



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

3 | Inhoud van een onderwijsovereenkomst

3.1 INLEIDING

Wanneer er wordt uitgegaan van een onderwijsovereenkomst rijst de vraag wat de inhoud daarvan is of, beter gezegd, hoe deze inhoud kan worden vastgesteld. Het Burgerlijk Wetboek bevat in artikel 6:248 een kader voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst. Hoe werkt dit kader en wat heeft het te betekenen voor het onderwijs? Dat is de vraag die in het eerste deel (par. 3.2) van dit hoofdstuk centraal staat. Ik ben niet op zoek naar het concreet vaststellen van 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst. Zoals zal blijken uit de beschrijving van het contractenrechtelijke kader is dit in algemene zin ook niet mogelijk. Wel geeft het kader de lijnen waarlangs de inhoud kan worden vastgesteld.

In het tweede deel (par. 3.3) van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de karakteristieken van een onderwijsovereenkomst. Na een inventarisatie van mogelijke hoofdverplichtingen en -rechten die uit een onderwijsovereenkomst voortvloeien, mede ten behoeve van toetsing van de werking van het contractenrecht zoals plaatsvindt in de volgende hoofdstukken, sta ik stil bij het rechtskarakter van deze rechten en verplichtingen. Zijn deze als afdwingbare verbintenissen aan te merken of is er sprake van slechts een gehoudenheid zich op een bepaalde manier te gedragen, zogenoemde Obliegenheiten? Voorts bespreek ik – hoewel deze afhankelijk zijn van de uitkomst van het kader in het voorliggende geval – overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst: kan deze als wederkerige overeenkomst worden aangemerkt? Vloeien hier resultaats- of inspanningsverplichtingen uit voort? Kan een onderwijsovereenkomst als duurovereenkomst worden beschouwd en/of als een overeenkomst van opdracht?

Vervolgens bespreek ik kort hoe bij afwezigheid van een overeenkomstenrechtelijk kader een buitencontractuele benadering van de rechtsverhouding eruit zou zien (par. 3.4).

Tot slot ga ik na of door de civiele rechter in de onderwijsrechtelijke jurisprudentie het kader omtrent het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst wordt gevolgd en of er in uitspraken aanknopingspunten te vinden zijn aangaande de overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst (par. 3.5).

Ik kom tot de conclusie dat het BW een contractenrechtelijk kader biedt dat toegepast kan worden in het onderwijs, waarin naast voldoende ruimte

voor de werking van onderwijswetgeving plek is voor tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen en aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid. Hoewel dit afhankelijk is van de precieze inhoud ervan kan een onderwijsovereenkomst mijns inziens in algemene zin worden aangemerkt als wederkerige duurovereenkomst (die geen overeenkomst van opdracht is) waaruit over en weer voor school en leerling verbintenissen voortvloeien (par. 3.6).

3.2 CONTRACTENRECHTELIJK KADER: VASTSTELLEN RECHTSGEVOLGEN OVEREENKOMST

3.2.1 Artikel 6:248 lid 1 BW

Voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst kent het vermogensrecht een kader dat zich in de kern bevindt in artikel 6:248 BW. Voorop staan de door partijen beoogde rechtsgevolgen. Daarnaast heeft de overeenkomst tevens die gevolgen die naar de aard van de overeenkomst voortvloeien uit de overige factoren, namelijk de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid. Zie lid 1 van artikel 6:248 BW dat luidt: 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien'.

Het artikel stelt voorop dat een overeenkomst de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft. Het beginsel van contractsvrijheid doet zich hier gelden. Partijen zijn vrij de inhoud van het contract te bepalen. De inhoud van wat partijen zijn overeengekomen ofwel van de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen, moet nader worden vastgesteld door de tussen partijen gemaakte afspraken, het overeengekomene, *uit te leggen*.¹ Zo wordt duidelijk welke rechten en verplichtingen op partijen rusten.² De wet zelf geeft geen handvatten voor de wijze van uitleg, de rechtspraak daarentegen wel. De Hoge Raad heeft in het *Haviltex*-arrest uit 1981 geoordeeld dat bij de uitleg van een schriftelijk contract niet kan worden volstaan met 'alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract', maar dat het aankomt op:

1 De betekenis van elke geuite wilsverklaring, of van alle gebruikte bewoordingen of afspraken dient te worden uitgelegd, niet alleen die van onduidelijke verklaringen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/370 met verwijzingen.

2 Hendriks 2016, p. 156.

‘(...) de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.³

Op de *Haviltex*-maatstaf zijn in de rechtspraak nadere nuanceringen aangebracht, voor zover in de context van het onderwijs relevant zal ik daar in de volgende paragraaf bij stilstaan.

Niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen bepalen de inhoud van een overeenkomst. Ook die rechtsgevolgen welke naar de aard van de overeenkomst, uit de *wet*, de *gewoonte* of de eisen van *redelijkheid en billijkheid* voortvloeien, maken onderdeel van de overeenkomst uit, zo volgt uit de tweede zinsnede van artikel 6:248 lid 1 BW. Partijen zullen niet ‘alle’ rechtsgevolgen kunnen of hoeven overeen te komen. Laten partijen iets ongeregeld, geeft uitleg van de overeenkomst geen duidelijkheid omtrent gemaakte afspraken of leidt uitleg bijvoorbeeld tot de constatering van een leemte in het contract, dan zal de overeenkomst kunnen worden aangevuld door middel van de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid, steeds in het licht van de aard van de overeenkomst.⁴

De rechtsgevolgen van een overeenkomst kunnen door het tweede lid beperkt worden. Lid 2 van artikel 6:248 BW brengt mee dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Zo ontstaat een drieluik van uitleg, aanvulling en beperking. Wat brengt toepassing van dit kader in de context van het onderwijs?

3.2.2 Door partijen overeengekomen rechtsgevolgen

3.2.2.1 Inleiding

Uit een onderwijsovereenkomst vloeien zowel voor de school als de leerling rechten en verplichtingen voort. Deze rechten en verplichtingen worden conform artikel 6:248 lid 1 BW allereerst gevormd door hetgeen zij zijn overeengekomen en hebben afgesproken: de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen. In beginsel kunnen partijen de inhoud dan ook zelf bepalen, met

3 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ernes c.s./Haviltex*), hoogstwaarschijnlijk geïnspireerd door de artikelen 3:33 en 3:35 BW, zie Drion 2016b, p. 1961. De *Haviltex*-maatstaf is nog steeds beslissend en ook van toepassing bij uitleg van overeenkomsten gesloten tussen commerciële partijen: zie HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3.

4 De aard van de overeenkomst is niet een bron op zich maar speelt een rol bij de vraag welke rechtsgevolgen uit wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid voortvloeien, Parl. Gesch. Boek 6, p. 919, 920 (TM).

als gevolg dat de overeenkomst per geval kan verschillen. De inhoud van wat partijen hebben afgesproken zal door uitleg moeten worden vastgesteld. In deze paragraaf zal ik stilstaan bij uitleg in het kader van een onderwijsovereenkomst. Hierbij komen de volgende vragen aan bod: welke uitlegmaatstaf geldt bij schriftelijke en mondelinge overeenkomsten (par. 3.2.2.2)? In hoeverre kan er rekening worden gehouden met maatschappelijke belangen en belangen van medeleerlingen (par. 3.2.2.3)? In hoeverre bestaat er in het onderwijs ruimte of aanleiding voor een meer objectieve benadering, bijvoorbeeld wanneer zou worden gewerkt met standaardcontracten (par. 3.2.2.4)? Kunnen de omstandigheden van het geval aanleiding geven tot een uitleg *contra proferentem* en in hoeverre kunnen latere ontwikkelingen in de relatie tussen leerling en school bij uitleg worden meegenomen (par. 3.2.2.5)?

3.2.2.2 *Haviltex*-maatstaf voorop

Welke uitlegmaatstaf geldt er bij schriftelijke en mondelinge overeenkomsten? In de huidige onderwijspraktijk wordt bij het aangaan van de rechtsverhouding tussen leerling en school en eventueel de ouders⁵ niet zo zeer gesproken in termen van contract. Evenmin is het gebruikelijk een contract expliciet op schrift te stellen, zodat het een mondelinge overeenkomst kan betreffen.⁶ Wel worden verschillende schriftelijke of digitale stukken verstrekt door de school aan de ouders en leerlingen, denk hierbij aan het schoolplan, de schoolgids, leerlingenstatuten, protocollen, reglementen e.d. Om vast te stellen wat de in een concreet geval door partijen beoogde rechtsgevolgen zijn, zal de onderwijsovereenkomst moeten worden uitgelegd. Gelet op de centrale rol die de *Haviltex*-maatstaf bij uitleg van overeenkomsten speelt, staat deze ook in het geval van een onderwijsovereenkomst voorop. Dit geldt ongeacht of er sprake is van een mondelinge of een schriftelijke onderwijsovereenkomst.⁷

Langs de lat van het *Haviltex*-arrest zal een onderwijsovereenkomst moeten worden uitgelegd conform de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen en de door hen gebezigde bewoordingen mochten toekennen en hetgeen partijen over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁸ De *Haviltex*-maatstaf en daarmee de uitleg van de overeenkomst is geënt op de (wils)vertrouwensleer uit artikel (3:33

⁵ Zie par. 2.5-2.7.

