

Drie stellingen

S. Voskamp, Onderwijsovereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs.*

Promotor: prof. mr. A.G. Castermans

Co-promotor: mr. dr. M.W. Knigge

Het proefschrift is verdedigd aan de Universiteit Leiden op 13 december 2018

10-17 augustus 2019

Proefschrift

Inleiding

Wanneer een leerling zich aanmeldt bij een school en wordt toegelaten, ontstaat er *een* rechtsverhouding tussen beide. De precieze aard van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs is geen uitgemaakte zaak. De wet zwijgt hierover en de rechtspraak biedt geen uitsluitel. De literatuur ziet verschillende

*. Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 585 6

mogelijkheden, van civielrechtelijke, bestuursrechtelijke of gemengde aard, met referentie aan onder meer het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs en publiekrechtelijke normering van het onderwijs.¹ Het debat over de rechtsverhouding tussen school, kind en ouders wordt in zekere mate op abstract niveau gevoerd en is gericht op de vraag of al dan niet sprake is van een overeenkomst. Tegelijkertijd is het antwoord op deze vraag vermengd met de vraag of de kwalificatie als overeenkomst wenselijk is.

Mijn proefschrift bekijkt de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school vanuit contractenrechtelijk perspectief. Het neemt als uitgangspunt dat de rechtsverhouding gekwalificeerd kan worden als overeenkomst. Ik ga na wat toepassing van het contractenrecht in de onderwijsverhouding meebrengt en wat het contractenrecht de onderwijsverhouding te bieden heeft. Fundamentele leerstukken van het contractenrecht op het gebied van de totstandkoming, de inhoud en de beëindiging worden toegepast in de context van het onderwijs, telkens met inachtneming van publiekrechtelijke normen, uit bijvoorbeeld de Leerplichtwet, de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs. Door de toepassing van deze leerstukken in de context van het onderwijs in kaart te brengen draagt het onderzoek bij aan het debat over de rechtsverhouding tussen school, kind en ouders. Het concretiseert wat een contractenrechtelijke invalshoek mee kan brengen voor het onderwijs. Op basis van de verkregen inzichten kan een keuze voor of afwijzing van de privaatrechtelijke overeenkomst beter worden gefundeerd. Mijn proefschrift geeft geen uitsluitsel over het antwoord op de vraag of de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs een overeenkomst is, wel biedt het aanknopingspunten ter ondersteuning van een keuze voor het kwalificeren van de rechtsverhouding als overeenkomst.

Stelling 1

De leerplicht kan worden gezien als een contractplicht. Die staat niet aan het consensuele karakter van de onderwijsovereenkomst in de weg.

Vanuit contractenrechtelijk oogpunt is interessant dat kinderen verplicht naar school moeten. Ook scholen zijn op hun beurt in vergaande mate gehouden een kind als leerling toe te laten. Deze beperking van de contractsvrijheid hoeft evenwel aan de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst niet in de weg te staan. In het licht van de stelling richt ik mij hierna op de beperkte contractsvrijheid aan de zijde van het kind en de ouders, een vergelijkbaar betoog geldt voor de zijde van de school.²

Een onderwijsovereenkomst komt conform artikel 6:217 BW tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan, beide zijn rechtshandelingen in de zin van artikel 3:33 BW. Wil en verklaring moeten in beginsel overeenstemmen om een geldige rechtshandeling, een aanbod of aanvaarding, te doen ontstaan. Op hun beurt moeten aanbod en aanvaarding ook met elkaar overeenstemmen: artikel 6:217 BW spreekt immers van aanbod en aanvaarding *daarvan*. Zo is wilsovereenstemming van beide partijen een belangrijk kenmerk (voor het tot stand brengen) van de overeenkomst.³ Het vereiste van wilsovereenstemming kan worden beschouwd als uitwerking van het beginsel van contractsvrijheid. Contractsvrijheid ziet kort gezegd op de vrijheid van een partij te beslissen *of* zij een overeenkomst aangaat, *met wie* en *met welke inhoud*.⁴ Ziet de beperking van de contractsvrijheid op de mogelijkheid zelf te beslissen een contract aan te gaan en dus op de vrijheid al dan niet een contract te sluiten – óf men een overeenkomst aangaat – dan kan er gesproken worden van contractdwang.⁵ In deze zin wordt contractdwang aangemerkt als de verplichting te contracteren: het betreft een contracteerplicht.⁶ Ook in het onderwijs is sprake van contractdwang.

