



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Voskamp, S.

Citation

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

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68025>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Voskamp, S.

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

Issue Date: 2018-12-13

1 | Inleiding

1.1 RECHTSVERHOUDING IN HET PRIMAIR EN VOORTGEZET ONDERWIJS: CONTRACTENRECHTELIJK PERSPECTIEF

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 DE WETGEVER: RUIMTE VOOR DE OVEREENKOMST

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

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

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

4 Huisman & Zoontjens 2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zo gezien laat de regering ruimte voor een contractenrechtelijk perspectief.

1.3 DE FLEXIBELE RECHTER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, NJ 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89): Vereniging voor protestants Christelijk Basis-onderwijs: partijen zijn het er over eens dat er een onderwijsovereenkomst bestaat tussen de ouders van de leerling en het bevoegd gezag van de school. Naar het oordeel van de rechtbank betreft het een privaatrechtelijke overeenkomst, aangezien het bevoegd gezag een vereniging voor bijzonder onderwijs is.

Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539: de ds. Pierson Stichting is een protestants-christelijke school voor voortgezet onderwijs: de rechtbank stelt voorop dat tussen een school als het Piersoncollege en een leerling (en diens ouders, voogden of verzorgers) een contractuele relatie bestaat, r.o. 4.6.

Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947: Christelijk Voortgezet onderwijs: de school heeft verweer gevoerd, maar de rechtbank gaat toch zonder meer van een overeenkomst uit; wellicht heeft de rechtbank het betoog van de school niet als verweer opgevat vanwege het voorwaardelijke karakter ervan, zie r.o. 4 en 5.2.1.

Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720: Scholengemeenschap voor bijzonder onderwijs: de voorzieningenrechter oordeelt dat een eenmaal gesloten onderwijsovereenkomst niet de verplichting tot doorstroming van leerlingen die dat wensen met zich brengt, r.o. 4.

in uitspraken betreffende openbare scholen²⁰ is een onderwijsovereenkomst aangenomen.²¹

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

1.4 DEBAT IN DE LITERATUUR

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

20 Hof Amsterdam 14 december 1989, KG 1990/43: Piet Mondriaan lyceum, openbare school: zonder voorafgaande opmerking spreekt het hof van de contractuele relatie tussen gemeente (resp. de school) en de moeder van de leerling.

Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, NJF 2006, 541, School en Wet november 2006, afl. 5, p. 29-35, m.nt. C.W. Noorlander: Gemeente Eindhoven: tussen partijen is niet in geschil dat er een onderwijsovereenkomst tot stand is gekomen met de gemeente. Wel twisten zij over de vraag of de niet-nakoming van de overeenkomst aan de vordering ten grondslag kan worden gelegd. Volgens de rechtbank kan dit niet omdat de in het geding zijnde verbintenissen niet voldoende bepaalbaar werden geacht, r.o. 4.8. Openbare scholen kunnen in stand worden gehouden door stichtingen voor openbaar onderwijs, zie art. 1 Wpo onder openbare school 'c' dat verwijst naar art. 17 en 48 Wpo of art. 1 Wvo onder openbare school 'c', dat verwijst naar art. 42b en 53c Wvo. Ook t.a.v. deze stichtingen voor openbaar onderwijs heeft de rechtbank het bestaan van een overeenkomst aangenomen: Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400: Stichting Minkema voor openbaar voortgezet onderwijs: de rechtbank overweegt dat met de inschrijving een overeenkomst tot stand is gekomen, r.o. 4.5.

Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636: Stichting openbaar voortgezet onderwijs Utrecht: de rechtbank constateert o.a. dat eisers aan hun vordering een onderwijsovereenkomst ten grondslag leggen en dat de stichting niet betwist partij te zijn; derhalve gaat ook de rechtbank hier vanuit, r.o. 4.3.

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

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

Overeenkomst in het bijzonder onderwijs?