⁶ Vgl. Tjong Tjin Tai 2017, p. 556.

⁷ HR 4 september 2009, NJ 2009/397 (*Van Regteren/VGK*), r.o. 3.4.2.

⁸ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*); HR 4 september 2009, NJ 2009/397 (*Van Regteren/VGK*), r.o. 3.4.2.

en) 3:35 BW.⁹ Zo is voor het vaststellen van de overeengekomen rechtsgevolgen het wederzijds gerechtvaardigde vertrouwen van groot belang.¹⁰

In beginsel dient op zoek te worden gegaan naar de gemeenschappelijke subjectieve partijbedoelingen van de leerling en de school.¹¹ De jonge leerling zal in het sluiten van de overeenkomst bijgestaan worden door zijn wettelijk vertegenwoordiger. Het vaststellen van de gemeenschappelijke partijbedoelingen is deels afhankelijk van de wijze van totstandkoming van een onderwijs-overeenkomst, en daarmee ook afhankelijk van de concrete omstandigheden van het voorliggende geval.

Uitleg van het overeengekomene dient te geschieden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.¹² Artikel 6:2 BW en, specifiek voor overeenkomsten, artikel 6:248 BW brengen mee dat de verhouding tussen partijen wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (waarover art. 3:12 BW). Partijen dienen zich in hun onderlinge verhouding dan ook conform deze eisen te gedragen. Bij uitleg krijgen de gerechtvaardigde persoonlijke belangen van de school en de leerling een plek en is er bijvoorbeeld ruimte rekening te houden met het beginsel van 'the best interests of the child' uit het IVRK (zie art. 3).

3.2.2.3 Subjectief, objectief, normatief

In hoeverre kan er bij de uitleg rekening worden gehouden met maatschappelijke belangen en met de belangen van medeleerlingen? De *Haviltex*-norm draagt een subjectief en een objectief element in zich: het draait om de verwachtingen van de betrokken partijen (subjectief), maar die zijn enkel relevant voor zover partijen die verwachtingen redelijkerwijs mochten hebben (objectief).¹³ Nu er rekening zal worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zal ook de context van het onderwijs een plaats krijgen bij de uitleg. Hier valt

9 De artikelen 3:33 (wil en verklaring) en 3:35 (gerechtvaardigd vertrouwen) BW die bij de totstandkoming een plaats hebben, zijn ook van betekenis bij de uitleg van de geuite wilsverklaringen. Vgl. het arrest *Bunde/Erckens* (HR 17 december 1976, NJ 1977/241 m.nt. G.J. Scholten). De vraag naar totstandkoming en uitleg van het overeengekomene liggen dicht tegen elkaar aan en bij de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen gaat de uitleg in principe in dit oordeel op: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/364; Valk 2016a, nr. 264. Zie ook Tjittes 2009, p. 7, 8; Valk 2016b, p. 16-18; Drion, 2016b, p. 1961; Parl. Gesch. Boek 6, p. 877.

10 Nieuwenhuis 2015, p. 60. Vgl. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, NJ 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*), r.o. 3.4.2.

11 In algemene zin over uitleg Schelhaas 2017, nr. 16.

12 Het dubbele gebruik van 'redelijkerwijs' in de *Haviltex*-formule zou hierop kunnen wijzen. Ook de overweging van de Hoge Raad in het hierna te bespreken *Pensioenfonds DSM/Fox* arrest wijst op de rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/362, 364; Hijma & Olthof 2017, nr. 492; Jansen 2012, p. 242, 244, 253; Nieuwenhuis 2015, p. 60 geven allen weer dat bij uitleg de eisen van redelijkheid en billijkheid een rol spelen.

13 Zie over het objectieve en subjectieve element in de *Haviltex*-maatstaf: Bakker 2011, p. 479.

bijvoorbeeld te denken aan het gegeven dat er meerdere leerlingen in een klas zitten en dat de verwachtingen van een individuele leerling mede worden bepaald of gekleurd door het feit dat de school ook rekening dient te houden met andere leerlingen. Het gaat immers om de *gerechtvaardigde* verwachtingen over en weer. De Onderwijsraad staat in een recent rapport stil bij de spanning tussen individuele wensen en maatschappelijke belangen. De Onderwijsraad benoemt dat in de besluitvorming over het ‘centraal’ stellen van de leerling de maatschappelijke gevolgen niet uit het oog moeten worden verloren.¹⁴ Ook, of beter gezegd, juist binnen het kader van uitleg kan met maatschappelijke belangen goed rekening mee worden gehouden, vanwege de centrale rol die de gerechtvaardigde verwachtingen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in dit kader spelen. Bij de vraag wat door leerlingen en school redelijkerwijs op te vatten en te verwachten viel, kunnen subjectieve maar ook meer objectieve factoren meespelen, zoals de tekst van het contract indien deze voorhanden is of de bijbehorende geschriften, het type school, het onderwijsbeleid, gerichtheid op leerdoelen, wettelijke voorschriften, belangen van leerlingen en medeleerlingen.¹⁵ Er zal echter nooit kunnen worden volstaan met een zuiver taalkundige uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst.

Nu ook bij uitleg van de overeenkomst de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol spelen, is het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen deels een normatieve zaak.¹⁶ Wat mochten of behoorden partijen over en weer te verwachten? Voor de vraag wat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen zal rekening worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken, zo volgt uit artikel 3:12 BW.

14 Rapport ‘De leerling centraal?’, Onderwijsraad juli 2017.

15 Vgl. Schelhaas 2017, nr. 16.

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365. Volgens sommigen dient terughoudend gebruik te worden gemaakt van de redelijkheid en billijkheid in de uitlegfase. Valk omschrijft: ‘wanneer de rechter meent dat hij niet in behoefte te gaan op het verloop van de onderhandelingen zoals die aan de contractssluiting zijn voorafgegaan, omdat hij vindt dat uit de (objectieve) norm van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook een bepaalde uitleg van de overeenkomst volgt is dat fout, omdat het voor de uitleg van de overeenkomst eerst en voor alles aankomt op hetgeen partijen (subjectief) in de gegeven omstandigheden mochten verwachten en daarvoor is het verloop van die onderhandelingen wel degelijk van belang’, Valk 2016a, nr. 277; Valk 2009; instemmend Jansen 2012, p. 255. Volgens Valk wijst het dubbele gebruik van redelijkerwijs in de *Haviltex*-formule dan ook niet naar objectieve normen van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 3:12 BW maar naar de subjectieve goede trouw van artikel 3:11 BW, Valk 2009, p. 396; Valk 2016a, nr. 277; zo ook Tjittes 2009, p. 14. Anderen, zoals Schoordijk en Van Dunné rekken het begrip ‘normatieve uitleg’ zodanig op dat het vaststellen van de inhoud zich geheel afspeelt binnen de uitleg aan de hand van de ongeschreven normen van redelijkheid en billijkheid en er geen ruimte of rol is toebedeeld voor het drieluik uitleg, aanvulling en beperking. Zie voor literatuurverwijzingen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365. Deze visie is niet de heersende leer, reden waarom ik deze verder onbesproken laat.

3.2.2.4 Ruimte voor een meer objectieve benadering, maar Haviltex-norm blijft centraal vertrekpunt

Uitgaande van de huidige onderwijspraktijk zal een onderwijsovereenkomst meestal een mondelinge overeenkomst betreffen. Zoals benoemd is het in het door de overheid bekostigde onderwijs niet zo zeer gebruikelijk dat er op schrift gestelde overeenkomsten worden gesloten.

In de toekomst zou dit anders kunnen zijn. Stel dat er in het primair en voortgezet onderwijs gebruik zou worden gemaakt van standaard- of modelcontracten.¹⁷ Deze zouden bijvoorbeeld door de PO- en de VO-Raad in overleg met de Onderwijsraad en het ministerie van OCW kunnen worden opgesteld, waarbij noch scholen, noch individuele leerlingen betrokken zijn. Scholen en leerlingen hebben in zoverre geen invloed op het contract. Gelet op de onderwijsvrijheid ligt dit overigens niet snel voor de hand. Eerder is denkbaar dat de standaard- of modelcontracten door de individuele scholen zelf worden ingericht, waarbij leerlingen weinig invloed zullen hebben op de inhoud ervan.