De Leerplichtwet verplicht kinderen naar school te gaan. Artikel 2 van de Leerplichtwet bepaalt dat een kind op een school dient te worden ingeschreven en dat de leerling de school na inschrijving geregeld dient te bezoeken. Op degene die het gezag uitoefent of degene die de feitelijke verzorging heeft over een kind rust een inschrijvingsplicht: het kind moet als een leerling van een school ingeschreven staan. Deze inschrijving vindt evenwel plaats door de school en niet door de ouders of leerling. Het zijn de ouders (of de leerling) die een verzoek tot toelating (moeten) doen aan de school, die het kind dus aanmelden bij de school naar keuze, het is de school die de leerling vervolgens al dan niet toelaat en inschrijft. Ouders moeten dus hun leerplichtige kind aanmelden op een school. Wel zijn ouders

1. Zie voor een uiteenzetting van dit debat en verwijzingen, S. Voskamp, *Onderwijsovereenkomst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 8-19.
2. Zie hiervoor nader Voskamp 2018, par. 2.3 en 2.4.
3. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 9 en nrs. 119, 163, 164.
4. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.
5. I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 2. Zie over contractdwang ook P. Klik, *Contractsdwang* (Preadvies nr. 7 voor de Vereniging voor Burgerlijk recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1992.
6. Houben 2005, p. 3.

en kinderen vrij in hun keuze ten aanzien van welk soort onderwijs zij willen volgen (openbaar of bijzonder) en bij welke school (bijvoorbeeld een met een specifieke pedagogisch didactische grondslag). Daar komt in het voortgezet onderwijs bij dat er keuze is ten aanzien van het niveau waarop een leerling, mits geschikt, onderwijs volgt.

De leerplicht behelst in zekere zin een contracteerplicht. Aan de zijde van de ouders en de leerling zal sprake zijn van contractdwang: het kind moet immers naar school. Ouders en kinderen zijn gehouden met een school te contracteren. De vrijheid om te kiezen met welke school zij in zee gaan, is echter niet beperkt.

In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt gerekened dat deze beperkte vrijheid meebrengt dat er geen wilsovereenstemming kan bestaan en dat dus van een overeenkomst geen sprake kan zijn.⁷ In navolging van Houben meen ik dat beperking van de contractsvrijheid of contractdwang niet in de weg staat aan het karakter van een overeenkomst.⁸ Wil en verklaring kunnen zeer wel overeenstemmen ook al is de wil gestuurd of afgedwongen door de wet. 'De wil zoals die vereist wordt in artikel 3:33 BW betekent niets anders dan dat iemand een verklaring aflegt zoals hij die bedoelt', aldus Houben.⁹ Er kan zo van een geldig aanbod worden gesproken, aangezien de verklaring van degene die contractdwang ervaart overeenstemt met zijn wil. Wordt het aanbod aanvaard, dan zullen ook bij de aanvaarding de wil en verklaring overeenstemmen, ondanks dat een partij eventueel gedwongen wordt te aanvaarden. Aan de regels uit de artikelen 6:217 en 3:33 BW kan aldus wel degelijk worden voldaan. Beperkte contractsvrijheid staat aan het aannemen van wilsovereenstemming en derhalve aan het tot stand komen van een contract niet in de weg.