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

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

Hij observeerde daarbij dat partijen zich er vaak niet bewust van zullen zijn een overeenkomst te sluiten. Het gaat volgens hem om een ‘nog in het rechts-onderbewustzijn verkerend rechtsfiguur’.²⁴

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

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

22 Stoop 1977, p. 457 e.v. zie voorts Stoop 1978, p. 505 e.v.

23 Stoop 1977, p. 457.

24 Stoop 1977, p. 457, zoals wordt opgemerkt door hem in het kader van openbaar onderwijs.

25 Trietsch 1978, p. 489, 490. Evenzo Drop 1985, p. 305-307. In navolging van Drop ook Postma 1995, p. 361 (die de uitgave van Drop heeft bewerkt). Vervolgens wordt er in beide edities licht op de strekking van de overeenkomst geworpen en wordt de discussie in de literatuur kort aangestipt.

26 Trietsch 1978, p. 490. Trietsch wijst er wel op dat de bijzondere instellingen veel voorschriften wel moeten naleven, willen zij voor bekostiging in aanmerking komen en bekostigd blijven.

27 Hennekens 1988, p. 133; Hennekens 1989, p. 318 waarin hij uit zijn eerdere naschrift citeert.

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

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

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

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

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

28 Hennekens 1988, p. 133.

29 Pors 1990, p. 157.

30 Noorlander 2005, p. 279.

31 De rechtsverhouding in het bijzonder onderwijs moet volgens Noorlander niet als publiekrechtelijk worden beschouwd, nu de toelating een publiekrechtelijk karakter ontbeert. Er is volgens hem geen sprake van het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid in het bijzonder onderwijs, de regelingen over bijv. toelating in de onderwijswetgeving betreffen bekostigingsvoorwaarden die in beginsel de school alleen raken in relatie tot de overheid, bijzondere scholen hebben de voorwaarden vrijwillig aanvaard. Ook is er volgens Noorlander geen publieke taakuitoefening in het geding. Voorts verdraagt een publiekrechtelijke aard zich volgens hem niet met de vrijheid van onderwijs. Daarnaast zou de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtsverhouding ten onrechte impliceren dat het bijzonder onderwijs overheidsonderwijs zou zijn. Noorlander 2005, p. 269-279.

32 Zo constateert ook Tjong Tjin Tai 2017, p. 556: de relatie tussen school en ouders c.q. kinderen is gebaseerd op een overeenkomst, deze relatie kan niet zonder overeenkomst tot stand komen; de relatie is immers de bron van de verbintenissen over en weer en er is wilsovereenstemming.

33 Sperling 2009, p. 61.

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

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

Overeenkomst in het openbaar onderwijs?

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

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

34 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 110.

35 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111.

36 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111.

37 Minder aarzelend is Vermeulen in het kader van het hoger bijzonder onderwijs: 'Overigens ben ik het met de Afdeling eens dat sprake is van een privaatrechtelijke rechtsverhouding; en dat deze rechtsverhouding door een privaatrechtelijke overeenkomst (een onderwijsovereenkomst) beheerst wordt komt mij plausibel voor'. ABRvS 18 mei 2005, AB 2006, 34 m.nt. Vermeulen onder punt 6.

38 Stoop 1977, p. 458.

39 Stoop 1977, p. 458.

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

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

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

41 Stoop 1977, p. 459.

42 Hennekens 1988, p. 133.

43 Hennekens 1988, p. 133.

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

45 Hennekens 2000, p. 546.

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

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

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

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

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

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

48 Trietsch 1977, p. 487.

49 Snel & Postma 1999, p. 58.

50 Snel & Postma 1999, p. 64.

51 Snel & Postma 1999, p. 65.

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

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

52 Snel & Postma 1999, p. 65.

53 Vgl. Pajmans 2013, p. 45: ‘Het begrip ‘verbintenis’ kan op problemen stuiten, omdat hieraan doorgaans een vermogensrechtelijke betekenis wordt toegekend, die niet rijmt met het geven en ontvangen van onderwijs’.

54 Snel & Postma 1999, p. 65.

55 Snel & Postma 1999, p. 66.

56 Snel & Postma 1999, p. 66.

57 Snel & Postma 1999, p. 66.

58 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 103.

59 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 107.

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

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

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

60 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 108.

61 Vermeulen 2001, p. 167.

62 In een artikel met Noorlander, Huisman & Noorlander 2004, p. 153.

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

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

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

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

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

65 Zie bijv. Pajmans 2013, p. 45.

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

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

68 Noorlander 2005, p. 264.

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

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

Onderwijsovereenkomst wettelijk regelen?