Zou er in dergelijke gevallen ruimte of aanleiding zijn voor een meer objectieve uitleg? Heeft het hanteren van standaardcontracten gevolgen voor de wijze van uitleg?

De Hoge Raad heeft de CAO-norm ontwikkeld waarbij voor de uitleg 'de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis is'.¹⁸ Voor deze objectieve uitlegmethode is door de Hoge Raad reden gevonden daar waar bijvoorbeeld de uitleg van een CAO centraal staat: de individuele werknemers zijn bij de totstandkoming hiervan niet betrokken, ook de werkgever is dat wellicht niet.¹⁹ Deze CAO-norm en de verhouding tot de *Haviltex*-maatstaf is nader genuanceerd en uitgebreid aan de orde gekomen in het arrest Pensioenfonds DSM/Fox uit 2004.²⁰ Het arrest geeft aan dat de CAO-norm (ook) wordt toegepast op andere geschriften waarin een overeenkomst of regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat deze invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst en zonder dat de onderliggende partijbedoelingen of overwegingen aangaande de formulering voor hen kenbaar is.²¹

17 Vgl. Huisman die o.a. spreekt over een 'COO' een Centrale Onderwijs Overeenkomst, Huisman 2006a, p. 42.

18 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.3 met verwijzingen. Zie over de CAO-norm Valk 2016b, p. 32 e.v.

19 HR 17 september 1993, NJ 1994/173, m.nt. P.A. Stein te vinden onder NJ 1994/174 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiski*), r.o. 3.3, Werkgever en werknemer hebben geen kennis van de bedoeling van de opstellers van de CAO.

20 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*).

21 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.3.

Het arrest maakt duidelijk dat tussen de *Haviltex*-norm en de CAO-norm ‘geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang bestaat’.²² Ter verklaring hiervan merkt de Hoge Raad op dat aan de ene kant de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg leidt.²³ Wel is het zo dat het type gevallen waarop de CAO-norm ziet naar aard meebrengt dat bij de uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Daarnaast geeft de Hoge Raad weer dat aan de andere kant ook binnen de *Haviltex*-maatstaf aan objectieve aanknopingspunten meer gewicht kan worden toegekend naarmate een partij minder bij de totstandkoming van het contract betrokken is.²⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de in het geschrift neergelegde overeenkomst ‘naar haar aard meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen’.²⁵

Zou er gebruik worden gemaakt van standaardcontracten in het primair en voortgezet onderwijs waarbij noch individuele leerlingen, noch scholen betrokken zouden zijn, dan zouden zij als grotere groep derden kunnen worden beschouwd waarvan de rechtspositie op uniforme wijze wordt beïnvloed, terwijl zij de bedoelingen van de opstellers niet kennen. Er kan dan reden zijn bij de uitleg van de onderwijsovereenkomst meer op te schuiven richting de uitleg conform de ‘objectievere kant’ van de *Haviltex*-maatstaf of naar de CAO-norm. Het lijkt mij echter, gelet op de scholen toekomende vrijheden, niet voor de hand liggen dat deze vorm van standaardcontracten daadwerkelijk zullen worden gebruikt.

Het Pensioenfonds DSM/Fox arrest benadrukt dat voor de uitleg van een schriftelijk contract alle omstandigheden van beslissende betekenis zijn, in het licht van hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.²⁶ Ook onderstreept het arrest dat zowel aan de CAO-norm als aan de *Haviltex*-norm ten grondslag ligt dat uitleg niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen van de overeenkomst. Wel kan de taalkundige betekenis die de gebruikte bewoordingen – gelezen in de context van het geschrift als geheel – in het maatschappelijk verkeer

22 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4.

23 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4 tweede deel: zo kunnen andere objectieve factoren als de elders in de CAO gebruikte formuleringen, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties zouden leiden, de schriftelijke toelichting bij de uitleg van bijv. de CAO en de naar objectieve maatstaven kenbare bedoeling van de partijen bij de CAO ook meespelen.

24 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4 eerste deel; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/372.

25 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.4 eerste deel.

26 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.5.

normaal gesproken hebben in praktisch opzicht bij uitleg van groot belang zijn.²⁷

In meer algemene zin zal men indien binnen de *Haviltex*-maatstaf bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, zoals bijvoorbeeld bij commerciële contracten, erop bedacht moeten blijven dat de overige omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht.²⁸ Volgens de Hoge Raad blijft immers beslissend de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²⁹ Dus zelfs bij commerciële contracten waarbij doorgaans zorgvuldig en grondig over de gekozen formuleringen is nagedacht, staat de *Haviltex*-maatstaf voorop.

De Hoge Raad is voorts terughoudend om de meer objectieve uitleg door te trekken naar overeenkomsten die gestandaardiseerd zijn of door algemene voorwaarden worden beheerst.³⁰ Ook in dergelijke gevallen stelt de Hoge Raad het *Haviltex*-arrest tot uitgangspunt. Maar nu bij de totstandkoming van algemene voorwaarden in ieder geval één van de partijen niet betrokken is geweest en de voorwaarden naar hun aard voorzienbaar bestemd zijn de rechtspositie van een grote groep derden te beïnvloeden, kan een uniforme uitleg wel van belang zijn.³¹ Objectieve factoren kunnen worden meegenomen bij de uitleg van deze voorwaarden, denk aan een gangbare betekenis. Een grammaticale of taalkundige uitleg kan dus meespelen, maar staat niet op zichzelf. Zoals ook het *Haviltex*-arrest aangeeft, kan niet met een zuiver taalkundige uitleg worden volstaan. Zo zal niet te snel de geobjectiveerde maatstaf moeten worden gehanteerd; er moet worden voorkomen dat er geen acht meer wordt geslagen op hetgeen partijen zelf met de gebruikte bewoordingen hebben bedoeld.³² De *Haviltex*-norm vormt nog steeds het centrale vertrekpunt.

Zouden individuele scholen, gelet op de hun toekomende vrijheden, zelf onderwijscontracten gaan inrichten, waar leerlingen of diens ouders bij het aangaan van de overeenkomst niet zo zeer een onderhandelingspositie hebben,

27 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*Pensioenfonds DSM/Fox*), r.o. 4.5 slot.

28 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3.

29 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3. Zie over de uitleg van commerciële contracten onder verwijzing naar meer jurisprudentie, Valk 2016b onder par. 2.3.3; Schelhaas 2016 onder par. 5.5.4. Over uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad: Drion 2016c.

30 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375; Schelhaas 2017, nr. 17; Tjittes 2009, p. 17, p. 20 e.v.

31 Schelhaas 2017, nr. 17

32 Zo staat in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375 weergegeven met verwijzing naar o.a. de arresten HR 30 november 2001, JOR 2002, 43, HR 18 oktober 2002, NJ 2003/258 m.nt. M.M. Mendel (*Pieterse/Nationale Nederlanden*) en HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503 m.nt. C.E. du Perron (*Buter e.a./Besix, Buter en Tiethoff/Besix en De Vliert*).

dan kan wellicht een neiging naar een meer objectieve uitleg bestaan. Het schoolplan, de schoolgids, het schoolreglement en het leerlingenstatuut van een school geldt voor iedere leerling en deze worden zonder betrokkenheid van aanstaande ouders en leerlingen tot stand gebracht, zodat er voor een uniforme uitleg aanleiding is. Het komt bij uitleg van dergelijke stukken waarschijnlijk niet zo zeer aan op de gemeenschappelijke partijbedoelingen en dus zal eerder een grammaticale of taalkundige uitleg meespelen gericht op uniforme en collectieve toepassing van het schoolplan, de schoolgids, het schoolreglement en het leerlingenstatuut. Maar, zoals ook geldt bij de uitleg van gestandaardiseerde of door algemene voorwaarden beheerste overeenkomsten, zal voor de vraag naar de uitlegmethode niet te snel de betrokkenheid bij de totstandkoming van de voorwaarden beslissend zijn, nu er over de rest van de overeenkomst immers wel van gedachten kan worden gewisseld.³³ Ook pleegt de school bijvoorbeeld over schoolplan, schoolgids, reglementen en leerlingenstatuten overleg met de medezeggenschapsraad waarin ouders en leerlingen vertegenwoordigd zijn. De school heeft instemming van de medezeggenschapsraad dan wel het deel van de oudergeleding of leerlingengeleding nodig voor bijvoorbeeld het vaststellen of wijzigen van het schoolplan,³⁴ een schoolreglement,³⁵ de schoolgids, of een ouder- of leerlingenstatuut. De medezeggenschapsraad doet schriftelijk verslag van zijn werkzaamheden en bevordert naar vermogen openheid en onderling overleg in de school.³⁶ Bevat deze verslaggeving voor iedere leerling en diens ouders kenbare gegevens dan kan deze meespelen bij de uitleg en kan deze de verwachtingen over en weer kleuren.