Voor wat betreft de verhouding in het onderwijs kan worden volgehouden dat de wilsovereenstemming aanwezig kan zijn;¹⁰ dat deze wil mogelijk gestuurd is omdat ouders verplicht zijn het contract aan te gaan doet aan de geldige totstandkoming via de artikelen 3:33 en 6:217 BW niet af. Ook in andere situaties waarin men verplicht wordt te contracteren komen er overeenkomsten tot stand. Te denken valt aan de verplichte ziektekosten- of Wam-verzekering, deze plichten zijn – mutatis mutandis – te vergelijken met de leerplicht die het kind is opgelegd. Dat de leerplicht als contracteerplicht in het onderwijs aan het aannemen van een onderwijs-overeenkomst in de weg zou staan, zie ik dan ook niet in.

Stelling 2

De door de Hoge Raad in het *Baby Joost*-arrest uitgezette lijn moet ook voor de situatie in het onderwijs worden gevolgd: het gaat in beginsel om een overeenkomst tussen kind en school.

Uitgaande van een onderwijsovereenkomst rijst de vraag wie als partijen bij een onderwijsovereenkomst zijn aan te merken. Aan de ene kant staat de school,¹¹ maar wie is partij aan de andere zijde? Is dit de leerling, diens ouders of zijn zij dit alle drie? Vast moet worden gesteld in welke hoedanigheid de ouders handelen: handelen zij voor zichzelf of in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van het kind of in beide hoedanigheden tegelijk? Ook voor het beantwoorden van deze vraag wordt teruggegrepen op de artikelen 3:33, 3:35 en 6:217 BW. In principe zijn de wilsverklaringen van partijen doorslaggevend, zodat in eerste instantie partijen zelf uitmaken wie er gebonden raakt. Bestaat er achteraf onduidelijkheid over de vraag wie er als partij mag worden beschouwd en rijst de vraag of de partij in eigen naam of in hoedanigheid van een ander heeft opgetreden dan 'komt het aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid'. Zo volgt uit het *Kribbebijter*-arrest.¹²

In het *Baby Joost*-arrest – waarin de vraag aan de orde kwam wie partij zijn bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst ten aanzien van de behandeling van een minderjarig kind – wordt het *Kribbebijter*-arrest gevolgd en hieraan tegelijkertijd een nadere invulling gegeven. Baby

7. R. Snel & A. Postma, 'Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs', *de Gemeentestem* 1999, nr. 7091, 1, p. 66; B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 46. Daarentegen: *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, 6, p. 53 (MvA): '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.'

8. Houben 2005, p. 219-222.

9. Houben 2005, p. 220.

10. Vgl. C.W. Noorlander 2005, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en voortgezet onderwijs* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 250; vgl. ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Ouders en kinderen als partij bij een overeenkomst', *WPNR* 2017/7159, p. 556.

11. Ten behoeve van de leesbaarheid gebruik ik het begrip school, in preciezere termen moet worden gesproken van de rechtspersoon die de school in stand houdt, zie Voskamp 2018 par. 1.8 en p. 28 voetnoot 2.

12. HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*).

Joost werd geopereerd aan een liesbreuk. Als gevolg van fouten tijdens de operatie is hij ernstig gehandicapt geraakt. De door hem geleden schade wordt vergoed maar ook de ouders vorderen schadevergoeding voor door hen als contractspartij geleden materiële en immateriële schade. De vraag die centraal stond is of naast baby Joost zelf ook de ouders partij waren bij de ten behoeve van Joost gesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst. De Hoge Raad overweegt voor de situatie tussen arts, kind en ouders dat op het moment dat partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst niet over de hoedanigheid van de ouders hebben uitgelaten – treden zij op voor zichzelf, in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger, of in beide hoedanigheden tegelijk – de wederpartij er vanuit mag gaan dat de ouders de overeenkomst uitsluitend namens hun kind sloten, dus alleen in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger en niet (mede) voor zichzelf.¹³ 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.¹⁴

