



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

2 | Totstandkoming van een onderwijsovereenkomst: hoe en tussen wie?

2.1 INLEIDING

Vanwege de slechte relatie tussen moeder en zoon, trekt de zoon tegen de zin van de moeder, in bij het gezin van een vriend. Zijn school, het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium, onderhoudt vervolgens contact met de 'nieuwe verzorgers' en overlegt niet langer met de moeder. De school verschaft wel enige informatie aan haar, waaronder het bericht dat een andere school bereid is gevonden de zoon een sprintopleiding op havo-niveau te bieden. De zoon krijgt vervolgens uitschrijfformulieren mee, te ondertekenen door zijn moeder. De zoon laat de uitschrijfformulieren en de inschrijfformulieren voor de nieuwe school echter ondertekenen door zijn nieuwe verzorgers. Hij gaat havo volgen en haalt zijn diploma, waarna hij aan een hbo-opleiding begint. De moeder voelt zich tekortgedaan en vordert bij de rechtbank onder meer een verklaring voor recht dat de school toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met haar – ten behoeve van haar zoon – gesloten onderwijsovereenkomst. De moeder verwijt de school dat zij onvoldoende is geïnformeerd over de ontwikkelingen van haar zoon en dat de school haar zoon zonder haar toestemming heeft uitgeschreven.¹

Deze casus roept de vraag op wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst. Daarmee verband houdend rijst de vraag hoe een onderwijsovereenkomst tot stand komt. Om als eerste deze laatste vraag te beantwoorden zal ik kort stil staan bij de vraag hoe een overeenkomst in algemene zin tot stand komt (par. 2.2). In het onderwijs is sprake van een werkwijze die een aanmelding, toelating, inschrijving en plaatsing van een leerling kent (par. 2.3). Hoe ziet de totstandkoming eruit wanneer deze werkwijze in acht wordt genomen? Vanuit contractenrechtelijk oogpunt is interessant dat kinderen verplicht naar school moeten en dat scholen slechts beperkt de mogelijkheid hebben om kinderen te weigeren. Deze beperking van de contractsvrijheid hoeft evenwel aan de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst niet in de weg te staan (par. 2.4).

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

Tussen wie geldt een onderwijsovereenkomst? Aan de ene kant staat de school.² Dat spreekt in de regel vanzelf.³ Maar wie staat er aan de andere kant: is, de besproken casus als voorbeeld nemend, de moeder partij, de zoon of zijn beiden dit? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden vastgesteld in welke hoedanigheid de moeder heeft gehandeld. Handelt zij voor zichzelf (*pro se*), of handelt zij namens haar zoon (als wettelijk vertegenwoordiger, *q.q.*), of handelt zij in beide hoedanigheden tegelijk? Bij de totstandkoming van de onderwijsovereenkomst is de moeder zeker *handelende* partij, hetzij voor zichzelf, hetzij in verband met de minderjarigheid en handelingsonbekwaamheid van haar zoon. 'Partij' vat ik evenwel op als degene die door de overeenkomst wordt getroffen ofwel gebonden, die rechten en verplichtingen aan de overeenkomst kan ontlelen.⁴ Dan staat de positie van de moeder en zoon niet bij voorbaat vast.

Denkbaar is dat sprake is van een meerpartijenovereenkomst, tussen school, moeder en zoon. Hoe wordt bepaald wie partij is, in het bijzonder in onderwijsverhoudingen? Deze vraag is van belang aangezien het relevant is te weten ten opzichte van wie de overeenkomst rechten en verplichtingen schept. Wie kan zich in de 'meerpartijencirkel' waarop beroepen; kan een moeder zich *pro se* beroepen op een verplichting die de school jegens het kind zou hebben? Eveneens is voor een school van belang vooraf te weten wat er van haar kan

2 Preciezer gezegd: de rechtspersoon die de school in stand houdt. Bij een bijzondere school is de natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt als partij aan te wijzen, de vereniging of de stichting, die gebonden raakt door middel van vertegenwoordiging door haar bestuur (vertegenwoordigingsregels Boek 2 BW, zie art. 2:45 en 2:292 BW). Bij een openbare school zijn er meerdere mogelijkheden, wel is het telkens de rechtspersoon die de openbare school in stand houdt die als partij is aan te wijzen. In geval van instandhouding door de gemeente zal deze gemeente partij worden, ook al neemt het bevoegd gezag de beslissing over toelating, zij valt onder de rechtspersoonlijkheid van de gemeente (vgl. art. 1:1 lid 4 Awb). In geval van een openbare rechtspersoon zal deze rechtspersoon als partij aan te merken zijn (ter zijde: het bevoegd gezag hiervan valt samen met de openbare rechtspersoon (zie art. 1 Wpo en art. 1 Wvo)). Betreft het een openbare school die in stand gehouden wordt door een stichting, dan is deze stichting als privaatrechtelijke rechtspersoon als partij aan te merken (ter zijde, hier valt eveneens volgens de onderwijswetgeving het bevoegd gezag van de stichting samen met de stichting zelf). De rechtspersoonlijkheid bezittende instandhouder is derhalve aan de zijde van de school als partij bij een onderwijsovereenkomst aan te merken. Zie over deze terminologie nader par. 1.8.

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

4 Het onderscheid tussen degene die de handeling verricht en degene die gebonden is, ontleen ik o.a. aan: Witteman 1932, p. 410; Dit onderscheid hangt samen met de twee kanten die het begrip overeenkomst kent (de verbintenisscheppende handeling en het resultaat, de uiteindelijke rechtsverhouding): Köster noemt de begrippen overeenkomst en rechtshandeling afgeleid uit een Engelse bron, een *Janus woord*: woorden die in het algemeen tweërlei functies kunnen vervullen, Köster 1979, p. 210. Hijma noemt het een term met twee gezichten, Hijma 2016, nr. 8. Zie over verschillende betekenissen van het begrip partij ook Du Perron 1999, p. 37 e.v.; Ernes & Lamers 2012, p. 29.

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

Het is dus zeer relevant om te weten wie partij zijn bij de onderwijsovereenkomst. Ik beperk mij tot de voorfase: hoe kan er bepaald worden wie er partij zijn? Deze vraag wordt beantwoord vanuit het algemene vermogensrechtelijk kader, aan de hand van bekende arresten als *Kribbebijter* en *Baby Joost* (par. 2.5). Daarna transposeer ik dit kader naar het onderwijs (par. 2.6) en bekijk ik de onderwijsrechtelijke literatuur hierover (par. 2.7).

Vanuit de geschetste perspectieven – betreffende het totstandkomingskader van een onderwijsovereenkomst en het kader voor de vraag wie partij is bij een onderwijsovereenkomst – analyseer ik vervolgens de onderwijsrechtelijke jurisprudentie van de civiele rechter (par. 2.8). Mijn conclusie is dat de geschetste kaders ten aanzien van de totstandkoming en de vraag wie er partij is bij een overeenkomst kunnen worden gehanteerd in het onderwijs. Het laatste kader helpt de positie van betrokkenen vast te stellen en geeft aanleiding aan te nemen dat het kind partij wordt en in beginsel niet mede de ouders (par. 2.9).

2.2 ALGEMEEN VERMOGENSRECHTELIJK KADER: TOTSTANDKOMING OVEREENKOMST

Hoe komt een overeenkomst tot stand? Het antwoord hierop is terug te vinden in artikel 6:217 BW in combinatie met de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Een overeenkomst komt volgens artikel 6:217 BW tot stand door een aanbod en aanvaarding daarvan. Zowel aanbod als aanvaarding zijn rechtshandelingen; een overeenkomst wordt aangemerkt als een meerzijdige rechtshandeling (zie ook art. 6:213 lid 1 BW). Dat verklaart de link naar de artikelen 3:33 en 3:35 BW, de wilsvertrouwensleer, waarin de twee grondslagen voor het tot stand komen van een rechtshandeling staan opgenomen.

Artikel 3:33 BW brengt mee dat voor een rechtshandeling een op rechtsgevolg gerichte wil is vereist die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Komen wil en verklaring overeen dan komt de rechtshandeling, bijvoorbeeld het aanbod, tot stand. Bij discrepantie tussen wil en verklaring, als gevolg van bijvoorbeeld verspreking, verschrijving, vergissing of voor misverstand vatbaar/dubbelzinnig woordgebruik, komt in beginsel de rechtshandeling niet tot stand, want er is niet voldaan aan artikel 3:33 BW. Wel kan er alsnog geldig een rechtshandeling tot stand komen via artikel 3:35 BW. Aldus rijst de vraag of de wederpartij er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de verklaring gold als uiting van de wil. Mocht de wederpartij in de gegeven

omstandigheden de verklaring redelijkerwijs opvatten als verklaring van een bepaalde strekking dan kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil en komt de rechtshandeling dus alsnog tot stand.

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.⁵ De wil van beide partijen is hierbij gericht op het teweegbrengen van een bepaald rechtsgevolg. In praktijk is niet altijd even goed uit elkaar te houden wie het aanbod doet en wie de aanvaarding, desondanks werkt het stelsel van aanbod en aanvaarding. Soms zal er sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Dat is het geval wanneer het voorstel onvoldoende duidelijkheid geeft over de belangrijkste verplichtingen en dus niet alle essentiële elementen van de te sluiten overeenkomst bevat.⁶ Ook de persoon van de gegadigde kan van belang zijn.⁷ Op de uitnodiging kan een ander reageren door daadwerkelijk een aanbod te doen, dit aanbod kan vervolgens door degene die de ander hiertoe heeft uitgenodigd desgewenst worden aanvaard.

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*.⁸ Deze contractsvrijheid kan beperkt worden, bijvoorbeeld doordat de overheid ten aanzien van de inhoud van een bepaald contract met dwingende wetgeving ingrijpt om één van de partijen te beschermen. Ziet het ingrijpen 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.⁹ In deze zin wordt contractdwang aangemerkt als de verplichting te contracteren: het betreft een contracteerplicht.¹⁰ Uit de bespreking hierna zal blijken dat ook in het onderwijs sprake is of kan zijn van contractdwang. Contractdwang kan vervolgens ook de andere elementen van de contractsvrijheid – de vrijheid

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/9 en 119, 163, 164. Zoals Hijma & Olthof 2017, nr. 465 omschrijven, kan ook als op geen enkel moment daadwerkelijk wilsovereenstemming bestond – bijv. omdat een van de partijen de overeenkomst niet wilde maar de ander het tegendeel mocht aannemen (het eerder weergegeven gerechtvaardigd vertrouwen uit art. 3:35 BW) of omdat sprake is van een onherroepelijk aanbod dat wordt aanvaard op een moment waarop de aanbieder niet meer wilde – een overeenkomst tot stand zijn gekomen.

6 Nieuwenhuis 2015, p. 13; Hijma & Olthof 2017, nr. 466.

7 HR 10 april 1981, NJ 1981/532, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hofland/Hennis*).

8 Houben 2005, p. 2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

9 Houben 2005, p. 2. Zie over contractdwang ook Klik 1992.

10 Houben 2005, p. 3.

om te kiezen met wie en met welke inhoud er wordt gecontracteerd – beperken.

Contractsvrijheid ligt in het verlengde van het beginsel van partijautonomie.¹¹ Partijautonomie kan worden omschreven als het zelfbeschikkingsrecht van burgers en de mogelijkheid tot zelfontplooiing.¹² Dit zelfbeschikkingsrecht strekt zich niet alleen uit over het contractenrecht. De mogelijkheid overeenkomsten te sluiten biedt wel bij uitstek een manier voor iemand om zichzelf te ontplooiën.¹³

Om deze theorie op de relatie in het onderwijs toe te kunnen passen, is het relevant eerst de gang van zaken omtrent aanmelding, toelating (en de ruimte voor weigering), inschrijving en plaatsing in het onderwijs na te gaan.