De aspirant leerlingen en de ouders hebben dan wel (zelf nog) geen rol gehad in de vaststelling van schoolgidsen of andere reglementen, wel hebben zij informatie over de school gekregen via open dagen of bijvoorbeeld een kennismakingsgesprek dat partijen bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst kunnen voeren. Ook hieruit kunnen verwachtingen volgen die zich ervoor lenen via de *Haviltex*-maatstaf meegewogen te worden. Scholen en ouders zullen daarnaast voor leerlingen met een specifieke ondersteuningsbehoefte nadere afspraken maken. Zo wordt na overleg met de ouders in een ontwikkelingsperspectief bijvoorbeeld de wijze van begeleiding opgesteld. Hierbij worden ouders en leerlingen nader betrokken en kunnen over en weer verwachtingen worden gewekt. Ook dergelijke elementen zullen relevant zijn in het licht van de *Haviltex*-norm.

De *Haviltex*-maatstaf vormt, net als bij andere overeenkomsten,³⁷ bij de uitleg van een onderwijsovereenkomst het centrale uitgangspunt. Afhankelijk

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375.

34 Art. 10 lid 1 sub b Wms.

35 Art. 10 lid 1 sub c Wms.

36 Art. 7 lid 3 en 1 Wms.

37 Denk hier bijv. aan de huurovereenkomst en de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

van de onderwijsovereenkomst die of het type afspraak dat moet worden uitgelegd zal van een meer of minder objectieve uitleg gebruik worden gemaakt. Er is bijvoorbeeld een meer objectieve uniforme uitleg mogelijk bij uitleg van een voor iedere leerling geldende schoolgids, schoolreglement of leerlingenstatuut, terwijl er voor uitleg van individuele concrete afspraken bijvoorbeeld in het kader van ondersteuningsbehoefte eerder oog voor partijbedoelingen is. Alle omstandigheden van het geval blijven relevant, gewaardeerd naar hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen. Zo kan in het voorliggende geval voor het onderwijs een subtiële uitlegmaatstaf worden gebruikt, waarbij de flexibele eisen van redelijkheid en billijkheid ruimte bieden om rekening te houden met de context van het onderwijs en de mogelijk uiteenlopende belangen van de school en de leerling.

3.2.2.5 *Contra proferentem en dynamische uitleg in het onderwijs*

Kunnen de omstandigheden van het geval aanleiding geven tot een uitleg *contra proferentem* en in hoeverre kunnen latere ontwikkelingen in de relatie tussen leerling en school bij uitleg worden meegenomen?

Alle omstandigheden van het geval spelen een rol in de contextgebonden toetsing³⁸ en zijn relevant bij de vraag wat partijen redelijkerwijs mochten verwachten. De Hoge Raad geeft in het *Haviltex*-arrest als voorbeelden van relevante omstandigheden 'tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht'.³⁹ Te denken valt voorts aan de gezichtspunten omschreven in het *Bunde/Erckens*-arrest.⁴⁰ Een belangrijk gezichtspunt wordt gevormd door de uitleg *contra proferentem*. Deze houdt kort gezegd in dat een door een professionele partij eenzijdig aangedragen onduidelijk beding in het voordeel of ten gunste van de andere niet professionele partij wordt uitgelegd.⁴¹ Ook in het onderwijs kan mijns

38 Jansen 2012, p. 243. Ook bij een meer objectieve uitleg zullen de omstandigheden van het geval relevant zijn, al ligt daar de nadruk op de objectief kenbare feiten en omstandigheden, zie Valk 2016b, p. 20.

39 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*). Ofwel 'de hoedanigheid van contractspartijen', bijv. professionaliteit. Ook is te denken aan gezichtspunten of omstandigheden in de zin van 'de wijze waarop uitvoering aan het contract is gegeven' en 'de aard van de overeenkomst'. Zie voorts Schelhaas 2017, nr. 16.2; Tjittes 2009.

40 HR 17 december 1976, NJ 1977/241 m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*) aangaande de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen, waarmee vervolgens ook de inhoud van de (eventuele) overeenkomst vaststaat: de waarschijnlijkheid van een bepaalde uitleg, de bekendheid van partijen met de technische betekenis van een bepaalde term, de beschikbaarheid van deskundige bijstand aan de zijde van partijen en de verenigbaarheid van een bepaalde uitleg met het door partijen beoogde resultaat. Deze kortere omschrijving van de gezichtspunten dan in het arrest zelf ontleen ik aan Jansen 2012, p. 243.

41 HR 1 juli 1977, NJ 1978/125 (*Ram/Matser*) aangaande koop: 'dat het voorts bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen'. In art. 6:238 lid 2 BW is een *contra proferentem*-uitleg dwingend voorgeschreven t.a.v. algemene voorwaarden bij

inziens een rol weggelegd zijn voor deze uitleg *contra proferentem*, zodat in een dergelijk geval de voor de leerling gunstige uitleg zal moeten worden gevolgd en waar nodig de leerling kan worden beschermd. Hier is bijvoorbeeld vooral aanleiding toe indien schriftelijke bedingen eenzijdig door de school zijn opgesteld.

Ook de invalshoek van een ‘*dynamische uitleg*’ kan een belangrijke kijk op uitleg in de context van het onderwijs opleveren. Valk heeft in zijn preadvies over uitleg van rechtshandelingen rechtspraak aangaande uitleg geanalyseerd en is gestuit op volgens hem een van de belangrijkste ontwikkelingen in het uitlegleerstuk, die hij introduceert met het begrip dynamische uitleg.⁴² Het draait daarbij om de betekenis van hetgeen zich gedurende langere tijd heeft afgespeeld. Het peilmoment voor de uitleg is in het licht van dynamische uitleg volgens Valk dan ook niet slechts de totstandkoming waarbij voor de omstandigheden die zich daarna voordoen alleen een bijrol is weggelegd.⁴³ Hij geeft aan dat een overeenkomst stilzwijgend tot stand kan komen, maar ook stilzwijgend van inhoud kan veranderen op grond van de feitelijk tussen partijen bestaande situatie zoals zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld. Deze ontwikkeling vergt volgens Valk een voortschrijdende *Haviltex*-aanpak, waarbij de ‘Haviltexmaatstaf niet eenmaal moet worden toegepast, maar op relevante volgende momenten steeds opnieuw’.⁴⁴

Vooraf bij duurverhoudingen kan dit volgens Valk van grote betekenis zijn nu de uitvoering van de overeenkomst over meerdere jaren is verspreid. Dit is bij een onderwijsovereenkomst het geval.⁴⁵ Het heeft tot gevolg dat ‘de wijze waarop partijen zich in de uitvoeringsfase van een overeenkomst gedragen ertoe kan leiden dat die overeenkomst van inhoud wijzigt’.⁴⁶ De wijze van gedragen gedurende de looptijd van het contract en dus de manier waarop partijen feitelijke invulling aan het contract geven, kan invloed hebben op het gerechtvaardigde vertrouwen en daarmee op de inhoud van het contract. Voor het onderwijs brengt deze dynamische uitleg bij uitstek de mogelijk-

een consumentenovereenkomst.

42 Valk 2016b, p. 29. Hij bespreekt het arrest HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, NJ 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (*VDE c.s./Fuchs c.s.*) en andere zoals HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), HR 31 oktober 2008, NJ 2009/486 (*Erdkamp c.s./DLO*) en HR 8 juni 2012, NJ 2012/364 waaruit hij deze dynamische uitleg afleidt. Ik laat deze arresten verder onbesproken.

43 Ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/363 lijkt met latere omstandigheden rekening te houden, zij het eerder in de vorm van een bijrol: ‘(...) het feit dat het bij uitleg gaat om het vaststellen van de betekenis van de partij-afspraken in het licht van de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, sluit uiteraard niet uit dat mede wordt gelet op zich later voordoende omstandigheden, voor zover die voor de uitleg relevant zijn; zo kan met name het gedrag van partijen bij de uitvoering van de overeenkomst aanwijzingen bieden omtrent de wijze waarop zij hun afspraak hebben opgevat c.q. omtrent hetgeen zij met hun afspraak hebben beoogd’.

44 Valk 2016b, p. 31.

45 Zie par. 3.3.6.

46 Valk 2016b, p. 31.

heid mee om rekening te houden met de ontwikkeling van het kind dat gedurende de schooltijd groeit en leert en de mate van betrokkenheid en inzet van de leerling die naargelang het ouder worden mogelijk intensiveert. De inhoud zal zich aan kunnen passen gedurende het schoolleven. Inherent aan de relatie in het onderwijs is het dynamische karakter ervan. Met de ontwikkeling van de leerling ontwikkelt het contract als het ware mee.