De door de Hoge Raad uitgezette lijn kan ook in het onderwijs worden gevolgd. Voor zover partijen zich bij het sluiten van de onderwijs-overeenkomst niet uitlaten over de hoedanigheid van de ouders mag de school er vanuit gaan dat de ouders als wettelijk vertegenwoordiger in naam van hun kind handelen. Gevolg hiervan is dat het kind partij is en in beginsel niet mede de ouders. Er wordt daarbij geen afbreuk gedaan aan een eigen belang dat ouders hebben.¹⁵ Het is voor het voldoen aan de verplichting van ouders tot verzorging en opvoeding uit artikel 1:247 BW, en voor de verplichting de leerling op school in te schrijven uit de Leerplichtwet (art. 2 Lpw) of om tegemoet te komen aan het eigen belang van de ouders bij een goed onderwezen kind, niet nodig dat ouders *zelf* partij zijn bij de overeenkomst. Ouders kunnen aan de opvoedingsplicht of verplichting tot inschrijving voldoen door te handelen als wettelijk vertegenwoordiger en zodoende namens hun kind de overeenkomst te sluiten.¹⁶ 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. De wettelijke vertegenwoordiging stelt ouders in staat de overeenkomst te sluiten in naam van een steeds zelfstandiger handelend kind. Dit sluit ook aan bij de ontwikkeling van het kinder- en jeugdrecht, en bij het uitgangspunt in het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK)

dat benadrukt dat het kind zelf subject of drager is van rechten.¹⁷ Vanzelfsprekend geldt wel hoe jonger het kind hoe groter de rol en verantwoordelijkheden van de ouders. Beogen ouders en school dat ouders wel partij worden, dan verdient aanbeveling dat zij zich hier over uitlaten en dit expliciet afspreken.

Het *Baby Joost*-criterium is ook in rechtspraak over onderwijs toegepast: partijen hadden zich bij het aangaan van de onderwijsovereenkomst over de hoedanigheid van de ouders niet uitgelaten en er deden zich geen andere feiten of omstandigheden voor om van het uitgangspunt dat zij dan in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger zijn opgetreden af te wijken. Aldus werden als partijen het kind en de school aangemerkt.¹⁸

Stelling 3

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, RvdW 2018/1025 (Eigen Haard) bevestigt dat artikel 6:265 BW (ontbinding) flexibel genoeg is om rekening te houden met de bijzondere rechtsverhouding in het onderwijs.

Artikel 6:265 BW – iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt – kan in het onderwijs worden toegepast. De flexibiliteit van het contractenrecht brengt mee dat er voldoende mogelijkheid is met de context van het onderwijs rekening te houden in de uitwerking van het ontbindingsleerstuk in de rechtsverhouding in het onderwijs.

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

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

15. Zie in dit verband A-G Langemeijer in zijn conclusie onder 2.14 en 2.15, HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*), waar voor 'gezond kind' moet worden gelezen 'goed onderwezen kind'.

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

17. 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.

18. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.11.

Voor ontbinding van de onderwijsovereenkomst door de school is nodig dat een leerling achterblijft in de nakoming van zijn verbintenissen, bijvoorbeeld in zijn plicht deel te nemen aan het onderwijs. Het sturen van een ingebrekestelling aan de leerling lijkt niet vereist te zijn aangezien de niet-nakoming van een duurverplichting blijvende onmogelijkheid meebrengt en het intreden van verzuim dan geen rol speelt. Het is wellicht wenselijk juist wel een school te verplichten tot het sturen van een ingebrekestelling om zo de leerling te waarschuwen voor het ontoelaatbare gedrag en hem te gebiedten correct na te komen. Voorts is het aangewezen het begrip tekortkoming zorgvuldig en beperkt te hanteren. Gelet op de ruimte die er voor een leerling moet zijn om zich te ontwikkelen – door vallen en opstaan – zal een eventuele niet-nakoming niet te snel als een tekortkoming moeten worden bestempeld.