2.3 AANMELDING, TOELATING, INSCHRIJVING, PLAATSING – WEIGERING

De Leerplichtwet brengt mee dat een kind op een school dient te worden ingeschreven (en dat de leerling de school na inschrijving geregeld dient te bezoeken, art. 2 Lpw). 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 plaats door de school en niet door de ouders of leerling.¹⁴ 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, maar het is de school die de leerling al dan niet inschrijft. De aanmelding levert kortom nog geen inschrijving op, het gaat om een verzoek tot toelating. Ouders zullen hiervoor gebruik maken van de door scholen beschikbaar gestelde aanmeldingsformulieren (die ook wel inschrijfformulieren worden genoemd).¹⁵ De aanmelding dient schriftelijk te gebeuren (art. 40 lid 2 Wpo en art. 27 lid 2a Wvo).

Het bevoegd gezag honoreert vervolgens al dan niet de aanmelding en beslist dus over de toelating van het kind (art. 40 lid 1 Wpo en art. 27 Wvo).

11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41; Houben 2005, p. 222. Zie over de verhouding tussen partijautonomie en contractsvrijheid Houben 2017, p. 602 (kader) onder verwijzing naar Vranken 2000, p. 146-149. Vranken bespreekt onder andere de visie van Nieskens-Isphording (in haar proefschrift Nieskens-Isphording 1991, p. 28 e.v.) en zet deze af tegen die van Nieuwenhuis (in zijn proefschrift Nieuwenhuis 1979, p. 6).

12 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

14 Storimans spreekt van een eigenaardig karakter van deze zorgplicht tot inschrijving, aangezien deze op (kort gezegd) de ouders rust terwijl de school degene is die al dan niet tot inschrijving over gaat, de ouder kan niet zelf bewerkstelligen dat hij aan de verplichting voldoet en geen strafbaar feit begaat, zie Storimans 2009 par. 2.3, p. 54.

15 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3 (MvT), p. 15 'Een schriftelijke aanmelding betekent meestal dat ouders een inschrijfformulier van de school waar zij zich aanmelden, invullen en ondertekenen.'

jo. art. 2 Inrichtingsbesluit Wvo). Wordt het kind toegelaten dan zal hij vervolgens als leerling van die school worden ingeschreven. In het openbaar onderwijs wordt, in tegenstelling tot het bijzonder onderwijs, de toelating of weigering van het kind als een besluit in de zin van de Awb aangemerkt. Wordt het kind toegelaten dan brengt deze beslissing zowel in het bijzonder als openbaar onderwijs het recht mee om als leerling te worden ingeschreven en om deel te nemen aan het onderwijs.¹⁶ De inschrijving van de leerling kan worden aangemerkt als administratieve handeling die een bevestiging is van het door de toelating in het leven geroepen recht op deelname aan het onderwijs.¹⁷ Tot slot zal het kind daadwerkelijk in een bepaalde groep of klas worden geplaatst waarin onderwijs gevolgd zal worden.¹⁸

Openbare en bijzondere scholen zijn niet geheel vrij in hun beslissing de leerling al dan niet toe te laten. Zo gelden er wettelijke voorwaarden waar de leerling aan moet voldoen. Artikel 39 lid 1 Wpo vereist voor toelating tot een basisschool dat de leerling de leeftijd van vier jaar heeft bereikt. Artikel 27 lid 1 jo. art. 3 (lid 1 onder a-c) Inrichtingsbesluit Wvo vereist dat de toe te laten leerling een bepaald niveau heeft, dat wil zeggen dat de directeur van de school waar de leerling van af komt oordeelt dat de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs in voldoende mate is gelegd, of dat de toe te laten leerling afkomstig is van een (speciale) school voor basisonderwijs en de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt. De beslissing om de leerling toe te laten wordt gebaseerd op het schooladvies (zie het tweede lid van art. 3 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 27 lid 1c Wvo).¹⁹ Het is in het primair noch voortgezet onderwijs toegestaan de toelating afhankelijk te stellen van een geldelijke bijdrage (art. 40 lid 1 Wpo en art. 27 lid 2 Wvo). Toelating kan verder pas plaatsvinden als de ouders of de leerling gegevens omtrent de naam, voorletters, geboortedatum, geslacht en het persoonsgebonden nummer hebben overgelegd (art. 40b Wpo en art. 27b Wvo).²⁰

Naast de wettelijke voorwaarden kunnen scholen binnen bepaalde grenzen zelf een toelatingsbeleid hanteren.²¹ Bijvoorbeeld ten aanzien van de grootte

16 Storimans 2009, p. 58.

17 Storimans 2009, p. 58.

18 Zie over de begrippen aanmelding, toelating, inschrijving en plaatsing Storimans 2009 par. 2.4, p. 57 e.v.; Huisman (red.) 2017, p. 123.

19 Art. 4 Inrichtingsbesluit Wvo regelt een aanvullende toelatingsvoorwaarde indien geen schooladvies is vastgesteld, dan kan de school een onderzoek naar de geschiktheid van de kandidaat afnemen. Volgens art. 6 Inrichtingsbesluit Wvo is er afwijking van de artikelen 3 en 4 mogelijk. Art. 8 Inrichtingsbesluit Wvo kent een bijzondere toelatingsvoorwaarde, te weten dat de school zich ervan gewist of het onderwijs voor de leerling het meest aangewezen is, gelet op de bijzondere aard en doelstelling van het desbetreffende onderwijs (het artikel verwijst naar art. 24 lid 5 Wvo, maar dat lid staat niet in de huidige Wvo).

20 Voor het voortgezet onderwijs regelt art. 27 lid 1a nog de eis dat een leerling de Nederlandse nationaliteit bezit dan wel de voorwaarden waaronder een vreemdeling kan worden toegelaten tot het voortgezet onderwijs.

21 Huisman & Noorlander 2009, par. 4.5, p. 113.

van de klassen en de opnamecapaciteit van de school; een school kan een kind weigeren omdat zij 'vol' is.²² Daarnaast kan de veiligheid van andere leerlingen reden zijn de leerling niet toe te laten. Scholen kunnen ook vergen dat ouders en leerlingen de grondslag van de school respecteren dan wel onderschrijven. Ook is het mogelijk dat een school een leerling met een extra ondersteuningsbehoefte de vereiste zorg niet kan bieden en hem daarom weigert (wel komt er op de school van aanmelding een zorgplicht te rusten om een andere passende plek voor het kind te vinden²³). Voorts is het toegestaan een spreidings-, schoolgrenzen- ofwel schoolwijkenbeleid te voeren.²⁴ De ruimte om leerlingen te weigeren betreft een geval van interne organisatorische huishouding van de school ofwel in onderwijstermen de (pedagogische en) organisatorische autonomie die een school toekomt.²⁵ Deze autonomie komt ook toe aan een openbare school. Voor wat betreft een bijzondere school wordt van de vrijheid van inrichting gesproken.²⁶

Desondanks blijft de mogelijkheid om leerlingen te weigeren voor *openbare* scholen beperkt gelet op het beginsel van algemene toegankelijkheid en van algemene beschikbaarheid van het openbaar onderwijs. Op grond van artikel 23 lid 3 Gw zal een openbare school een leerling niet op grond van zijn godsdienst of levensovertuiging mogen weigeren. Openbare scholen zijn toegankelijk zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing, zo volgt nader uit artikel 46 lid 2 Wpo en artikel 42 Wvo. Voor het openbaar onderwijs kan voor zover het de godsdienst of levensbeschouwing betreft van een toelatingsplicht of acceptatieplicht worden gesproken.²⁷ De gedachte hierachter is dat ouders niet gedwongen mogen worden om hun kind naar een bijzondere school te laten gaan. Daar komt bij dat de overheid op grond van artikel 23 lid 4 Gw gehouden is om in elke gemeente voldoende openbaar onderwijs

22 Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2005/06, 30 417, nr. 3, p. 3 (MvT): 'Scholen kunnen zelf zekere grenzen trekken dat de school (onderwijskundig, pedagogisch, ruimtetechnisch) <vol> is.'

23 Zorgplicht passend onderwijs, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3 (MvT), p. 11, 14, 17. Zie art. 40 lid 4 (met uitzondering in lid 5) Wpo, art. 27 lid 2c (met uitzondering in lid 2d) Wvo, art. 40 lid 5 (met uitzondering in lid 6) Wec. Geschillen hierover kunnen aan de Geschillencommissie Passend Onderwijs die hiervoor in het leven is geroepen worden voorgelegd. Zie 'Themabrief Toelating van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte', *Onderwijs geschillen* februari 2017; Sperling & Wigger 2016, p. 4-11.

24 Zie voor genoemde voorbeelden en mogelijke andere omstandigheden Huisman & Zoontjens 2009, p. 32; Huisman & Noorlander 2009, p. 113; Paijmans 2013, p. 50; Huisman (red.) 2017, p. 120 en 111. Zie art. 65 Wpo dat voor openbare scholen de mogelijkheid tot een schoolwijkenbeleid biedt.

25 Huisman & Mentink 2009, par. 3.1.3, p. 90-91; Huisman (red.) 2017, p. 120, 121.

26 Zie hierover nader p. 12-15 van Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013.

27 Huisman & Mentink 2009, p. 91; Paijmans 2013, p. 50.

aan te bieden.²⁸ Deze algemene beschikbaarheid wordt ook wel de garantie-functie van het openbaar onderwijs genoemd.²⁹ De algemene toegankelijkheid en algemene beschikbaarheid van het openbaar onderwijs tezamen brengen mee dat een leerling die voldoet aan de wettelijke voorwaarden in beginsel tot de openbare school moet worden toegelaten.³⁰ In beginsel want er kunnen zwaarwegende omstandigheden zijn die mogelijkheid tot weigering geven, te denken valt aan de in de alinea hiervoor gegeven voorbeelden; er rust dan ook geen absolute plicht tot toelating op een openbare school.³¹

Een *bijzondere* school heeft ten opzichte van een openbare school meer ruimte om te selecteren en kinderen toelating te weigeren. De mogelijkheid berust op de vrijheid van inrichting en richting die bijzondere scholen genieten.³² Zo kan de (pedagogisch-organisatorische) inrichtingsvrijheid meebrengen dat het kind op grond van zoals hiervoor genoemd bijvoorbeeld ruimtelijke overwegingen niet wordt toegelaten. Ook kunnen er eisen worden gesteld aan geschiktheid van leerlingen en bijvoorbeeld het minimumniveau waaraan leerlingen in het voortgezet onderwijs moeten voldoen. Anders dan in het openbaar onderwijs kunnen bijzondere scholen leerlingen daarnaast weigeren op religieuze gronden. De vrijheid van richting brengt namelijk mee dat bijzondere scholen van ouders kunnen vragen dat zij de richting of grondslag van de school onderschrijven. Doen ouders dit niet dan kan het kind worden geweigerd omdat zij een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging hebben die niet overeenstemt met die van de school.³³ Het *Maimonides*-arrest van de Hoge Raad – waaruit volgt dat een bijzondere school behoudens bijzondere omstandigheden een leerling op door de school gehanteerde religieuze toelatingsnormen de toegang kan weigeren – heeft hier te gelden.³⁴ Wel moet sprake zijn van een consistent aan de richting van de school ontleend toelatingsbeleid. De selectie mag voorts niet tot een ongerechtvaardigd ongelijke

28 Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2005/06, 30 417, nr. 3, p. (2 en) 3 (MvT): ‘Indien een gemeente openbare en pc-basisscholen telt, die allemaal zeggen <vol> te zijn, dan is een verschil tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs dat uiteindelijk uitbreiding van het openbaar onderwijs moet worden gerealiseerd en kan worden afgedwongen op basis van de grondwettelijke zorgplicht om te voorzien in voldoende openbaar onderwijs.’