Ook zou de dynamische uitleg bijvoorbeeld aan kunnen sluiten bij het voor een nieuw jaar vaststellen van schoolgids, schoolreglement of het leerlingenstatuut. De medezeggenschapsraad heeft een instemmingsbevoegdheid onder andere wat betreft verandering van onderwijskundige doelstellingen, vaststelling of wijziging van de schoolgids, het leerlingenstatuut e.d. Bij een gewijzigde koers in de uitvoering kan ook de inhoud van het contract zich aanpassen, wijzigen.

Een ontwikkelingsperspectief voor een leerling die extra ondersteuning nodig heeft, kan gaande weg worden opgesteld (uiterlijk binnen 6 weken na inschrijving),⁴⁷ ook daarmee kan het contract een nadere wending krijgen. Het ontwikkelingsperspectief betreft onder andere de te bieden begeleiding en ondersteuning van een specifieke leerling; het kan nodig zijn om de zeilen naar gelang de ontwikkeling van het kind gedurende de looptijd van het contract bij te stellen. Wellicht kan deze bijstelling ook plaatsvinden door de wijze van begeleiding zelf gaande weg aan te passen aan de behoefte van het kind. De mogelijkheid de overeenkomst dynamisch uit te leggen geeft voldoende ruimte en flexibiliteit om met de bijzondere elementen in de relatie tussen leerling en school rekening te houden.

3.2.3 Aanvulling op grond van de wet

3.2.3.1 Inleiding

De regering heeft benoemd dat uit de rechtsbetrekking in het onderwijs 'voor beide partijen rechten en verplichtingen voortvloeien welke deels worden bepaald door de onderwijsregelgeving'.⁴⁸ Dit past naadloos in het kader van artikel 6:248 lid 1 BW: de overeenkomst heeft immers niet alleen de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen maar ook die naar de aard van de overeenkomst voortvloeien uit de wet. De vraag is evenwel *hoe*, nu de meeste regels uit de onderwijswetgeving zijn geschreven voor de (verticale) relatie tussen de overheid en de school en in beginsel niet voor de (horizontale) contractuele relatie tussen de school en de leerling. Daar zal ik in het navolgende op terug komen (zie hierover par. 3.2.3.3).

⁴⁷ Art. 40a Wpo, art. 26 Wvo en art. 41a Wec.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 616, nr. 6, p. 53.

Wetsbepalingen kennen twee vormen waarin zij invloed kunnen uitoefenen op een rechtsverhouding. Zo kunnen bepalingen van regelend recht of dwingend recht zijn. Regelend recht vult slechts aan wanneer partijen iets ongeregeld hebben gelaten. Dwingend recht vult in een dergelijk geval ook aan, maar een dwingende wetsbepaling gaat daarnaast verder omdat deze tevens de vrijheid van partijen beperkt om in een overeenkomst een afwijkende regeling te treffen. Na een korte uiteenzetting van de theorie met betrekking tot aanvulling op grond van de wet (par. 3.2.3.2) bekijk ik of de onderwijswetgeving aanvullend kan werken wanneer partijen in hun overeenkomst bepaalde onderwerpen ongeregeld laten (par. 3.2.3.3). Relevant is voor wie de onderwijswetgeving is geschreven en in hoeverre deze regelgeving werking kan hebben in de interne relatie tussen leerling en school. Nadat ik dit in kaart heb gebracht, ga ik na wat de theorie meebrengt als partijen in hun onderwijsovereenkomst een afwijkende regeling zijn overeengekomen (par. 3.2.3.4). Tot slot verken ik de vraag in hoeverre een onderwijsinstelling eigenlijk vrij kan zijn van de wet (par. 3.2.3.5).

Onderwijswetgeving kan op diverse manieren doorwerken in een onderwijsovereenkomst. Naast de in deze paragraaf te bespreken aanvulling op grond van de wet kunnen bepalingen uit de onderwijswetgeving ook via uitleg of via de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hun stempel drukken op een onderwijsovereenkomst. Deze mogelijkheden worden verderop in dit hoofdstuk besproken (zie par. 3.2.6).

3.2.3.2 Regelend of dwingend recht en aanvulling op grond van de wet

De wet kan de rechtsverhouding op twee manieren nader invullen: met behulp van regelend recht en dwingend recht.⁴⁹ Bepalingen van regelend recht zijn geschreven voor gevallen waarin partijen iets ongeregeld hebben gelaten, de wet vult dat wat partijen zijn overeengekomen aan met regelend of anders gezegd aanvullend recht. De wetgever vindt het niet nodig om rechtstreeks in te grijpen in het contract, maar volstaat met een aanvulling.

Daarnaast bestaan er bepalingen waar partijen niet van kunnen afwijken. Dwingend recht grijpt in dat geval in op de contractsvrijheid van partijen, bijvoorbeeld om de zwakkere partij te beschermen of in het belang van de

⁴⁹ Over aanvullend en dwingend recht: Loth 2009. Zie over het gebruik van het begrip 'aanvullende bron van verbintenissen' in het licht van art. 6:248 BW, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/380, dit begrip kent een ruime en een beperkte betekenis: 'Een regel van dwingend recht is steeds aanvullend in de eerstgenoemde betekenis, [lees ruime zin, ongeacht of zij naast of in plaats van de door partijen in het leven geroepen rechtsgevolgen treden (SV)] omdat hij rechtsgevolgen voor partijen teweegbrengt ongeacht of zij zelf een voorziening in hun contract hebben opgenomen.' 'In de tweede meer beperkte betekenis wordt bedoeld op bronnen die hun werking slechts doen gevoelen indien partijen een bepaalde kwestie in hun overeenkomst ongeregeld hebben gelaten. Aanvullend in de tweede betekenis zijn wetsbepalingen van regelend recht (...).'

rechtsorde als geheel.⁵⁰ Komen partijen iets overeen dat strijdig is met of afwijkt van een dwingende wetsbepaling, dan verhindert die wetsbepaling (het dwingende recht) in ieder geval de geldigheid van de partijafpraak.

Overigens kan het zijn dat de dwingende regeling ook voorziet in een voor partijen geldende regel, hetzij in het geval dat het contract ter zake een leemte kende⁵¹ – dan vervult het dwingende recht dezelfde rol als regelend recht⁵² –, hetzij in het geval dat partijen ter zake een strijdige regeling overeenkwamen.⁵³ Deze laatste vorm van aanvulling vindt echter niet steeds plaats. Zo kunnen er bepalingen zijn die weliswaar de tussen partijen overeengekomen regel wegslaan, maar die niet per definitie een eigen regeling in de plaats stellen.⁵⁴ Na een leemte al dan niet aanvullen zal dan ook afhankelijk zijn van de inhoud van de dwingende regel.

3.2.3.3 Kan de onderwijswetgeving aanvullend werken?

De onderwijswetgeving is erg uitgebreid, dynamisch, regelt zeer diverse onderwerpen en behelst verschillende meer of minder open of concrete normen. De sectorwetgeving⁵⁵ zoals de Wpo, de Wvo en de Wec springt hierbij in het oog, maar ook de Leerplichtwet, de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet medezeggenschap op scholen zijn van belang. Uit artikel 23 lid 1 Gw volgt dat het onderwijs voorwerp is van de aanhoudende zorg van de regering. Deze zorg uit zich in het bekostigen van het onderwijs, het reguleren ervan en het handhaven van de regels door middel van het houden van toezicht.⁵⁶ In artikel 23 Gw bevindt zich ook het klassieke grondrecht betreffende ‘de vrijheid van onderwijs’ met als onderdeel daarvan de vrijheid van inrichting. Deze vrijheid van onderwijs komt in beginsel toe aan bijzondere scholen. De vrijheid van inrichting speelt evenwel ook voor openbare scholen een rol, zo

50 Nieuwenhuis 2015, p. 57; Valk 2016a, nr. 270. Dwingend recht kent verschillende gradaties, bijvoorbeeld semidwingend recht, en andere varianten zie Loth 2009 p. 6 .e.v. Zie voor het arbeidsrecht Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/16, 17 over semidwingend, driekwart dwingend, een derde dwingend, eenzijdig dwingend en relatief dwingend recht.

51 Komen partijen bij een arbeidsovereenkomst bijv. geen vakantiedagen overeen, dan gelden deze dagen op grond van de wet alsnog. Het dwingende recht vult de leemte in de overeenkomst aan (art. 7:634 jo. 7:645 BW).

52 Valk 2016a, nr. 270; Loth 2009, p. 3 nr. 1a.

53 Komen partijen bij een arbeidsovereenkomst bijv. een afwijkende regeling omtrent vakantiedagen overeen en krijgt de werknemer te weinig, dan zal het dwingende recht aanvullen (art. 7:634 jo. 7:645 BW).