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

69 Noorlander 2005, p. 261.

70 Noorlander 2005, p. 251.

71 Noorlander 2005, p. 252.

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

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

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

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

72 Huisman 2006b, p. 66, nt. 43.

73 Huisman 2006a, p. 43.

74 Huisman 2006a, p. 37.

75 Huisman 2006a, p. 43.

76 Zie voor de visie van Sperling, Sperling 2009, p. 61-62 en p. 164.

77 Zie voor de visie van Pajmans, Pajmans 2013, p. 48-49.

Stand van het debat en contractueel uitgangspunt

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

1.5 VRAAGSTELLING, DOELSTELLING EN AFBAKENING: DE OVEREENKOMST ALS UITGANGSPUNT

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

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

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

- *Totstandkoming*: Hoe komt een onderwijsovereenkomst tot stand, in acht nemende de leerplicht en de werkwijze in het onderwijs omtrent aanmelding, toelating, inschrijving en plaatsing van een kind? Wie is er partij bij een onderwijsovereenkomst en hoe is dat te bepalen?
- *Inhoud*: Hoe kan worden vastgesteld wat de inhoud van een onderwijsovereenkomst is? En hoe verhoudt toepassing van het contractenrechtelijk kader hiervoor zich tot publiekrechtelijke onderwijswetgeving?
- *Opschorting*: Kan de bevoegdheid tot opschorting van een verplichting uit een onderwijsovereenkomst worden gebruikt? Zo ja, in hoeverre? Hoe

verhoudt dit middel zich tot het instrument van schorsing dat in onderwijs-wetgeving is opgenomen?

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

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

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

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

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

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

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

1.6 VERANTWOORDING EN METHODE

Het onderzoek is als juridisch-dogmatisch te bestempelen.⁸³ Ik maak gebruik van drie klassieke bronnen: wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur. Ontegenzeggelijk is er sprake van een wisselwerking tussen het algemene vermogensrecht enerzijds en het publieke onderwijsrecht anderzijds. Er wordt daarom niet alleen gekeken naar het algemene vermogensrecht zoals dat is neergelegd in wetgeving en jurisprudentie en beschreven in de literatuur, maar ook naar het publieke onderwijsrecht zoals neergelegd in elk van die drie bronnen. Het onderzoek is daarbij toegespitst op de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs⁸⁴ en het Inrichtingsbesluit Wvo.⁸⁵

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

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

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

83 Zie hierover Vranken 2014.

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

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

Bij elk contractenrechtelijk leerstuk wordt allereerst nagegaan wat het leerstuk inhoudt naar positief recht. Vervolgens transponeer ik het juridisch kader naar het onderwijs en ga ik na wat toepassing van dat kader in het onderwijs meebrengt, mede gelet op de publiekrechtelijke onderwijswet- en regelgeving, bestuursrechtelijke rechtspraak⁸⁶ en visies in de literatuur. Het resultaat wordt vergeleken met uitspraken van de civiele rechter op het gebied van het onderwijs. Aldus wordt niet alleen inzichtelijk gemaakt hoe leerstukken van contractenrecht zouden kunnen werken in het onderwijs maar ook of en zo ja hoe zij dit in de praktijk – blijkens de jurisprudentie – doen, en of de toepassing van nut kan zijn bij de aanpak en beoordeling van geschillen tussen leerling, ouders en school in de toekomst.

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

1.7 PLAN VAN BEHANDELING

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

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

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

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

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

87 S. Voskamp, ‘Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs’, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *De meerpartijenovereenkomst*, BWKJ deel 29, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 211-233. Deze bijdrage is grotendeels terug te vinden in hoofdstuk 2 van dit proefschrift.

S. Voskamp, ‘Opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW toegepast in verhouding onderwijsinstelling en leerling’, *Overmeester* 2016/1, p. 16-20; S. Voskamp, ‘Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?’, in: J. Hijma (red.), *Een kwart eeuw – privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. Mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 425-451; S. Voskamp, ‘De opschortingsbevoegdheid in het onderwijs’, *NTBR* 2017/31, p. 212-219. Deze bijdragen over de opschortingsbevoegdheid zijn terug te vinden en hierop is voortgebouwd in hoofdstuk 4 van dit proefschrift.

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

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

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

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

1.8 TERMINOLOGIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