29 Huisman & Mentink 2009, p. 93.

30 Zijn er in een gemeente meerdere openbare scholen aanwezig dan heeft een kind geen recht op toelating tot elk van deze scholen, maar het zal wel moeten worden toegelaten tot een school in de gemeente. Zie Huisman & Mentink 2009, p. 91.

31 Huisman & Mentink 2009, p. 94.

32 Dit zijn twee van de drie onderdelen van de vrijheid van onderwijs, de derde is de vrijheid van oprichting/stichting.

33 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 13.

34 HR 21 januari 1988, NJ 1988/891 (*Maimonides*).

behandeling of tot discriminatie leiden.³⁵ Ook de Awgb en met name artikel 7 lid 2 stelt grenzen aan de mogelijkheid leerlingen te weigeren.³⁶

De mogelijkheid tot weigering ofwel de selectievrijheid berustend op vrijheid van richting is dus niet onbegrensd. Daarnaast kunnen de artikelen 58 Wpo en 48 Wvo aan weigering op grond van godsdienst of levensbeschouwing in de weg staan: indien binnen een redelijke afstand van de woning van de leerling geen gelegenheid bestaat tot het volgen van openbaar onderwijs, mag de toelating tot de school niet geweigerd worden op grond van godsdienstige gezindheid of levensbeschouwing.

In 2005 is er een wetsvoorstel ingediend dat de positie van ouders in de vrije schoolkeuze wil versterken door een acceptatie- of toelatingsrecht in het leven te roepen zodra de ouders de levensbeschouwelijke grondslag van een school respecteren (dus niet is vereist dat zij de grondslag onderschrijven).³⁷ Dit brengt vervolgens een toelatings- of acceptatieplicht mee voor alle scholen, zowel in het bijzonder als openbaar onderwijs. Het voorstel is na meer dan een decennium nog steeds aanhangig maar niet aangenomen, dus vooralsnog geldt er een onderscheid tussen algemeen en bijzonder onderwijs dat kan worden getypeerd als 'in beginsel algemene toegankelijkheid' respectievelijk 'in beginsel beperkte toegankelijkheid'.

Kort samengevat brengt de Leerplichtwet mee dat kinderen verplicht naar school moeten. Wel zijn ouders 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 of levens-

35 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 13, die vervolgen met: 'Uit het Maimonidesarrest wordt wel afgeleid dat een weigering tot toelating door het bestuur van een bijzondere school wil zij gerechtvaardigd zijn, aan twee voorwaarden moet voldoen. In de eerste plaats moet de grond tot weigering overeenstemmen met de in de statuten (...) neergelegde doelstellingsbepaling. In de tweede plaats moet er ook een toelatingsbeleid zijn gevoerd dat consistent is met de geformuleerde doelstelling.'

36 Art. 7 lid 2 Awgb luidt sinds 2015: 'Het eerste lid, onderdeel c, laat onverlet dat een instelling van bijzonder onderwijs bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of geslacht, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van het onderwijs een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Onderscheid op grond van geslacht is slechts toegestaan, indien voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van leerlingen mag worden verlangd en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.'

37 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 417, nr. 2 (Voorstel van wet) en nr. 3 (MvT). In september 2014 is een brief aan de kamer gestuurd waarin wordt aangegeven door welke (nieuwe) personen het wetsvoorstel wordt verdedigd, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 30 417, nr. 10. In april 2017 is het voortstel controversieel verklaard. Er is aan de Kamer voorgesteld het wetsvoorstel van de lijst van controversiële onderwerpen te halen. De behandeling ligt nog stil. Dit is terug te vinden op de website van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Vgl. in het mbo art. 8.1.1c Web toelatingsrecht voor studenten.

beschouwelijke grondslag). Daar komt in het voortgezet onderwijs bij dat er keuze is ten aanzien van het niveau waarop een leerling, mits geschikt, onderwijs volgt. Een openbare school is in beginsel algemeen toegankelijk en algemeen beschikbaar. Indien een aangemelde leerling voldoet aan de wettelijke voorwaarden en er geen beletsel bestaat op grond van een gevoerd toelatingsbeleid dan heeft de school de plicht om het kind als leerling te accepteren en is de mogelijkheid om de leerling niet toe te laten beperkt. Een bijzondere school is binnen de lijnen van de wettelijke voorwaarden vrij in het maken van een selectie, maar hier zitten wel bepaalde grenzen aan.

Wat brengt deze deels beperkte vrijheid aan de kant van leerling en ouders enerzijds en scholen anderzijds mee wanneer in termen van contract wordt gesproken? En hoe past het model van aanbod en aanvaarding in het onderwijs: kunnen de aanmelding en toelating van een leerling worden gezien in termen van aanbod en aanvaarding? Vormt wilsovereenstemming de basis voor de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst?

2.4 WILSOVEREENSTEMMING, BEPERKTE CONTRACTSVRIJHEID EN PARTIJAUTONOMIE IN HET ONDERWIJS

Het uitgangspunt in acht genomen dat van een contract in het onderwijs sprake is, kan de plicht tot inschrijving uitmondend in een verzoek tot toelating en het al dan niet verplicht toelaten uitmondend in inschrijving worden gezien in termen van (beperkte) contractsvrijheid. De leerplicht kan worden gezien als 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 keuze met welke school (ofwel de vrijheid te beslissen met wie) er gecontracteerd wordt is echter niet beperkt.

Ook openbare scholen ervaren contractdwang, aangezien zij in vergaande mate gehouden zijn het kind toe te laten. De contractdwang brengt hier tevens een beperking in de keuze met wie te contracteren mee. Op openbare scholen rust in beginsel een (contracteerplicht in de zin van) acceptatieplicht wanneer er zich een leerling meldt die voldoet aan de wettelijke voorwaarden. Zij kunnen niet weigeren de overeenkomst aan te gaan. Anders is dit daar waar een openbare school de mogelijkheid heeft op basis van een toelatingsbeleid toelating te weigeren; deze acceptatieplicht is dus niet absoluut. En dus is er niet in iedere situatie sprake van contractdwang.

Bij een bijzondere school zal minder snel van contractdwang worden gesproken nu haar selectievrijheid en daarmee contractsvrijheid toekomt.³⁸

38 Noorlander geeft in het kader van het bijzonder onderwijs aan dat een gebrek aan contractsvrijheid niet aan de orde is (en dat dit dus geen argument kan zijn tegen de onderwijsovereenkomst in het bijzonder onderwijs), Noorlander 2005, p. 276-277.

Onder omstandigheden kan echter ook op een bijzondere school een contracteerplicht rusten, bijvoorbeeld vanwege het zich voordoen van discriminatie in een specifiek geval. De contracteerplicht beperkt in een dergelijk geval niet alleen de keuze wel of niet een overeenkomst aan te gaan, maar houdt ook in dat de vrijheid van keuze met wie er wordt gecontracteerd, is beperkt. De bijzondere school zal immers moeten contracteren met degene die zij op discriminatoire gronden de toegang had geweigerd.

Kortom, zowel aan de zijde van de ouders als de school is de contractsvrijheid (soms) beperkt en kan er in die gevallen worden gesproken van contractdwang.

Ik sta bij deze beperkte contractsvrijheid stil aangezien er in de onderwijsrechtelijke literatuur geredeneerd lijkt te worden dat deze beperkte vrijheid meebrengt dat er geen wilsovereenstemming kan bestaan en dat dus van een overeenkomst geen sprake kan zijn. Snel en Postma menen dat, aangezien er aan de kant van de ouders en de leerling weinig ruimte is om de eigen 'wil' te bepalen en er voor een openbare school 'geen enkele ruimte wordt gelaten voor een op rechtsgevolg gerichte privaatrechtelijke wil', er in het openbaar onderwijs van 'wilsovereenstemming in de relatie tussen ouders en/of leerling en de gemeente geen sprake is'.³⁹ Zij menen kennelijk dat er een absolute toelatingsplicht op openbare scholen rust en concluderen:

'Waar de 'wil' van ten minste één van de daarbij betrokken partijen terzake van het aangaan, de duur en de tussentijdse beëindiging van een relatie volstrekt door het publiekrecht wordt beheerst, kan naar ons inzicht niet worden gesproken van een 'overeenkomst' in de zin van boek 6 BW, nu aan de meest essentiële bestaansvoorwaarde daarvoor niet is voldaan.'⁴⁰

Ook Pajmans merkt zowel voor het openbaar als bijzonder onderwijs op dat deze 'wilsovereenstemming gezien de zeer beperkte contractsvrijheid van beide partijen in het onderwijsveld problematisch is'.⁴¹

De regering heeft daarentegen in het aannemen van wilsovereenstemming in het bijzonder onderwijs geen problemen gezien:

'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

39 Snel & Postma 1999, p. 65 en 66. Zie ook: Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 107-108.

40 Snel & Postma 1999, p. 66.

41 Pajmans 2013, p. 46.

de ondergetekenden een overeenkomst (naar burgerlijk recht) tot stand gekomen.’⁴²
[cursivering: sv]

Voor het openbaar onderwijs laat de regering de kwalificatie van de rechtsverhouding, en daarmee de vraag of sprake is van wilsovereenstemming, open omdat niet geheel duidelijk is – in rechtspraak en literatuur – of sprake is van een overeenkomst of andere rechtsbetrekking.⁴³

In navolging van Houben meen ik dat beperking van de contractsvrijheid of contractdwang niet in de weg staat aan de geldigheid van een overeenkomst en geen inbreuk maakt op het element van wilsovereenstemming.⁴⁴ Kijkend naar de totstandkoming van overeenkomsten en teruggrijpend op de artikelen 3:33 en 3:35 BW, kan wel degelijk een geldige rechtshandeling op grond van artikel 3:33 BW ontstaan. De wil en verklaring kunnen ondanks het feit dat de wil gestuurd wordt zeer wel overeenstemmen. Bijvoorbeeld omdat iemand ongeacht de dwang de wil ook had. Maar ook indien de wil voortkomt uit de dwang kunnen wil en verklaring overeenstemmen. Houben merkt in dit kader op dat ‘de wil zoals die vereist wordt in artikel 3:33 BW niets anders betekent dan dat iemand een verklaring aflegt zoals hij die bedoelt’.⁴⁵ Er is geen sprake van discrepantie tussen wil en verklaring, het betreft geen geval van verschrijving of vergissing. De verklaring van degene die contractdwang ervaart, stemt wel overeen met zijn wil, ondanks het feit dat die wil gestuurd is of is ingegeven door gehoor te geven aan de dwang, zodat er van een geldig aanbod kan worden gesproken. Wordt het aanbod aanvaard, dan zullen ook bij de aanvaarding de wil en verklaring overeenstemmen, ondanks het feit dat de partij gedwongen wordt te aanvaarden. Beperkte contractsvrijheid staat aan het aannemen van wilsovereenstemming en derhalve aan het tot stand komen van een contract niet in de weg. Aan de regels uit de artikelen 6:217 en 3:33 BW kan aldus wel degelijk worden voldaan.