54 Te denken valt aan het ijzeren proeftijdbeding; komt de werkgever een te lange proeftijd overeen, dan heeft geen proeftijd te gelden. Zie ook hierna p. 89.

55 In het onderwijs bestaan verschillende onderwijssectoren, waaronder het primair en voortgezet onderwijs (met als sectorwetten de Wpo, Wec en Wvo en lagere wetgeving). De term ‘sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving’ kan worden gebruikt om het geheel aan regelgeving in de Nederlandse onderwijssector (te vergelijken met de zorgsector) aan te geven.

56 Paijmans 2013, p. 395.

geldt er (krachtens ongeschreven recht) pedagogische autonomie voor openbare scholen.⁵⁷ Dit brengt mee dat een school in bijzondere mate zelf geëigend is het onderwijs en haar relatie met de leerling vorm te geven. De wetgever grijpt – met inachtneming van deze vrijheid – evenwel in door in onderwijs-wetgeving nadere eisen te formuleren, om zo de kwaliteit van het onderwijs te waarborgen. Dit doet de wetgever bijvoorbeeld in de vorm van bij wet te regelen deugdelijkheidseisen (zie art. 23 leden 5 en 6 Gw). In algemene vorm zijn twee deugdelijkheidseisen terug te vinden in artikel 23 lid 2 Gw zelf: ‘bekwaamheid en zedelijkheid van hen die onderwijs geven’.⁵⁸ Maar ook in de sectorwetten wordt aan scholen speciale eisen opgelegd. Hiervoor maakt de overheid gebruik van meer open normen, zoals de verplichting voor scholen ‘zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs op school’ en van concretere normen ten aanzien van de ‘bevoegdheid van degene die onderwijs geeft’ of ten aanzien van de te geven ‘vakken’ en het ‘aantal uren’.⁵⁹ Zodoende geeft de wetgever als het ware een ondergrens in de vorm van minimumeisen waaraan scholen moeten voldoen.⁶⁰ De onderwijswetgeving ziet in beginsel op de verhouding tussen de overheid en de school en aan de niet-naleving ervan kunnen zowel voor een openbare als een bijzondere school bekostigings-

57 Kort gezegd komt het erop neer dat scholen ruimte hebben om de onderwijskundige identiteit, het schoolklimaat, de organisatie, de ordehandhaving, het rooster, het lesgeven, de begeleiding van leerlingen en de examinering zelf in te vullen, zie Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 14. Er bestaat hierbij de vrijheid te kiezen voor een bepaalde pedagogische methode, leermiddelen, om binnen bepaalde grenzen het onderwijsproces o.b.v. eigen inzichten in te richten, leraren aan te stellen/te benoemen e.d. Zie: Pajmans 2013, p. 439; Huisman 2002, p. 53; Noorlander 2005, p. 89; Nolen 2017, p. 42; Rb. Amsterdam 29 juli 1999, AB 2000, 105 m.nt. B.P. Vermeulen onder 2 ‘pedagogisch-didactische autonomie die niet alleen aan het bijzonder onderwijs (art. 23 lid 6 Gw) maar ook aan het openbaar onderwijs toekomt’.

58 De algemene eisen uit lid 2 worden als verplichtingen aan alle scholen binnen het onderwijs-bestel opgelegd, ongeacht of zij wel of niet uit de openbare kas worden bekostigd. De eisen van deugdelijkheid waarvan lid 5 en 6 spreken hebben uitsluitend betrekking op het uit de openbare kas bekostigde onderwijs, zo geven Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 26 en Mentink & Vermeulen 2011, p. 97 aan.

59 Zie Pajmans 2013, p. 398, 399.

60 Zie in dit verband Mentink 2012, p. 13; Pajmans 2013, p. 397 onder verwijzing naar Mentink en Laemers. Volgens Mentink is de wetgever gebonden aan de maat van het noodzakelijke en slechts bevoegd een ondergrens van kwaliteit te bepalen, gelet op de vrijheid van onderwijs die door deugdelijkheidseisen wordt beperkt. In zijn omschrijving bevatten deugdelijkheidseisen minimumeisen of minimumonderwijsnormen voor de inrichting van scholen jegens de overheid, zie Mentink 1995, p. 41. ‘Bij deugdelijkheidseisen gaat het om objectieve criteria die voor alle instellingen gelijkelijk gelden. Het betreft kaders (eisen aan docenten, organisatie, schooltijden en dergelijk) en inhoudelijke opdrachten (kerndoelen, soms ook proceskenmerken) waaraan elke instelling in een bepaalde onderwijssector moet voldoen’, zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3 (MvT), p. 10-11 en Laemers 2008, p. 20.

beperkende sancties kleven.⁶¹ In dat verband rijst de vraag of deze regelgeving ook geldt of doorwerkt in de horizontale relatie tussen leerling en school. In het verlengde hiervan rijst de vraag of de onderwijswetgeving de rechtsgevolgen van een overeenkomst kan aanvullen.⁶²

'Regelen' voor het openbaar onderwijs

Een groot deel van de bepalingen uit de onderwijswetgeving wordt aangemerkt als *'regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs'*. Ook zijn er *'overige regelen voor het openbaar onderwijs'* en *'overige voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs'*.

Voor wat betreft het openbaar onderwijs gelden de wettelijke regels in de onderwijswetgeving als algemeen verbindende voorschriften.⁶³ Het bevoegd gezag van een openbare school en de betrokkenen binnen de school, zoals de leerkrachten en leerlingen, zijn *'volledig onderworpen aan de wettelijke regels'*.⁶⁴ Dat wil zeggen dat de wettelijke regels ook in de *'interne verhoudingen rechtstreekse werking'* hebben.⁶⁵ De wettelijke regels binden niet alleen rechtstreeks de school maar ook bijvoorbeeld de leerlingen en ouders.⁶⁶ Anders gezegd hebben regels voor het openbaar onderwijs *'voor zover ze zich daartoe lenen interne werking'*, zo formuleren Vermeulen en Zoontjens.⁶⁷ Naar mijn idee wordt hiermee bedoeld dat hoewel de wetgeving is vormgegeven in de verhouding tot de school, deze wetgeving, voor zover de bepaling zich ervoor leent, ook werkt in de relatie met de leerling met als gevolg dat ook de leerling er aanspraak op kan maken en er rechten aan kan ontleen. Voor de school ontstaan er zo uit de wetgeving mogelijk verplichtingen die ook jegens het kind werken. Wanneer leent een bepaling zich voor interne werking? Dat wordt in de literatuur niet omschreven. Mijns inziens ligt het voor de hand bij dit criterium met name te denken aan bepalingen die gericht zijn op het kind of de ouders, die direct het kind of de rechtsverhouding tussen kind en school aangaan en/of die (mede) het belang van de leerling beogen te beschermen.

61 In navolging van Mentink & Vermeulen maak ik geen onderscheid tussen *'deugdelijkheidseisen'* en *'bekostigingsvoorwaarden'*. Mentink merkt op dat er in de literatuur hierover geen verschil van mening meer bestaat, *'van een juridisch onderscheid is geen sprake'*, zie Mentink 2012, p. 6 voetnoot 6; Mentink & Vermeulen 2011, p. 97-98.

62 In het beroepsonderwijs geeft art. 8.1.3 Web reeds aan dat de rechten en verplichtingen uit *'de wet'* de overeenkomst aanvullen, het eerste deel van lid 3 luidt: De overeenkomst regelt de rechten en verplichtingen van partijen, daaronder begrepen die welke voortvloeien uit de wet. Ook geeft lid 3 aan waarover de overeenkomst ten minste bepalingen moet omvatten.

63 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65.

64 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65.

65 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65.

66 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 8.

67 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9.

In het openbaar onderwijs zal de onderwijswetgeving de contractuele relatie tussen leerling en openbare school nader op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aanvullen, voor zover de bepalingen uit de onderwijswetgeving zich hiervoor lenen.

‘Bekostigingsvoorwaarden’ voor het bijzonder onderwijs

Voor het bijzonder onderwijs bestaat er evenwel onduidelijkheid: in hoeverre gelden de bekostigingsvoorwaarden als algemeen verbindende voorschriften of functioneren zij als zodanig? De literatuur is niet helemaal eenduidig. Sommigen stellen dat de voorwaarden op de bekostiging zien en derhalve alleen gericht zijn tot de school, met als gevolg dat zij slechts werken in de relatie tussen de overheid en de school. Het bevoegd gezag is de ‘exclusieve normadressaat’ van de bekostigingsvoorwaarden.⁶⁸ Om werking te kunnen hebben in de interne relatie tussen de leerling en de school zou er dan een doorvertaling, omzetting of transformatie nodig zijn, bijvoorbeeld in een contract.⁶⁹

Deze auteurs nuanceren deze opvatting tegelijkertijd wel. Zo spreken zij over de bekostigingsvoorwaarden ook wel in termen van ‘interne werking’, ‘rechtstreekse gelding’ of ‘rechtstreekse werking’ in de relatie van de school tot de leerling.⁷⁰ En in termen van ‘doorwerking’ of ‘derdenwerking’.⁷¹ De literatuur en parlementaire geschiedenis in ogenschouw nemende, lijkt de meest gangbare opvatting te zijn dat de vraag naar werking van een bekostigingsvoorwaarde en een eventuele aanspraak van andere betrokkenen daarop afhankelijk is van de formulering en de strekking van de bepaling.⁷² Be-

⁶⁸ Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9.

