zal het kind eveneens partij worden bij de onderwijsovereenkomst. Deze constructie resulteert derhalve volgens de art. 6:253 en 6:254 BW in een meerpartijenovereenkomst. Dit stempel geeft Sperling zelf de overeenkomst niet. De precieze uitwerking en consequenties ervan vult Sperling dan ook niet in. Het inhoudelijke karakter van de overeenkomst geeft zij echter wel weer. Uit de overeenkomst vloeit volgens Sperling voort dat de school zich tegenover de ouders verbindt tot het geven van onderwijs aan hun kind en dat het bevoegd gezag recht op loon krijgt, hetgeen bij het openbaar en gesubsidieerde onderwijs door de overheid wordt betaald.⁶² De relevante sectorwetten (bijvoorbeeld de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs) geven verdere invulling aan de inhoud van de overeenkomst. Nu niet altijd duidelijk is of een bepaling uit deze wetten werkt ten opzichte van ouders en/of leerlingen, verdient het volgens Sperling aanbeveling om bepaalde rechten en verplichtingen expliciet in Boek 7 BW op te nemen. Sperling noemt onderwerpen als informatieverstrekking, verwerking van persoonsgegevens, duur en opzegging van de overeenkomst.⁶³

60 Sperling 2009, p. 61. Het verdient haar voorkeur deze onderwijsovereenkomst expliciet – te vergelijken met de geneeskundige behandelingsovereenkomst uit art. 7:446 e.v. BW – een plaats te geven in Boek 7 BW, zie p. 164. Opname in Boek 7 BW is eerder ter overweging gegeven door P.W. Huisman, ‘De overeenkomst als modern instrument van ordening in het onderwijs’, *NTOR* 2006-1, p. 43; P.W. Huisman, ‘Rechten en plichten van leerlingen, ouders en studenten: een stand van zaken’, *NTOR Jaarboek* 2005/2006, p. 66, nt. 43.

61 Sperling 2009, p. 61.

62 Zie ook Stoop 1977, p. 457.

63 Sperling 2009, p. 62. Sperling geeft aan dat de precieze invulling kan geschieden aan de hand van jurisprudentie en uitspraken van klachtencommissies. Daarnaast kunnen partijen specifieke verplichtingen op zich nemen, bijv. ten aanzien van speciale afspraken over de begeleiding van een kind in handelingsplannen.

De constructie van Sperling lijkt in lijn te zijn met de opvatting van Tjong Tjin Tai. In het kader van opdracht ten behoeve van een derde geeft Tjong Tjin Tai weer dat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW) en de reisovereenkomst (art. 7:500 lid 1 sub c BW) uitdrukkelijk de mogelijkheid is gegeven, dat een overeenkomst van opdracht gesloten wordt mede of uitsluitend om het belang van een derde te treffen.⁶⁴ Opdrachtgever en patiënt hoeven bijvoorbeeld niet één persoon te zijn. Tjong Tjin Tai geeft aan dat ook bij gebreke van een wettelijke regeling een opdracht in het belang van een derde mogelijk is.⁶⁵ Hij geeft het voorbeeld van kinderopvang en onderwijsovereenkomsten, en vervolgt met:⁶⁶

‘Jeugdige onderwijsontvangers zijn zelden partij bij de onderwijsovereenkomst. Gewoonlijk treedt de wettelijke vertegenwoordiger hier niet q.q. op, doch sluit de overeenkomst in eigen naam.’

De derde kan slechts een recht aan de overeenkomst van opdracht ontleen indien er sprake is van een geldig derdenbeding en pas nadat dit door hem is aanvaard.⁶⁷ Op de onderwijsovereenkomst wordt door Tjong Tjin Tai niet nader ingegaan.

Tjong Tjin Tai lijkt ofwel van een overeenkomst tussen de ouders en de school uit te gaan, dan wel van een overeenkomst met een derdenbeding ten behoeve van het minderjarige kind.

Deze auteurs hebben gemeen dat zij in algemene zin betogen wie partij is of zou moeten zijn bij de onderwijsovereenkomst. Daarmee zien zij over het hoofd dat het antwoord op de vraag wie partij is van geval tot geval zal verschillen en per geval moet worden beantwoord: het komt er op aan hoe partijen elkaar over en weer hebben verstaan (*Kribbebijter*). De schrijvers lijken evenzeer te missen dat de vermogensrechtelijke jurisprudentie handvatten biedt voor de veronderstelling dat ouders bij het sluiten van de overeenkomst namens hun kinderen optreden en dus niet in eigen naam (*Baby Joost*). Anderen vermijden de kwestie door te spreken over een overeenkomst tussen ‘leerling-slash’-ouders’ en onderwijsinstelling.⁶⁸

8 AFRONDING

Rechters komen er om verschillende redenen niet aan toe en de literatuur lijkt het over het hoofd te zien, maar het vermogensrecht biedt een helder kader

⁶⁴ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

⁶⁵ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

⁶⁶ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

⁶⁷ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

⁶⁸ Bijv. Huisman & Noorlander 2004, p. 153 over de rechtsverhouding binnen bijzonder onderwijs.

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

In breder perspectief past dit kader goed in de ontwikkeling die het kind en jeugdrecht heeft doorgemaakt. Daarbij dient als uitgangspunt dat het kind zoveel als mogelijk een eigen – ook juridische – positie toekomt, jong of oud. Vanzelfsprekend geldt dat hoe jonger het kind is, hoe groter de rol en verantwoordelijkheden van de ouder. Maar om het kind deel te laten nemen aan het onderwijs is het niet noodzakelijk ouders partij te maken bij de onderwijsovereenkomst, evenmin hoeft op voorhand naar de meerpartijenovereenkomst gegrepen te worden. Het leerstuk van de vertegenwoordiging stelt ouders in staat die overeenkomst te sluiten, in naam van het steeds zelfstandiger handelend kind.