Ook in het onderwijs houdt de redenering dat daar waar de wil wordt opgelegd geen sprake kan zijn van wilsovereenstemming en dus niet van een onderwijsovereenkomst, mijns inziens geen stand.⁴⁶ Voor wat betreft de verhouding in het onderwijs kan worden volgehouden dat de wilsovereenstem-

42 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, 6, p. 53 (MvA). Vooruitlopend op de vraag naar wie er partij is: De regering werd de vraag gesteld of er sprake is van een overeenkomst tussen ouders en school, nadat een leerling is aangemeld en ingeschreven. Uit het geciteerde antwoord blijkt dat er niet expliciet wordt aangegeven wie er als partij is aan te merken.

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

44 Houben 2005, p. 219-222.

45 Houben 2005, p. 220. De wil is ook niet gebrekkig gevormd, er is dan ook geen sprake van wilsgebreken, zie hierover Houben 2005, p. 248.

46 Tjong Tjin Tai schrijft over de onderwijsovereenkomst en wilsovereenstemming: ‘Er is wilsovereenstemming: een kind kan niet tegen diens wil althans de wil van de ouders worden ingeschreven, en kan ook niet tegen de wil van de school in onderwijs verkrijgen (behalve op grond van een rechterlijk vonnis)’, zie Tjong Tjin Tai 2017, p. 556.

ming aanwezig kan zijn;⁴⁷ dat deze wil mogelijk gestuurd is omdat ouders en/of school 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.⁴⁸ Te denken valt aan de verplichte ziektekosten- of Wam-verzekering, deze plichten zijn – mutatis mutandis – te vergelijken met de leerplicht die het kind ondervindt. De contracteerplicht die zich uit in een acceptatieplicht van de school is te vergelijken met bijvoorbeeld de acceptatieplicht van de netbeheerder.⁴⁹ Dat een contracteerplicht in het onderwijs aan het aannemen van een onderwijsovereenkomst in de weg zou staan, zie ik dan ook niet in.⁵⁰

Een andere vraag is of het uitgangspunt van contractsvrijheid dat in het verlengde ligt van partijautonomie niet te zeer in de knel komt wanneer de wil wordt opgelegd. Botst de contractdwang niet te zeer met het uitgangspunt van contractsvrijheid dat de mogelijkheid biedt tot zelfontplooiing? Op dit meer fundamentele niveau dat het zelfbeschikkingsrecht van burgers raakt, kan dus de vraag rijzen of een partij nog wel voldoende in staat is zelf zijn vrije wil te bepalen of dat deze vrijheid te zeer wordt beperkt.⁵¹ De vraag ziet dan op de rechtvaardiging en de ratio van de contractdwang en dus de beperking van de contractsvrijheid.⁵² Dit is een andere vraag dan de vraag of een overeenkomst onder invloed van beperkte contractsvrijheid geldig tot stand komt volgens de regels van artikel 6:217 BW. De contractsvrijheid is niet absoluut. De rechtvaardiging van de contractdwang aan de zijde van de ouders en kinderen kan worden gevonden in het maatschappelijk belang: voor een opgeleide samenleving is vereist dat kinderen naar school gaan. De waarborgfunctie die uitgaat van de algemene toegankelijkheid en beschikbaarheid van openbare scholen brengt op haar beurt een rechtvaardiging van het beperken

47 Ook Noorlander meent dat van wilsovereenstemming bij de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst sprake is en gaat vervolgens voor wat betreft het openbaar onderwijs in op de (beperking van de) contractsvrijheid, Noorlander 2005, p. 250.

48 Tjong Tjin Tai 2017, p. 556 merkt in dit kader op: 'Dat de aanleiding hiervan [van een onderwijsovereenkomst; SV] is gelegen in een wettelijke verplichting doet daar niet aan af: een autobezitter moet ook een verzekering afsluiten, maar het lijdt geen twijfel dat de relatie met de gekozen verzekeraar een overeenkomst is.'

49 Zie hierover Houben 2005, hoofdstuk 2.

50 Vgl. in het mbo art. 8.1.1c Web over het recht op toelating tot een basisberoeps-, vak-, middenkader- en specialistenopleiding (Stb. 2016, 362; Stb. 2017, 27). Dit toelatingsrecht is eveneens in termen van contractdwang te zien; een instelling is (onder omstandigheden) gehouden of verplicht de aspirant-leerling toe te laten en aldus een onderwijsovereenkomst te sluiten. Over het toelatingsrecht en de verhouding met de onderwijskundige inrichtingsvrijheid kritisch Lathouwers & Van Schoonhoven 2017, p. 98-119.

51 Zie hierover Houben 2005, p. 221.

52 Houben 2005 p. 221. Zie ook Noorlander 2005, p. 251.

van de mogelijkheid tot het weigeren van leerlingen mee.⁵³ In bepaalde omstandigheden wordt het ook gerechtvaardigd geacht om een bijzondere school te beperken in haar selectievrijheid.

Tot slot sta ik stil bij het model van aanbod en aanvaarding in het onderwijs: hoe kan in termen van aanbod en aanvaarding de aanmelding en toelating van een leerling eruit zien? Het antwoord op deze vraag is van belang om te bepalen wat het moment van het ontstaan van de overeenkomst is, omdat vanaf dat moment partijen gebonden zijn. In de context van het onderwijs zal in veel gevallen kunnen worden aangenomen dat een school een uitnodiging doet tot het doen van een aanbod. Zo brengt zij bijvoorbeeld via het schoolplan, de schoolgids en open dag haar onderwijskundige visie en aanbod onder de aandacht. De aanmelding van het kind, (mogelijk mede) gedaan door de ouders, kan als het aanbod worden gezien. De school kan de leerling vervolgens toelaten, om het kind daarna als leerling in te schrijven. In de toelating kan de aanvaarding worden herkend, deze toelating zal aan ouders door middel van een mededeling worden geuit. De inschrijving kan als formaliteit of als uitvoeringshandeling worden gezien.⁵⁴ Op het moment dat het aanbod door de school wordt aanvaard en deze aanvaarding werking heeft (krachtens artikel 3:37 lid 3 BW op het moment dat de verklaring de ander bereikt) zal van wilsovereenstemming kunnen worden gesproken en komt de onderwijsovereenkomst tot stand.

Soms vraagt de school te verklaren dat de ouders hun kind niet bij andere scholen hebben aangemeld en soms vraagt de school juist bij welke andere scholen het kind reeds is aangemeld. Ouders die voor hun kinderen meerdere aanmeldingsformulieren invullen op verschillende scholen, zouden meerdere keren gebonden kunnen raken wanneer meerdere scholen hun kind toelaten. Theoretisch gezien zou er sprake van wanprestatie kunnen zijn wanneer de overeenkomst slechts met één school wordt nagekomen. Maar praktisch gezien zal het zo'n vaart niet lopen. Ouders kunnen of beter gezegd zullen moeten melden – bijvoorbeeld door middel van een telefoontje – dat hun kind toch naar een andere school gaat alvorens de school overgaat of eventueel nadat de school is overgegaan tot inschrijving. Dit is nodig zodat de school weet

53 Zie Noorlanders visie m.b.t. de rechtvaardiging van contractdwang in het openbaar onderwijs, Noorlander 2005, p. 251: 'Deze rechtvaardiging wordt bij het openbaar onderwijs naar mijn oordeel onder meer geleverd door de levensbeschouwelijke neutraliteit van het openbaar onderwijs, de garantiefunctie van het openbaar onderwijs en door het gelijkheidsbeginsel. Het openbaar onderwijs is een algemeen beschikbare en algemeen toegankelijke basisvoorziening waartoe in beginsel iedere leerling dus ongeacht diens godsdienst of levensbeschouwing op basis van gelijkheid dient te worden toegelaten. Niemand dient te worden gedwongen om 'richting-onderwijs' te volgen.'

54 Vgl. Storimans 2009 die spreekt van een administratieve handeling, p. 58.

waar zij aan toe is. Te betogen valt dat zij een ruime mogelijkheid hebben de overeenkomst op te zeggen.⁵⁵

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

Wie is partij bij een overeenkomst? Voor het antwoord op deze vraag dient ook teruggegrepen te worden op de regels uit de artikelen 3:33 (wil en verklaring) en 3:35 (gerechtvaardigd vertrouwen) BW.⁵⁶ Op grond hiervan zijn het in eerste instantie partijen zelf die uitmaken wie tot elkaar in een contractuele rechtsverhouding komen te staan. Hun wilsverklaringen zijn in beginsel doorslaggevend. Indien echter na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat de wil niet met de verklaringen overeenstemde, komt het aan op het gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokken 'partijen'.

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

'(...) het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden; dat een bevestigend antwoord op deze vraag, die van feitelijke aard is, niet wordt uitgesloten door de omstandigheid dat die ander wist dat degene met wie hij handelde, dit ten behoeve van een opdrachtgever deed'.⁵⁷

⁵⁵ Vgl. in dit kader Storimans over het einde van de inschrijving oftewel de uitschrijving en in het licht hiervan (het volgens Storimans op meerdere fronten problematische) art. 10 Lpw, Storimans 2009, par. 2.9, p. 78 e.v. Zie over opzegging hoofdstuk 5, m.n. par. 5.3.

⁵⁶ Blei Weissman, GS Verbintenissenrecht, 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2018). Is voor een wederpartij niet kenbaar dat iemand in naam van een ander handelt en wekt die 'iemand' de schijn dat met hemzelf de overeenkomst is gesloten, dan kan de wederpartij met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen trachten degene die handelt als partij bij de overeenkomst aan te merken. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/151; Parl. Gesch. Boek 3, p. 256 bij titel 3.3 in het kader van volmacht: 'Bij de vraag of door een tussenpersoon al of niet in naam van de opdrachtgever is gehandeld, gaat het erom of die tussenpersoon al of niet in naam van de wederpartij als gevolmachtigde of als partij is opgetreden, iets wat moet worden beoordeeld aan de hand van wat zich tussen de tussenpersoon en de wederpartij heeft afgespeeld, derhalve aan de hand van de artikelen 3.2.2. en 3.' De art. 3.2.2 en 3 verwijzen naar de art. 3:33 en 3:35 BW.

⁵⁷ HR 11 maart 1977, NJ 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*). Dit criterium toont gelijkenis met de formule uit het arrest *Bunde/Erckens* HR 17 december 1976, NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten ook wel het 'misverstand arrest' genoemd, dat een paar maanden voor

In het algemeen wordt wel als uitgangspunt genomen dat men ervan uit mag gaan te contracteren met degene met wie men zaken doet:

‘Het is (...) een goede en ook in de praktijk levende stelregel dat men in beginsel degene met wie men tot zaken is gekomen als wederpartij mag beschouwen, tenzij duidelijk is dat deze niet zichzelf maar een ander heeft verbonden.’⁵⁸

Sommige auteurs verdedigen de regel dat wie niet zichzelf wil verbinden maar een ander, duidelijk moet maken dat hij voor die ander handelt, of, anders gezegd, dat voor vertegenwoordigend handelen is vereist dat de handelende persoon zich als vertegenwoordiger voordoet.⁵⁹ In de paardenhandel kan het normaal zijn dat een commissionair niet in naam van de achterman handelt. Van een makelaar in onroerende zaken wordt aangenomen dat hij in de regel geen volmacht heeft om zijn achterman te binden.⁶⁰ Een zwangere

Kribbebijter door de Hoge Raad gewezen werd. Diverse schrijvers menen dan ook dat de partijvraag te beschouwen is als species van het genus misverstand, waarbij de partijvraag niet draait om de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen maar met wie. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/151; Blei Weissman GS Verbintenissenrecht, 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2018).