Wordt een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis die op een leerling rust wel als een tekortkoming aangemerkt, dan nog zal dit niet direct tot een ontbinding kunnen leiden, vanwege de uitzonderingsclausule die ontbinding kent. De aard van de onderwijsovereenkomst vereist dat er slechts beperkt gebruik wordt gemaakt van de ontbindingsbevoegdheid. De hoofdregel dat iedere tekortkoming recht op ontbinding geeft, sluit dan ook niet goed aan bij de context van het onderwijs. Ook een eventuele terughoudende toepassing van de tenzij-clausule is in de context van het onderwijs niet op zijn plaats. Een leerling moet immers niet te gemakkelijk ‘op straat komen te staan’, met name ook vanwege de leerplicht die op leerlingen rust. Binnen de lijnen van het wettelijk stelsel kan er ruimhartiger van de tenzij-clausule in het onderwijs gebruik worden gemaakt. De tenzij-clausule kan aldus een belangrijke rol vervullen. De gezichtspunten die mee kunnen brengen dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt – de ‘geringe betekenis van de tekortkoming’, de ‘bijzondere aard van de tekortkoming’ en de ‘ingrijpende gevolgen’ – bieden handvatten om in het onderwijs mee te werken. Een tekortkoming van een leerling wordt mogelijk al gauw als te gering aangemerkt en er kan veel gewicht toekomen aan de bijzondere aard ervan of aan de bijzondere gevolgen van ontbinding. Ook breder gezien zullen de ‘omstandigheden van het geval’ waaronder de ‘aard van de overeenkomst’ en de ‘gerechtvaardigde belangen van de leerling’ als gezichtspunten hun bijdrage leveren om te voorkomen dat een school te snel of te gemakkelijk tot ontbinding overgaat. Tegelijkertijd is er voldoende ruimte voor de belangen van medeleerlingen, leerkrachten en de school, aangezien alle omstandigheden van het geval een rol spelen.¹⁹

Er is zo gezien in de huidige tenzij-clausule een breed speelveld waarbinnen voldoende afwezigingsruimte bestaat en rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de gerechtvaardigde belangen van partijen. Hoewel de Hoge Raad vasthoudt aan de hoofdregel met uitzondering dat iedere tekortkoming de bevoegdheid tot ontbinding geeft tenzij dat niet gerechtvaardigd is, bevestigt hij – bij beantwoording van de prejudiciële vraag in het kader van huur en verhuur van sociale woonruimte – in het arrest *Eigen Haard* dat daarmee niet is gezegd dat deze uitzondering beperkt toepassing vindt.²⁰ De Hoge Raad bevestigt tevens dat bij de tenzij-clausule en dus bij de beantwoording van de vraag of ontbinding in het concrete geval gerechtvaardigd is, alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn en dat er niet op voorhand één gezichtspunt een beslissende rol kan worden toegekend.²¹

Mw. mr. S. Voskamp*

19. Gaat een school tot ontbinding over, dan kan deze alleen een gedeeltelijke ontbinding inhouden, namelijk alleen voor de toekomst. Partijen worden voor de toekomst van elkaar bevrijd, de verplichtingen die zien op het verleden blijven in stand en er ontstaan geen ongedaanmakings- of waardevergoedingsverbintenissen. Een school zal moeten hebben afgewogen of er tot ontbinding kan worden overgegaan, door vooruit te lopen op een mogelijke toepassing van de tenzij-clausule. Meent een leerling dat de school niet tot ontbinding kon overgaan, dan zal hij zich ter verdediging zelf op de tenzij-clausule moeten beroepen. Zie voor een vergelijking met het instrument van verwijdering uit onderwijswetgeving, en de verhouding tussen verwijdering en ontbinding hoofdstuk 5 en het slothoofdstuk 6 van mijn proefschrift.
20. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, *RvdW* 2018/1025 (*Eigen Haard*), r.o. 3.5. Zie ook de conclusie van A-G Wissink, 6 juli 2018 ECLI:NL:PHR:2018:787 onder 2.19, bij de prejudiciële vraag 18/00855, Rb. Amsterdam 26 februari 2018. Het arrest is gewezen na afronding van het manuscript van mijn proefschrift.
21. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, *RvdW* 2018/1025 (*Eigen Haard*), r.o. 3.8.1 en 3.8.2.

* Universitair docent bij de afdeling Civiel recht van de Universiteit Leiden.
(s.voskamp@law.leidenuniv.nl)