⁶⁹ Volgens Vermeulen & Zoontjens is er een ‘doorvertaling’ van de voorwaarden in statuten van het bevoegd gezag van een bijzondere school nodig wil de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden werking hebben in de relatie met leerlingen. Er moet zijn ‘doorgecontracteerd’ willen deze werken in de interne relatie: Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 65 e.v. Noorlander geeft aan dat de onderwijsovereenkomst de mogelijkheid biedt om hierin naar de bekostigingsvoorwaarden te verwijzen, als bij de onderwijsovereenkomst behorende algemene voorwaarden. Noorlander 2005, p. 271. Zie over de status van bekostigingsvoorwaarden ook: Beurskens 1988, deel I, p. 317-333 en deel II p. 369-381; Zoontjens 1990, p. 31-47; Zoontjens 1999, p. 14-15; Zoontjens 2010, p. 76, 77.

⁷⁰ Niet altijd is een ‘doorvertaling’ nodig, zie de nuancering van Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 67 e.v.; Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9 en par. 7, p. 14, 15. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 177, nr. 3, p. 2 over een nietigheidsbepaling (art. 24 lid 1 Wbo oud): ‘Het feit dat de nietigheid in het primair onderwijs aldus geregeld wordt in een afdeling “Regelen voor openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs” levert geen beletsel op voor een rechtstreekse werking, omdat dit laatste uit de redactie van de bepaling dient te worden afgeleid. Nietigheid van een overeenkomst kan immers bezwaarlijk als een bekostigingsvoorwaarde worden gezien.’ Vgl. Sperling 2009, p. 60, onder verwijzing naar Hof ‘s-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628, r.o. 3.2.

⁷¹ Noorlander 2008b, p. 9; Noorlander 2005, p. 271 e.v., p. 645, vgl. p. 500 voetnoot 232.

⁷² Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9 en par. 7, p. 14, 15; *Kamerstukken II 1996/97*, 25 177, nr. 3, p. 2.

schermt deze (naast het publieke belang dat de overheid dient ook) de belangen van bijvoorbeeld leerlingen dan zal een bekostigingsvoorwaarde toch werken in de interne relatie met een leerling.⁷³ De rechtstreekse werking of zo men wil doorwerking kan kortom uit de redactie van de bepalingen worden afgeleid en uit de strekking, het beschermingsbereik, doel of ratio van de bepaling. Gaat ervan een rechtstreeks belang van leerlingen uit, kijkend naar redactie en strekking, dan zal de bepaling ondanks het feit dat deze in een bekostigingsvoorwaarde is gegoten, een plaats krijgen in de onderlinge relatie met de leerling. De leerling kan er aanspraak aan ontleen en zich erop beroepen. Voorbeelden volgens de literatuur van bekostigingsvoorwaarden waaraan moeilijk interne werking kan worden ontzegd zijn bijvoorbeeld 'procedurele regels die het bevoegd gezag ook jegens leerlingen en ouders in acht zal hebben te nemen', zoals artikel 14 Wpo inzake de klachtenregeling of de artikelen 40 en 63 Wpo over toelating en verwijdering van leerlingen.⁷⁴ Een voorbeeld biedt mijns inziens ook artikel 9 Wpo dat aangeeft welke vakken het onderwijs omvat. Een ander voorbeeld biedt mijns inziens artikel 40c Wpo (zie ook art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo, en art. 40a Wec) dat schorsing van een leerling mogelijk maakt voor maximaal één week. In de parlementaire geschiedenis is de ratio of strekking van de vijfdagentermijn niet terug te vinden, het ligt evenwel in de rede dat het belang van de leerling een belangrijke rol heeft gespeeld: de leerling zal niet te lang verstoken moeten blijven van onderwijs.

De genuanceerde opvatting volgend is het dus de vraag wat de strekking of ratio is van een voorliggende wettelijke bepaling: beoogt deze ook de rechtsverhouding tussen school en leerling vast te leggen/te regelen? Bij bepalingen die bijvoorbeeld het onderwijsprogramma of de leerling e.d. kunnen betreffen, hoewel als bekostigingsvoorwaarden bestempeld, kan dit inderdaad het geval zijn: strekken deze ook tot bescherming van de belangen van leerlingen en ouders dan zullen deze de onderwijsovereenkomst aanvullen, de rechten en verplichtingen nader invullen en onderdeel van de overeenkomst uitmaken.

Hoe verhoudt deze opvatting zich tot het criterium in het openbaar onderwijs, dat regels interne werking hebben, voor zover ze zich ertoe lenen? Naar mijn idee komen beide per saldo op hetzelfde neer en is dit ook toe te juichen. In beide gevallen zal het draaien om de vraag of een voorliggende bepaling gericht is op de leerling, of deze direct de leerling aangaat en of de bepaling derhalve het belang van de leerling beschermt, gelet op de formulering en strekking ervan. Is dat het geval dan zal zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs de bepaling werken in de relatie tussen de leerling en de school. Het ligt mijns inziens voor de hand de benadering in het openbaar

73 Vgl. Noorlander 2008b, p. 9; Noorlander 2005, p. 271 e.v., p. 645.

74 Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5, p. 9 voor meerdere voorbeelden zie hun verwijzing in voetnoot 13.

en bijzonder onderwijs gelijk te trekken, nu er op het niveau van de leerling mijns inziens geen aanleiding is de belangenbescherming die bepalingen bieden aan de leerlingen in het bijzonder onderwijs te onthouden.

Mocht de vraag naar strekking van een voorliggende bepaling niet tot een eenduidig antwoord leiden en is daardoor niet duidelijk of deze de contractuele relatie aanvult, dan kunnen de bepalingen eventueel via de verwachtingen van partijen, het gerechtvaardigd vertrouwen en daarmee de *Haviltex*-maatstaf gewaardeerd naar de eisen van redelijkheid en billijkheid (hiervoor par. 3.2.2) of via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in het licht van artikel 3:12 BW (hierna par. 3.2.4) alsnog meespelen in de contractuele verhouding (zie par. 3.2.6).

Zou men in tegenstelling tot de genuanceerde opvatting strak vasthouden aan de visie dat het in het bijzonder onderwijs puur om bekostigingsvoorwaarden draait aangezien de onderwijswetgeving puur zou zijn gericht op de relatie tussen de overheid en de bijzondere school, dan ligt aanvulling op grond van de wet niet in de rede. Maar toch zal de onderwijswetgeving – indien niet al ‘doorgecontracteerd’ – in de contractuele relatie via de *Haviltex*-maatstaf en de eisen van redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen. De onderwijswetgeving blijft zo van belang. Hieraan wordt nader aandacht besteed in paragraaf 3.2.6.

Partijen laten bepaalde onderwerpen in onderwijsovereenkomst ongeregeld

Zowel in het openbaar als het bijzonder onderwijs kan de onderwijswetgeving aanvullend werken, wanneer partijen bepaalde onderwerpen in een onderwijs-overeenkomst ongeregeld laten. Zo zal in het geval van een onderwijsovereenkomst de onderwijswetgeving de onderwijsovereenkomst aanvullen indien de bepaling uit de onderwijswetgeving gelet op de strekking of redactie ervan zich er kort gezegd voor leent. Hier geldt dus het zojuist besprokene betreffende de regels in het openbaar onderwijs en de bekostigingsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs en de werking van de onderwijsbepalingen in de relatie met de leerling. Deze werkwijze is in lijn met de parlementaire geschiedenis van artikel 6:248 lid 1 BW. Het antwoord op de vraag uit welke wetsbepalingen nu rechtsgevolgen voor een concrete overeenkomst voortvloeien, moet worden bepaald door ‘interpretatie van de wilsverklaringen van partijen enerzijds en door uitlegging van de voor toepassing in aanmerking komende wetsbepalingen anderzijds’.⁷⁵ De wet moet worden uitgelegd: de redactie/formulering en strekking moet worden bekeken om te achterhalen of deze ook rechtsgevolgen meebrengt voor de voorliggende overeenkomst. Laten partijen bepaalde onderwerpen ongeregeld, dan is het onderscheid tussen regelend of dwingend recht niet relevant, aangezien de wet dan in beide gevallen de leemte aanvult.