58 Parl. Gesch. Boek 3, p. 257 (NvW). Brunner merkt in zijn noot (sub 2) onder HR 16 april 1982, NJ 1983/309 (*Kemmeren/Hasfeld*) op dat de rechtbank en A-G Biegman-Hartogh van een dergelijke ‘regel’ uitgaan, aanknopen bij de passage uit de Nota van Wijziging. Brunner geeft aan dat deze ‘regel’ is ingegeven door de bestrijding van de leer van de bedekte vertegenwoordiging, waarin de wederpartij niet weet noch behoeft te weten met een tussenpersoon van doen te hebben. A-G ten Kate spreekt in zijn conclusie (sub 23 en 24) bij het arrest HR 13 januari 1989, NJ 1989/336 (*Polman/Gedo Weurt B.V.*) over de kenbaarheid van de vertegenwoordiging.

59 Van der Grinten en Kortmann gaan van een ‘hoofdregel’ uit dat de handelende persoon kenbaar voor de wederpartij als vertegenwoordiger moet hebben gehandeld, zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/75-76. Bloembergen en Van Schendel geven aan dat uitgangspunt *kan zijn* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie sub 2 noot van Bloembergen bij het arrest HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734 (*Baby Joost*) en Bloembergen & Van Schendel in Jac. Hijma e.a. 2016, nr. 91. Du Perron en Van Schaick zijn stelliger: in het kader van het *Kribbebijter*-criterium schrijft Du Perron dat uitgangspunt *is* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie Du Perron 1999, p. 40. Van Schaick stelt in het kader van handelen namens een achterman voorop: ‘Volgens de hoofdregel van het vermogensrecht handelt men ten behoeve en voor rekening van zichzelf’, zie Van Schaick 2011, p. 5.

60 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284, NJ 2010/664, m.nt. Jac. Hijma (*Wiggers/Sneek*). Dit geval betrof de hoedanigheid van de makelaar. Niet in het geding was of hij partij werd bij een koopovereenkomst, maar centraal stond de vraag in welke hoedanigheid hij had gehandeld: als bode en derhalve louter als instrument (doorgeefluik voor andermans verklaring) of als gevolmachtigde. Dit is van belang met het oog op instaan voor de volmacht ex art. 3:70 BW. De Hoge Raad trekt het *Kribbebijter*-criterium door naar deze ‘hoedanigheidsvraag’ (zie noot Hijma sub 5). Andersom kan m.i. het in dit arrest gegeven ‘gezichtspunt’ doorgetrokken worden naar de ‘partijvraag’. Dit arrest geeft weer dat tot de omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen eveneens behoren: de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden, r.o.

vrouw die medische bijstand zoekt, sluit – mede gelet op de aard van de overeenkomst en hetgeen ten aanzien van overeenkomsten als die in het geding is in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is – een overeenkomst voor zichzelf.⁶¹

Toch past hier voorzichtigheid. Uit de context kan immers anders voortvloeien. Vandaar dat uiteindelijk alle omstandigheden van een geval in ogenschouw moeten worden genomen, voordat kan worden bepaald wie partij wordt geacht te zijn.⁶² Daarbij kunnen de volgende gezichtspunten een rol spelen: de inzichten en verwachtingen in de kring van personen waartoe de desbetreffende partijen behoren,⁶³ als ook maatschappelijke patronen en verwachtingen.⁶⁴

Het *Kribbebijter*-criterium wordt gevolgd in het arrest *Baby Joost*, waarin de vraag aan de orde kwam wie partij zijn bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst als het gaat om de behandeling van een minderjarig kind.⁶⁵ Aangezien de betrokken ‘partijen’ in deze uitspraak – arts, kind, ouders – een zekere gelijkenis vertonen met de situatie in onderwijsverband – school, kind, ouders – zal bij deze uitspraak uitgebreid stil worden gestaan.

Joost – een baby van een paar maanden – werd ter behandeling van een liesbreuk opgenomen in het ziekenhuis. Als gevolg van fouten tijdens de operatie is Joost lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt geraakt. In een overeenkomst is met de aansprakelijke artsen de door Joost geleden schade afgewikkeld. Daarnaast is er vanwege ondeskundige bijstand van rechtshulpverlener de Consumentenbond vervolgens nog een bedrag aan schade uitgekeerd voor Joost. De ouders van Joost vorderden in de procedure echter

3.3.1. Hijma merkt hierover op dat deze twee factoren – nu zij in wezen slechts de vraag weergeven ‘in welke hoedanigheid heeft de onderzochte persoon, gezien de context van het geval gehandeld?’ – niet veel houvast opleveren.

- 61 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.12. De Hoge Raad past hier het *Kribbebijter*-criterium toe en overweegt vervolgens in het kort, dat in naam van Kelly zou kunnen zijn gehandeld aangezien het kind, wanneer het belang dit vordert, als geboren kan worden aangemerkt, maar bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel brengt de aard van de overeenkomst gesloten ter begeleiding van de zwangerschap in beginsel mee dat de aanstaande moeder deze uitsluitend voor zichzelf sluit. Met verwijzing vgl. HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*).
- 62 Voor andere toepassingen van het *Kribbebijter*-criterium: HR 20 mei 1988, NJ 1988/781; HR 29 januari 1993, NJ 1994/172; HR 28 juni 1996, NJ 1997/494; HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, NJ 2004/506; HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, NJ 2005/576.
- 63 HR 18 november 1983, NJ 1984/345 (*Shu/Lam*), r.o. 3.2. Shu en Lam zijn beide Chinezen, in geschil was bij wie Shu in dienst trad. Dat gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd geen rol zouden mogen spelen bij de vraag wat zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden, gaf volgens de Hoge Raad blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
- 64 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer) sub 2.7.
- 65 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*).

materiële en immateriële schade die zij zélf – als contractspartij – hebben geleden. De ouders stelden zich op het standpunt dat zij niet alleen namens Joost de behandelingsovereenkomst hebben gesloten, maar tevens voor henzelf, in eigen naam. Zij gingen derhalve uit van een meerpartijenovereenkomst. De centrale vraag was dan ook of de ouders bij het sluiten van de behandelingsovereenkomst als wettelijke vertegenwoordiger in naam van het kind (*q.q.*) hebben gehandeld, dan wel mede in eigen naam (*pro se*).

De rechtbank ging met de ouders mee en nam aan dat zij naast Joost partij waren bij de behandelingsovereenkomst doordat zij ter voldoening aan hun eigen verplichting uit artikel 1:245 BW (thans 1:247 BW) er belang bij hadden dat de behandeling naar behoren werd uitgevoerd en doordat zij een zelfstandig belang hadden bij een gezond kind. De rechtbank voegde hier nog aan toe dat ‘elke arts die een overeenkomst aangaat met de ouders van een zeer jeugdig kind, kan en moet begrijpen dat hij ook met de ouders *pro se* een overeenkomst aangaat’.⁶⁶ Het hof kwam tot een andere conclusie. Startpunt van zijn redenering was in de woorden van de Hoge Raad:

‘dat dient te worden vastgesteld of in het licht van de algemene regels met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten, grond bestaat voor het oordeel dat de ouders *pro se* met W. c.s. hebben gecontracteerd. Daarbij gaat het Hof klaarblijkelijk (...) ervan uit dat het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden dan wel in naam van een derde – in welk geval deze derde wederpartij van evenbedoelde ander wordt – afhangt van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.’⁶⁷

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

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

Hoe paste het hof dit criterium toe? Het nam als uitgangspunt dat wettelijk vertegenwoordigers van een minderjarige die met hun kind bij de arts komen en een overeenkomst sluiten dit doen uit naam van de minderjarige, juist

⁶⁶ Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJK* 1995, 35, r.o. 7.

⁶⁷ HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.4.

omdat diens minderjarigheid – zeker bij een baby – er toe noopt dat zijn in het geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden.⁶⁸ Op de wettelijke vertegenwoordigers rust terzake bovendien een wettelijke zorgplicht, aldus het hof. Het hof vervolgt:

‘In het licht van dit uitgangspunt bezien, is slechts sprake van een door de wettelijke vertegenwoordigers pro se met de arts gesloten overeenkomst, indien de arts – behalve de aan de ouders *q.q.* aangeboden prestatie tot behandeling van de minderjarige – tevens een (daarvan) te onderscheiden prestatie aan de wettelijk vertegenwoordigers pro se heeft aangeboden en deze is aanvaard, hetzij doordat een en ander met zoveel woorden door partijen is besproken, hetzij doordat dat aanbod en die aanvaarding overigens uit de omstandigheden van het geval moeten worden afgeleid.’⁶⁹

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

‘Het valt niet in te zien waarom ouders die een minderjarige ter behandeling aan een arts aanbieden en dienaangaande met de arts een overeenkomst sluiten, slechts pro se met de arts contracteren, indien de arts zich tegenover hen tot een van de behandeling van de minderjarige te onderscheiden prestatie hebben verbonden.’⁷⁰

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

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

68 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.4. Zie ook Bloembergen in zijn noot sub 2; Bloembergen & Van Schendel in Jac. Hijma e.a. 2016, nr. 91.

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

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

*van wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden – de wederpartij(en) ervan mocht(en) uitgaan dat de ouders de overeenkomst, als wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, uitsluitend in naam van dat kind sloten. Het Hof acht kennelijk onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die de conclusie (zouden) rechtvaardigen dat de ouders de medische behandelingsovereenkomst mede voor zichzelf zijn aangegaan.*⁷¹ [cursivering: sv]

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

De Hoge Raad ziet hierbij niet over het hoofd dat ouders een eigen belang hebben bij de correcte nakoming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst. De enkele aanwezigheid van zo'n belang is niet voldoende om de ouders tot partij bij de overeenkomst te maken, aldus de Hoge Raad.⁷² Terecht, zeg ik advocaat-generaal Langemeijer na, omdat een ouder de hoedanigheid van contractpartij niet nodig heeft om zijn taak als ouder te vervullen.⁷³

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

'Zoals de eigenaar van een bedrijf feitelijk niet in staat is alle contracten zelf te sluiten en mensen in zijn bedrijf voor hem contracteren, zo is een kind wegens zijn handelingsonbekwaamheid niet in staat zelf een overeenkomst over de eigen

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

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

73 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer), sub 2.14 en 2.15. Langemeijer werkt het belang als volgt uit: het belang om te kunnen voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht en het belang bij een gezond kind. Zie ook Sluiter & Ten Hoopen 1996, p. 152 (p. 149-156). Zie tevens hierover Strens-Meulemeester 1996, p. 6.

behandeling te sluiten en ligt het voor de hand dat de ouders die het kind ter behandeling aanbieden, namens hem optreden.⁷⁴

Bloembergen vindt de context van de winkel sprekender dan het enkel aanbieden van het kind ter behandeling. Hoewel het kan zijn dat ouders in twee hoedanigheden optreden, is dit volgens Bloembergen een ongebruikelijke situatie, die een wederpartij zonder bijzondere feiten of omstandigheden die in die richting wijzen niet behoeft te verwachten.⁷⁵ Volgens Bloembergen kan de 'vuistregel' doorgetrokken worden naar andere overeenkomsten die ouders sluiten voor hun kinderen: zo geldt deze volgens hem in ieder geval voor behandelingsovereenkomsten waarbij ouders hun minderjarig kind en zeker een zeer jeugdig kind ter behandeling aanbieden, maar waarschijnlijk ook bij andere overeenkomsten van opdracht: te denken valt aan de peuterspeelzaal, judo en zwembles.⁷⁶

En in de context van een school?

2.6 HET *BABY JOOST*-CRITERIUM IN HET ONDERWIJS

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

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

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

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

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

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

(iii) Om te voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht, resp. om tegemoet te komen aan het eigen belang van de ouders bij een gezond kind, is het niet nodig dat de ouders zélf als partij tot de overeenkomst toetreden. Aan de verzorgingsplicht wordt immers voldaan en aan hun eigen belang bij een gezond kind kan tegemoet worden gekomen doordat de ouders als wettelijk vertegenwoordigers de behandelingsovereenkomst sluiten.⁷⁷

Zo kan ook van de onderwijsovereenkomst worden gezegd dat om te voldoen aan de eigen verzorgings- of opvoedingsplicht (ex art. 1:247 BW) dan wel om tegemoet te komen aan het belang van de ouders bij een goed onderwezen kind, niet nodig is dat ouders zelf partij zijn bij de overeenkomst. Hetzelfde geldt voor het voldoen aan de verplichting de leerling op school in te schrijven (ex art. 2 Lpw). Zij kunnen aan deze opvoedingsplicht of verplichting tot inschrijving voldoen door te handelen als wettelijk vertegenwoordiger en zodoende namens hun kind de overeenkomst te sluiten.⁷⁸ Met als resultaat dat, nu een minderjarige leerling gezien zijn leeftijd de overeenkomst nu eenmaal niet zelf kan sluiten, de ouders in hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers voor en namens hem optreden. In ieder geval het kind wordt dan partij. Dit sluit mooi aan bij het uitgangspunt van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), dat benadrukt dat het kind zelf subject of drager is van rechten.⁷⁹

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

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

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

78 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.

79 Vgl. art. 5 IVRK; Kamchedzera, 2012, bijv. p. 13,14; Blaak e.a. 2012.

Er zijn verschillende typen ouders: van zeer betrokken tot afzijdige ouders. De verwachtingen en inzichten omtrent de rol van de ouder in het schoolleven zullen dan ook vanzelfsprekend uiteenlopen.⁸⁰ Op het niveau van de politiek valt als 'maatschappelijk patroon' te ontwaren dat ouders betrokken dienen te zijn bij het schoolleven van hun kind. Er wordt zelfs gesproken over samenwerking en partnerschap tussen scholen en ouders.⁸¹ Ouderbetrokkenheid, ouderparticipatie, educatief partnerschap en school-oudercontracten duikelen over elkaar heen.⁸² Diverse rapporten zijn verschenen met als doel het stimuleren van samenwerking tussen ouders en scholen.⁸³ Hieraan zou, denkend aan de aard van de overeenkomst, nog kunnen worden toegevoegd dat de onderwijsverhouding in de regel zes tot acht jaren duurt en er sprake is van regelmatig contact en afstemming. Daarbij wordt wel eens het beeld geschetst dat scholen als het ware een deel van de verzorgings- en opvoedingstaak van de ouders (neergelegd in art. 1:247 lid 2 BW) feitelijk overnemen.⁸⁴ Dit alles zou de verwachtingen van ouders en school kunnen kleuren en wellicht tot gevolg kunnen hebben dat mag worden verondersteld dat ouders partij zijn bij de onderwijsovereenkomst.

Noodzakelijk is dit evenwel niet. Gelet op vele verschillende soorten betrokkenheid, die ook nog eens in de schoolcarrière van een kind kunnen wisselen in intensiteit, meen ik dat er aanleiding is de regel uit *Baby Joost* ook in het onderwijs te hanteren: wanneer ouders zich bij het aangaan van de onderwijsovereenkomst niet met zoveel woorden hebben uitgelaten of de ouders *pro se* dan wel *qualitate qua*, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden, zou de school er dan ook van uit mogen gaan dat de ouders als

80 Vgl. 'Ouders als partners', Onderwijsraad 2010, p. 53. Wellicht ten overvloede: het gaat niet om de rol die een ouder op het niveau van medezeggenschap kan hebben.

81 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 400-VIII, 162; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 750-VIII, 9 brief staatssecretaris van OCW betreffende 'SCP-rapport Samen scholen'; Herweijer & Vogels 2013, 'Samen scholen. Ouders en scholen over samenwerking in basisonderwijs, voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs'. De begrippen worden op diverse manieren ingevuld: 'Ouders als partners', Onderwijsraad 2010, p. 11 en Verbeek, De Vrije & Heldoorn 2011, 'Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder', p. 7-9; De Vries 2010, *Handboek ouders in de school*; De Vries 2013, *Ouderbetrokkenheid 3.0. Van informeren naar samenwerken*.

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

83 Bijv.: Herweijer & Vogels 2004, *Ouders over opvoeding en onderwijs*; 'Ouders als partners', Onderwijsraad 2010; Verbeek, De Vrije & Heldoorn 2011, 'Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder'; Smit e.a. 2012, *Beter presteren in Rotterdam. School en ouders samen*.

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

wettelijk vertegenwoordiger (derhalve *q.q.*) optraden. Aldus wordt alleen het kind partij bij de onderwijsovereenkomst, wanneer er niet anders wordt afgesproken. Op het moment dat ouders en scholen inderdaad beogen dat ouders partij zijn, doen zij er goed aan dit expliciet af te spreken.

Ook in internationaal verdragsrecht is er aandacht voor ouders. Zo luidt de tweede volzin van art. 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM, zoals vastgesteld in 1952: *'In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.'* Staten zijn verplicht de religieuze en filosofische overtuigingen te respecteren of anders gezegd ouders hebben recht op respect voor hun religieuze of filosofische overtuigingen. De positie van ouders mag dan ook niet worden veronachtzaamd. Indirect erkent het artikel het fundamentele recht van ouders op onderwijs conform hun eigen overtuigingen.⁸⁵ Hiermee is evenwel niet gezegd dat ouders ook een zelfstandige contractenrechtelijke positie moet toekomen. Aan het recht op onderwijs overeenkomstig eigen overtuigingen en opvattingen van ouders kan ook jegens de ouders worden voldaan in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger. Een ouder heeft de hoedanigheid van contractspartij dan ook niet nodig om zijn recht op onderwijs conform eigen overtuigingen te realiseren. De rechten en bevoegdheden van de ouders zijn overigens niet statisch. Uit artikel 5 IVRK, vastgesteld in 1989, volgt dat de rechten van ouders om het kind te leiden en begeleiden bij de uitoefening van bijvoorbeeld het recht op een bepaalde vorm van onderwijs verenigbaar moet zijn met de zich ontwikkelende vermogens van het kind. Het leerstuk van de vertegenwoordiging stelt ouders in staat de onderwijsovereenkomst te sluiten, in naam van het steeds zelfstandiger handelend kind.

2.7 VISIES IN DE LITERATUUR OMTRENT PARTIJEN BIJ ONDERWIJSOVEREENKOMST

Verschillende auteurs hebben de verhouding tussen school, ouders en kind als overeenkomst aangemerkt, in het bijzonder Noorlander en Sperling. Noorlander kwalificeert de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag, leerling en ouders in het bijzonder onderwijs en in het openbaar onderwijs als een civielrechtelijke respectievelijk publiekrechtelijke overeenkomst.⁸⁶ In beide gevallen neemt Noorlander aan dat op het moment dat ouders hun minderjarige handelingsonbekwame kind op een school inschrijven zij als wettelijk vertegenwoordiger namens het kind handelen waardoor het kind partij is bij de overeenkomst:

⁸⁵ Vgl. Coomans 1992, p. 179.

⁸⁶ Noorlander 2005, hoofdstuk 10. Zie voor zijn precisering van de contractspartij aan de kant van de school, p. 285.

‘(...) de minderjarige leerling [wordt] op het moment van toelating volgend op de inschrijving partij bij de hieruit resulterende (...) onderwijsovereenkomst en niet diens ouders of de voogd. De ouders/voogd treden namelijk op als vertegenwoordiger van de handelingsonbekwame minderjarige.’⁸⁷

Concluderend merkt Noorlander echter op dat de rechtsverhouding tussen bevoegd gezag, leerling en ouders als overeenkomst kan worden gekwalificeerd.⁸⁸ Gezien de hieraan voorafgaande precisering van de contractspartijen door Noorlander ga ik er echter vanuit dat hij de ouders niet voor zichzelf partij bij de overeenkomst acht.

De belangrijkste elementen van de overeenkomst zijn volgens Noorlander dat de school zich verbindt om de leerling deel te laten nemen aan het onderwijs en de toetsen, kwalitatief behoorlijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te treffen ter waarborging van de veiligheid van de leerling. De leerling verbindt zich in Noorlanders optiek om deel te nemen aan de lessen en zich te onthouden van gedrag dat een verstoring op kan leveren voor de orde binnen de onderwijsinstelling.⁸⁹ Wanneer een van de partijen tekortschiet in de nakoming van diens verplichtingen kunnen zij een actie tot schadevergoeding (art. 6:74 BW) en/of ontbinding (art. 6:265 BW) instellen.⁹⁰

Ook voor de ouders ontstaan er volgens Noorlander rechten en verplichtingen op het moment dat de leerling is ingeschreven en naar school gaat.⁹¹ Hij noemt als belangrijkste rechten het recht op participatie in schoolaangelegenheden en het recht op informatie over het kind. De verplichting om relevante informatie over het kind aan het bevoegd gezag te verstrekken en om zich binnen de school behoorlijk te gedragen, merkt hij aan als belangrijkste verplichtingen. Deze rechten en verplichtingen lijkt Noorlander niet terug te voeren op een overeenkomst, maar ze lijken onder meer te worden gebaseerd op het ouderlijk gezag (art. 1:245 en 1:247 BW), de Wet op het primair onderwijs (bijvoorbeeld de art. 11, 12, 13, 44 Wpo) en de Wet op het voortgezet onderwijs (bijvoorbeeld de art. 23b, 24, 24a Wvo). Noorlander meent dat gezien het rechtstreekse belang voor de ouders, deze bepalingen uit de sectorwetten ook

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

88 Noorlander 2005, p. 296.

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

90 Noorlander 2005, p. 293 en 294. De ontbindingsregeling is gezien de verwijderingsregeling waar de school zich aan moet houden slechts in beperkte mate relevant, volgens Noorlander. Daarnaast acht hij het voor de leerling meer voor de hand liggen om op te zeggen. Zie hierover nader par. 5.3 van mijn proefschrift.

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

ten opzichte van hen werken.⁹² Wanneer de school de rechten van de ouders niet respecteert, kunnen zij naar de klachtencommissie of de rechter stappen.

Sperling construeert de overeenkomst als een overeenkomst met een derdenbeding, waardoor zowel het bevoegd gezag, de ouders en na toetreding de leerling gebonden worden. Volgens haar ligt aan de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en het bevoegd gezag een civielrechtelijke overeenkomst ten grondslag die gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van opdracht in de zin van Boek 7 BW.⁹³ Over de contractspartijen merkt zij het volgende op:

‘De contractspartijen bij de onderwijsovereenkomst zijn het bevoegd gezag en de ouders. De ouders zijn, zowel op grond van hun positie en op grond van de verdragen, artikel 1:247 BW, artikel 2, lid 1, Lpw en het horizontale verantwoordingsbeleid, in hun eigen hoedanigheid contractspartij. Ouders delegeren immers een deel van hun opvoedkundige taken aan het bevoegd gezag. Het kind kan worden aangemerkt als ‘derde’ partij in de zin van artikel 6:253 BW, want de overeenkomst houdt een beding in om voor het kind een prestatie van het bevoegd gezag te vorderen. Als het kind de overeenkomst aanvaardt, wordt deze daarbij partij met een eigen vorderingsrecht. Deze aanvaarding geschiedt door de ouders in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van het kind. De aanvaarding is vormvrij en kan stilzwijgend geacht te zijn aanvaard doordat het kind op school verschijnt om aan het onderwijs deel te nemen.’⁹⁴

Na aanvaarding van de overeenkomst zal het kind eveneens partij worden bij de onderwijsovereenkomst. Deze constructie resulteert derhalve volgens de artikelen 6:253 en 6:254 BW in een meerpartijenovereenkomst. Dit stempel geeft Sperling zelf de overeenkomst niet. De precieze uitwerking en consequenties ervan vult Sperling dan ook niet in. Het inhoudelijke karakter van de overeenkomst geeft zij echter wel weer. Uit de overeenkomst vloeit volgens Sperling voort dat de school zich tegenover de ouders verbindt tot het geven van onderwijs aan hun kind en dat het bevoegd gezag recht op loon krijgt, hetgeen bij het openbaar en gesubsidieerde onderwijs door de overheid wordt betaald.⁹⁵ De relevante sectorwetten (bijvoorbeeld de Wpo en de Wvo) geven verdere invulling aan de inhoud van de overeenkomst.⁹⁶

92 Noorlander 2005, p. 223. Zie over de mogelijke (door)werking van bepalingen uit sectorwetten t.o.v. leerling en ouders nader m.n. par. 3.2.3.3, 3.2.6, 3.5.2 van mijn proefschrift.

93 Sperling 2009, p. 61.

94 Sperling 2009, p. 61.

95 Zie ook Stoop 1977, p. 457.

96 Sperling 2009, p. 62. Nu niet altijd duidelijk is of een bepaling uit deze wetten werkt ten opzichte van ouders en/of leerlingen, verdient het volgens Sperling aanbeveling om bepaalde rechten en verplichtingen expliciet in Boek 7 BW op te nemen. Zij noemt onderwerpen als informatieverstrekking, verwerking van persoonsgegevens, duur en opzegging van de overeenkomst en geeft aan dat de precieze invulling kan geschieden aan de hand van jurisprudentie en uitspraken van klachtencommissies. Daarnaast kunnen partijen specifieke verplichtingen op zich nemen, bijv. ten aanzien van speciale afspraken over de begeleiding

De constructie van Sperling lijkt in lijn te zijn met de opvatting van Tjong Tjin Tai. In het kader van opdracht ten behoeve van een derde geeft Tjong Tjin Tai weer dat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW) en de reisovereenkomst (art. 7:500 lid 1 sub c BW) uitdrukkelijk de mogelijkheid is gegeven, dat een overeenkomst van opdracht gesloten wordt mede of uitsluitend om het belang van een derde te treffen.⁹⁷ Opdrachtgever en patiënt hoeven bijvoorbeeld niet één persoon te zijn. Tjong Tjin Tai geeft aan dat ook bij gebreke van een wettelijke regeling een opdracht in het belang van een derde mogelijk is.⁹⁸ Hij geeft het voorbeeld van kinderopvang en onderwijsovereenkomsten, en vervolgt met:

‘Jeugdige onderwijsontvangers zijn zelden partij bij de onderwijsovereenkomst. Gewoonlijk treedt de wettelijke vertegenwoordiger hier niet q.q. op, doch sluit de overeenkomst in eigen naam.’⁹⁹

De derde kan een recht aan de overeenkomst van opdracht ontleen indien er sprake is van een geldig derdenbeding en pas nadat dit door hem is aanvaard.¹⁰⁰

Tjong Tjin Tai lijkt ofwel van een overeenkomst tussen de ouders en de school uit te gaan, dan wel van een overeenkomst met een derdenbeding ten behoeve van het minderjarige kind. In een recente bijdrage concludeert Tjong Tjin Tai ‘dat het bij de onderwijsovereenkomst althans ten aanzien van het basisonderwijs zo [lijkt] te zijn dat de overeenkomst als tripartiet moet worden beschouwd en dus als een overeenkomst tussen school, kind en ouders’.¹⁰¹ In deze bijdrage staat hij eveneens stil bij de arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost* en komt aan de hand van het door hem geschetste kader en de door hem gemaakte analyse tot de uitkomst dat de onderwijsovereenkomst tripartiet is.

De auteurs hebben gemeen dat zij in algemene zin betogen wie partij is of zou moeten zijn bij de onderwijsovereenkomst. Daarmee zien zij over het hoofd dat het antwoord op de vraag wie partij is van geval tot geval zal verschillen en per geval moet worden beantwoord: het komt er op aan hoe partijen elkaar over en weer hebben verstaan (*Kribbebijter*). Noorlander en Sperling lijken ook te missen dat de vermogensrechtelijke jurisprudentie handvatten biedt voor de veronderstelling dat ouders bij het sluiten van de

van een kind in handelingsplannen.

97 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91.

98 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91.

99 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91. In Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91 is de passage aangepast: ‘Meestal zijn niet de kinderen doch de ouders partij bij de onderwijsovereenkomst. De ouders treden dan niet op in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun kind, doch sluiten in eigen naam de overeenkomst.’

100 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/91.

101 Zie Tjong Tjin Tai 2017, p. 557.

overeenkomst namens hun kinderen optreden en dus niet in eigen naam (*Baby Joost*).¹⁰² Anderen vermijden de kwestie door te spreken over een overeenkomst tussen ‘leerling-‘slash’-ouders’ en onderwijsinstelling.¹⁰³

2.8 ONDERWIJSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE BETREFFENDE ‘TOTSTANDKOMING’ EN ‘PARTIJEN’

In de civiele rechtspraak zijn weinig aanknopingspunten te vinden wat betreft aanbod en aanvaardingskwesties in het primair en voortgezet onderwijs. Wel zijn er bijvoorbeeld uitspraken te vinden over de vraag of een school een kind mag weigeren, maar deze jurisprudentie ziet niet op de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen. Een arrest waarin wel specifiek aandacht wordt besteed aan partijautonomie en contractsvrijheid is gewezen door het Hof Arnhem-Leeuwarden inzake de leerling die verplicht intern moest komen wonen tijdens zijn vmbo-opleiding tot matroos. In reactie op de grieven gericht tegen het bestaan van een onderwijsovereenkomst omdat partijautonomie en contractsvrijheid zouden ontbreken, overweegt het Hof dat eisers miskennen dat de contractsvrijheid niet absoluut is. Dat de contractsvrijheid niet absoluut is staat volgens het hof aan het aannemen van een overeenkomst niet in de weg. Het hof wijst daarbij op de mogelijkheid dat personen op grond van publieke regelgeving verplicht worden te contracteren:

‘Zo zijn deelnemers aan het maatschappelijk verkeer op grond van publieke regelgeving (in het algemeen belang) gehouden diverse overeenkomsten te sluiten, zoals ziektekostenverzekeringen, WAM-verzekeringen (bij deelname met een eigen auto aan het gemotoriseerd verkeer) en overeenkomsten met een uitvaartorganisatie bij het overlijden van een dierbare (om aldus te voldoen aan de verplichtingen op de Wet op de lijkverzorging). Niet alleen ten aanzien van de vraag of een overeenkomst moet worden gesloten zijn partijen niet altijd volledig vrij, ook ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst is geregeld geen sprake van volledige vrijheid. De onderhandelingsruimte wordt beperkt door regels van dwingend recht of door derden gemaakte afspraken waaraan de contractspartijen zijn gebonden (bijvoorbeeld bij een algemeen verbindend verklaarde CAO). Dat de contractsvrijheid niet absoluut is, staat er op zichzelf niet aan in de weg dat een rechtsbetrekking toch als een overeenkomst moet worden gekwalificeerd. (...)’¹⁰⁴

Het verplicht moeten contracteren staat volgens het hof dus niet aan de kwalificatie van overeenkomst in de weg. De leerling had vanwege de op hem

¹⁰² Tjong Tjin Tai slaat wel acht op deze jurisprudentie en concludeert dat ook de ouders partij zijn bij een onderwijsovereenkomst.

¹⁰³ Bijv. Huisman & Noorlander 2004, p. 153 over de rechtsverhouding binnen het bijzonder onderwijs.

¹⁰⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.6.

rustende leerplicht niet de keuze om in het geheel geen onderwijs te volgen, hij kon dus niet kiezen *of* hij een overeenkomst aan wilde gaan. Wel bestond er geruime keuze *met wie* te contracteren:

‘(...) [eiser3] had weliswaar niet de mogelijkheid om geen onderwijs te volgen, hij kon wel kiezen tussen verschillende vormen van vmbo-onderwijs (nautisch of juist niet), bijzonder of openbaar onderwijs en onderwijs aan een school in [A] of ergens anders wanneer de scholen in [A] niet bij zijn voorkeur aansloten. Binnen de door de onderwijswetgeving bepaalde kaders, hebben al deze scholen een eigen profiel. Het stond [eiser3], kortom, niet vrij om onderwijs te weigeren, maar wel om de aanbieder van onderwijs te kiezen. Die keuzemogelijkheid wordt ook geïllustreerd door de keuze die [eiser3] uiteindelijk heeft gemaakt/moeten maken voor een school in [J] in plaats voor een andere school in [A]. Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is gebleken dat [eiser3] en zijn ouders die keuze hebben gemaakt op basis van diverse argumenten en (deels zeer persoonlijke) voorkeuren.’¹⁰⁵

Het hof overweegt tot slot met deze omstandigheden in gedachten en gegeven het feit dat de leerling verplicht was onderwijs ‘af te nemen’ dat er ‘in voldoende mate sprake was van contractsvrijheid en daarmee in dit geval, gelet op de doelstelling van het volgen van onderwijs, zeker ook van partijautonomie’.¹⁰⁶ Met deze laatste zinsnede bedoelt het hof misschien dat onderwijs net als partijautonomie ook zelfontplooiing of vorming tot doel heeft en dat voldoende is dat een kind diverse keuzes ten aanzien van het te volgen onderwijs kan maken.

In deze uitspraak wordt de verplichting te contracteren en daarmee het bestaan van beperkte contractsvrijheid dus niet gezien als bezwaar tegen het kwalificeren als overeenkomst. Bovendien acht het hof dat ondanks het feit dat de vrijheid om de overeenkomst al dan niet aan te gaan is beperkt (aangezien de leerling verplicht is onderwijs te volgen) toch in voldoende mate van contractsvrijheid kan worden gesproken (gelet op de ruime keuze met wie hij wenst te contracteren).

Ten aanzien van de vraag wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst rijst de vraag: volgen civiele rechters het geschetste kader, dat voortvloeit uit de arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost*?

Het Hof Arnhem-Leeuwarden doet dit in het zojuist genoemde arrest inzake de internaatsverplichting inderdaad:

‘Het hof merkt nog op dat partijen zich niet expliciet hebben uitgelaten over de vraag wie van de zijde van [eisers] partij is (zijn) bij de overeenkomst. Naar het oordeel van het hof heeft als uitgangspunt te gelden dat in een situatie waarin partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden uitspreken

105 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.6.

106 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.6.

of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optreden, zij ervan mogen uitgaan dat de ouders de onderwijsovereenkomst uitsluitend in naam van hun kind sluiten. Feiten of omstandigheden dat in dit geval van dit uitgangspunt dient te worden afgeweken – bijvoorbeeld doordat op het aanmeldingsformulier is aangegeven dat de ouders zelf een overeenkomst aangaan, of doordat de ouders zelf verplichtingen op zich nemen – zijn gesteld noch gebleken, zodat het hof ervan uitgaat dat [eiser1] en [eiser2] de overeenkomst alleen in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van [eiser3] zijn aangegaan.¹⁰⁷

Het hof noemt het arrest *Baby Joost* niet expliciet bij naam, maar hanteert wel de bijzondere regel die hieruit voortvloeit en neemt deze tot uitgangspunt.

In de zaak over het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium genoemd in de inleiding maakte de rechtbank zich er evenwel niet druk over. Volgens haar was de school gehouden de moeder te informeren over haar zoon en haar te betrekken bij te maken keuzes. De toekomst van de zoon was en bleef allereerst de zorg van de moeder:

‘De school heeft zich met succes gekweten van haar taak, maar is met alle goede bedoelingen te ver gegaan wat betreft het passeren van [de moeder].’¹⁰⁸

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

‘De rechtbank gaat uit van een overeenkomst tussen de school en [de moeder], dat wil zeggen een overeenkomst tussen de gezaghebbende ouder en een onderwijsinstelling, inhoudende dat laatstgenoemde onderwijs verschaft aan [de zoon].’¹⁰⁹

107 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.11. Vgl. in het mbo: Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7955.

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

109 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.2.1. De inhoud van de overeenkomst wordt mede ingevuld door de wet (art. 6:248 lid 1 BW), waarbij in dit geval gebruik kan worden gemaakt van art. 23b Wvo, op grond waarvan de school over vorderingen van de zoon moet rapporteren aan degene met het ouderlijk gezag. Zie hierover par. 3.1, 3.2.3 en 3.2.6. Hoe zit het met betrekking tot het geven van toestemming voor het uitschrijven van de zoon? De rechter geeft aan dat de school bij het vinden van een oplossing de moeder wier instemming daarbij in goed overleg was vereist, onvoldoende heeft betrokken. Men kan zich afvragen waarop dit vereiste van instemming is gebaseerd. Vloeit het voort uit de overeenkomst zelf of wellicht uit de eisen van redelijkheid en billijkheid? Zie over uitleg van de overeenkomst en aanvulling hoofdstuk 3.

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

‘Indien al kan worden aangenomen dat tussen [de moeder] en de school een onderwijsovereenkomst bestond, is er geen sprake geweest van een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de school.’¹¹⁰

Klaarblijkelijk heeft de rechtbank het voorwaardelijk karakter van deze zin niet opgevat als verweer tegen het bestaan van een contractuele rechtsverhouding, want de rechtbank ging zonder meer uit van een overeenkomst tussen de school en de moeder. Zo gezien behoefde de rechtbank niet te toetsen aan de criteria die volgen uit het *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-arrest.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat de civiele rechter het *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-criterium niet toepast. De reden hiervoor is nu eens dat hij, zoals in de Groningse zaak, zonder meer aanneemt dat de *ouders en school*¹¹¹ partij zijn, zij het dat in andere gevallen waarin de rechter een overeenkomst aanneemt veelal onduidelijk blijft tussen wie deze bestaat.¹¹² Dan weer is de reden simpelweg dat de civiele rechter zich noch voor het bijzonder noch voor het openbaar onderwijs over de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school uitlaat. De rechter laat de kwalificatie – al dan niet expliciet – in het midden.¹¹³ Zodoende houdt de rechter in die gevallen de

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

111 Hof Amsterdam 14 december 1989, KG 1990/43; Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, NJ 1991/437. Vgl. in het particulier onderwijs: Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746, r.o. 4.6.

112 Rb. ‘s-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 4.6. De rechtbank stelt voorop dat tussen de betreffende ‘school en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers)’ een contractuele relatie bestaat. Onduidelijk is wat met het tussen haken plaatsen van de ouders is bedoeld (vgl. Rb. ‘s-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.1 m.b.t. een particuliere school); Rb. ‘s-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, NJF 2006, 541; Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006 ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400; Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720; Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.3.

113 Vb. waarin het kwalificatievraagstuk expliciet in het midden wordt gelaten, hoewel verweer is gevoerd: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, NJ 2005/438, zie r.o. 17 en 27, vervolg: Hof ‘s-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628. Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9909, r.o. 4.2 en 4.3.

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

Kwalificatie expliciet in het midden, onduidelijk/niet genoemd of er verweer is gevoerd: Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8, ‘partijen hebben geen duidelijke keuze gemaakt’. Rb. Maastricht (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 17 februari 2010,

mogelijkheid van een overeenkomst open, als partijen zouden *leerling, ouders en school*¹¹⁴ dan wel *leerling en school*¹¹⁵ kunnen worden aangemerkt.

Ouders en leerlingen die schadevergoeding vragen, gaan vaak voor verschillende ankers liggen: wanprestatie (ex art. 6:74 BW; tekortkoming in de nakoming van de onderwijsovereenkomst) en onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW). In diverse uitspraken wordt zoals gezegd expliciet over de kwalificatievraag heen gestapt. Zo ook in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.¹¹⁶ Eisers in deze procedure waren ouders en de tijdens de procedure meerderjarig geworden zoon (zo lijkt uit de uitspraak afgeleid te kunnen worden). Zij verweten de school nalatig te zijn geweest in het geven van adequaat onderwijs aan hun zoon en hem onterecht de kans ontnomen te hebben zijn havodiploma op de betreffende school te halen. Ze vorderden – tevergeefs – een verklaring voor recht dat de school tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en schadevergoeding nader op te maken bij staat. Nu de school in haar verweer geen onderscheid in de verschillende grondslagen maakte, aangezien volgens haar de reikwijdte van de zorgplicht in beide gevallen dezelfde is, heeft de rechter vervolgens de kwalificatie in het midden gelaten.¹¹⁷ Als gevolg hiervan is er geen aandacht voor de vraag wie partij is bij de overeenkomst en komt de rechter dus aan de *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-criteria niet toe. Rechters blijven derhalve uit het vaarwater van deze arresten omdat zij

ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, NJF 2010/169, r.o. 5.3; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, NJF 2008/260, r.o. 4.1.

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

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

114 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2, 'Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen (eisers c.s.) en het CVO een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan (...)'. De eisers zijn de leerling en de ouders. Met vervolg: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.3: '(...) Die verplichting geldt ook, ongeacht of wordt aangenomen dat tussen CVO en [appellant sub 3] en/of zijn ouders een onderwijsovereenkomst bestaat of niet'. Derhalve houdt zowel de rechtbank als het hof open dat het een overeenkomst tussen *leerling, ouders en school* kan betreffen. Vgl. Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929 met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787.

115 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 tweede alinea: '(...) een tekortkoming (...) tegen [minderjarige]'. Zie ook het in de vorige voetnoot opgenomen citaat uit r.o. 4.3 waarin het Hof Arnhem-Leeuwarden spreekt van 'en/of'. De overeenkomst zou tussen *leerling en school* kunnen bestaan.

116 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2, uitgelicht in par. 1.3.

117 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.1, bekrachtiging in hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, zie hierover r.o. 4.3.

over de kwalificatie kwestie heenstappen – als anker wordt onrechtmatige daad gekozen – met als gevolg dat niet wordt (of behoeft te worden) stil gestaan bij de vraag wie er partij is.

In een uitspraak van een maand later, eveneens inzake de kwaliteit van het onderwijs, werd door ouders – zonder succes – schadevergoeding gevorderd van de door hen geleden schade wegens het tekortschieten door de school in de nakoming van de onderwijsovereenkomst met hun kind dan wel wegens onrechtmatig handelen.¹¹⁸ Anders dan de uitspraak hiervoor, verweerde de school zich in deze zaak wél tegen het partij-zijn van de ouders. Zij stelde dat er geen overeenkomst met de ouders is gesloten, zodat geen wanprestatie jegens de ouders kan zijn gepleegd. Als er al onrechtmatig was gehandeld, is dit volgens de school enkel jegens het kind, met als gevolg dat de door de ouders (*pro se*) gevorderde schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam en zij niet ontvankelijk dienden te worden verklaard. Dit mede aangezien niet aannemelijk is gemaakt dat schade is geleden. De Rechtbank Midden-Nederland liet door gebruik te maken van dezelfde formulering als een maand eerder, wederom in het midden of er sprake is van een contractuele of delictuele verhouding met de ouders en het kind. De rechtbank voegde aan deze overweging nog wat toe. Zij overwoog namelijk vervolgens met betrekking tot de vraag of de ouders *pro se* schadevergoeding konden vorderen of dat zij niet-ontvankelijk moesten worden verklaard:

‘Op [eisers c.s.] rust als ouders de verplichting hun minderjarige kind op te voeden en te verzorgen. Hieronder valt de keuze voor een bepaalde school en de verplichting de daaraan verbonden kosten te voldoen. Onder deze omstandigheden kan het CVO ten opzichte van [eisers c.s.] aansprakelijk zijn voor de schade die voortvloeit uit het gevolg is van een tekortkoming of onrechtmatige daad van het CVO tegen [minderjarige].’¹¹⁹

Het lijkt erop dat de rechtbank de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders als afgeleide aansprakelijkheid ziet, namelijk afgeleid van de eventuele tekortkoming of onrechtmatige daad jegens het kind. Ondanks het opnemen van deze (vervolg)passage blijft duister wat nu precies de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders is.¹²⁰ Als dit al een contract zou zijn, dan heeft de rechter ondanks het verweer van de school tegen het partij-zijn van de ouders, geen aandacht besteed aan de ‘partij-vraag’. Wellicht heeft de rechter zich de toets aan de *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-criteria willen besparen, omdat er uiteindelijk geen aanleiding was schadevergoeding toe te kennen.

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

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

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

De arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost* blijven – nu rechters al dan niet uitdrukkelijk de kwalificatie kwestie in het midden laten, waardoor zij geen acht (behoeven te) slaan op de vraag wie er partij is, dan wel omdat het zijn van partij onbetwist is gelaten – in onderwijsuitspraken buiten beeld. Een welkome uitzondering vormt evenwel het genoemde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin de bijzondere regel uit het *Baby Joost*-arrest tot uitgangspunt wordt genomen.

2.9 AFRONDING

De aanmelding van een kind en toelating als leerling kunnen als rechtshandelingen worden gezien in termen van aanbod en aanvaarding. Het vermogensrechtelijke kader van de artikelen 6:217 en 3:33 (jo. 3:35) BW betreffende de totstandkoming van een overeenkomst kan worden gehanteerd in de context van het onderwijs. In veel gevallen kan worden aangenomen dat scholen een uitnodiging doen tot het doen van een aanbod. Ouders doen vervolgens desgewenst een aanbod door het kind aan te melden en de school kan of moet dit aanbod aanvaarden door het kind toe te laten. De beperkte contractsvrijheid die enerzijds ouders en kinderen ervaren omdat een kind verplicht is naar school te gaan en anderzijds scholen omdat zij slechts beperkt kinderen als leerlingen mogen weigeren, staat aan de totstandkoming van een onderwijs-overeenkomst niet in de weg. Een contracteerplicht doet aan het ontstaan van een contract niet af.

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

In breder perspectief past dit kader goed in de ontwikkeling die het kinderen jeugdrecht heeft doorgemaakt. Daarbij dient als uitgangspunt dat het kind zoveel als mogelijk een eigen – ook juridische – positie toekomt, jong of oud.

Vanzelfsprekend geldt dat hoe jonger het kind is, hoe groter de rol en verantwoordelijkheden van de ouder. Maar om het kind deel te laten nemen aan het onderwijs is het niet noodzakelijk ouders partij te maken bij de onderwijs-overeenkomst, evenmin hoeft op voorhand naar de meerpartijenovereenkomst gegrepen te worden. Het leerstuk van de vertegenwoordiging stelt ouders in staat die overeenkomst te sluiten, in naam van het steeds zelfstandiger handelend kind.