75 Parl. Gesch. Boek 6, p. 920 (TM).

3.2.3.4 Wat als partijen een afwijkende regeling zijn overeengekomen?

Anders wordt het als partijen iets zijn overeengekomen dat afwijkt van de wet. Dan is het onderscheid tussen regelend en dwingend recht wel relevant. In het eerste geval mag er immers in contract van worden afgeweken en in het tweede geval niet. Soms is de wet zelf duidelijk over de vraag of er sprake is van dwingend recht. Zo kan uit de redactie van de wet volgen dat een wettelijke regeling een dwingend karakter draagt, te denken valt aan diverse bepalingen uit Boek 7 BW die dit met zoveel woorden benoemen (ook de gevolgen van afwijking, bijvoorbeeld nietigheid of vernietigbaarheid, zouden in de bepaling zelf kunnen staan).⁷⁶ Als het dwingende karakter niet uit de formulering van de bepaling zelf blijkt, zal dit eveneens moeten worden vastgesteld door de strekking van de bepaling te beoordelen.⁷⁷ Bepaalt de wet zelf niet expliciet of een bepaling dwingend is of niet of geeft de wet verder geen concrete aanwijzing, dan zal dus moeten worden gekeken naar de bedoeling van de wetgever en de strekking van de wettelijke regeling.⁷⁸

In de standaardliteratuur op het terrein van het overeenkomstenrecht komen voornamelijk voorbeelden van regelende of dwingende bepalingen uit het BW terug waarbij duidelijk is of er sprake is van een regelende of dwingende regel en wat daarvan de mogelijke gevolgen voor een overeenkomst zijn. Met 'wet' wordt in artikel 6:248 lid 1 BW bedoeld 'wet in formele zin'.⁷⁹ Hoewel hier in eerste instantie wordt gedacht aan wetgeving in het BW zelf, is het ook mogelijk dat publiekrechtelijke regelgeving hieronder valt. Bij bepalingen in het BW zal er doorgaans door de wetgever nagedacht zijn over

76 In het BW zelf zijn verschillende formuleringen terug te vinden waaruit het dwingende karakter kan volgen: (1) in sommige gevallen bepaalt de wet expliciet dat bepalingen van (semi) dwingend recht zijn door dit in een afzonderlijk artikel aan te geven: bijv. art. 7:265 BW in het kader van huurprijzen, van de bepalingen kan niet worden afgeweken, art. 7:468 BW in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, er kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken, of art. 7:6 BW dat aangeeft dat er niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. (2) Ook kan in een wetsbepaling waarin de materiële norm staat opgenomen iets over het dwingende karakter staan, bijvoorbeeld dat er niet ten nadele van een ander kan worden afgeweken, zie bijv. art. 7:652 lid 7 BW in het geval van proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of art. 7:652 lid 3 jo. 8 BW 'elk beding waarbij een proeftijd is overeengekomen is nietig, indien...'. (3) Ook kan zonder dat e.e.a. expliciet wordt benoemd uit de formulering van de wetsbepaling volgen dat er sprake van dwingend recht, zie bijv. art. 7:617 lid 1, 'de vastgestelde vorm van loon mag niet anders zijn dan ...'. Een ander voorbeeld van een dwingende formulering biedt art. 6 Mededingingswet dat een rechtshandeling in het geheel verbiedt: 'Verboden zijn overeenkomsten tussen...'.

77 Nieuwenhuis 2015, p. 58, bij strekking is te denken aan 'bescherming van de economisch zwakkeren, goede zeden en openbare orde e.d.'.

78 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/316; Loth 2009, p. 24.

79 Ook een wet in materiële zin kan eronder vallen, mits op delegatie van de formele wetgever berustend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/381. Zie voor het begrip wet in formele zin, art. 81 Grondwet: De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.

de gevolgen van deze bepalingen voor de geldigheid van (een beding in) een overeenkomst. Bij regelgeving buiten het BW is dit niet snel het geval. Gaat het om publiekrechtelijke regelgeving, kan deze vraag naar de gevolgen voor de geldigheid lastiger te beantwoorden zijn, aangezien bij het opstellen van dergelijke regels mogelijk niet stil wordt gestaan bij de vraag wat de privaatrechtelijke gevolgen zijn van de regelgeving. In de basisliteratuur is er weinig aandacht voor publiekrechtelijke regelgeving die de overeenkomst kan beïnvloeden en aanvullen.

Bijzondere aandacht is er wel in specifieke literatuur gericht op het snijvlak van sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving (gevormd uit Europese richtlijnen) en het contractenrecht. Het gaat dan bijvoorbeeld over onderwerpen als telecomdiensten, energielevering, zorg en de financiële sector. Europese contractenrechtelijke literatuur spreekt met betrekking tot de invloed van sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving op het contractenrecht van 'regulatory contract law'.⁸⁰ Europese richtlijnen hebben geleid tot nationale publiekrechtelijke regelgeving (denk bijvoorbeeld aan de Telecommunicatiewet, de Gaswet, de Elektriciteitswet 1998, de Zorgverzekeringswet) en deze wetgeving kleurt en beïnvloedt de contractuele verhoudingen die op het desbetreffende gebied ontstaan, zo geeft Houben weer.⁸¹ Gevolg van het bestaan van dergelijke sectorspecifieke regelgeving is dat de inhoud van de overeenkomst in min of meerdere mate deels publiekrechtelijk gereguleerd is.⁸² Houben beschrijft als een van de complicaties van toepasselijkheid van publiekrechtelijke regels op overeenkomsten dat voor het achterhalen van de van toepassing zijnde regels op een bepaalde overeenkomst te rade moet worden gegaan bij allerlei specifieke, vaak lagere regelgeving, hetgeen de transparantie van de regelgeving niet bevordert.⁸³ Er rijzen ook andere vragen bij regulering ten dele door sectorspecifiek publiekrecht en het contractenrecht.⁸⁴ Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen van in strijd handelen met een bepaling uit een publiekrechtelijke regeling? Daar waar wetgeving specifiek is opgenomen met het oog om contractuele verhoudingen te reguleren wordt door de wetgever wellicht bij de mogelijke consequenties van overtreding voor de geldigheid van de overeenkomst stil gestaan. Vaak zal echter de vraag naar aanvulling of beïnvloeding van de overeenkomst door de wet in het geval van een voorliggende publiekrechtelijke regel lastiger te beantwoorden zijn, nu bij de publiekrechtelijke regel, of bij de invoering daarvan veelal geen rekenschap wordt of zal worden gegeven van de privaatrechtelijke gevolgen ervan.⁸⁵ Ook is

80 Asser/Houben 7-X 2015/31, met verwijzingen.

81 Asser/Houben 7-X 2015/31. In breder verband zie het WPNR-themanummer 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren', WPNR 2013/6998.

82 Asser/Houben 7-X 2015/32. Dit geschiedt voornamelijk vanuit de gedachte tot bevordering van marktwerking.

83 Asser/Houben 7-X 2015/32.

84 Zie nader Houben 2013, p. 1086 e.v. en andere bijdragen in het WPNR-themanummer.

85 Zie ook Ten Oever & Veldt 2016; Den Hollander 2013.

uit de publiekrechtelijke regel zelf niet altijd duidelijk af te leiden wat de privaatrechtelijke gevolgen hiervan zullen zijn.

Een voorbeeld waarbij deze gevolgen daarentegen wel duidelijk zijn, biedt de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Over de hoogte van het loon bij arbeidsovereenkomst staat in Boek 7 BW niets geregeld, wel zal er bij het overeenkomen van een bepaald loon rekening moeten worden gehouden met de wettelijke verplichting een minimumloon te betalen.⁸⁶ De Wet minimumloon en vakantiebijslag geeft in artikel 8 aan wat de hoogte bedraagt van het minimumloon. Artikel 19 verklaart vervolgens alle bedingen die strijdig zijn met het bij of krachtens de wet bepaalde nietig. Het betreft hier dus dwingend recht buiten het BW.⁸⁷ Het rechtsgevolg wordt in de publiekrechtelijke regeling weergegeven: komen partijen een loon onder het minimumloon overeen, dan is dit beding van rechtswege nietig. Op deze wijze ontstaat er een gat in de overeenkomst dat kan worden aan- of opgevuld met de dwingende bepaling betreffende de hoogte van het minimumloon. Wellicht kan voor de hoogte van het loon ook worden aangesloten bij artikel 7:618 BW (loon volgens gebruik of redelijkheid en billijkheid).

Wordt er in een overeenkomst afgeweken van een wettelijke bepaling, dan kunnen de gevolgen dus soms rechtstreeks uit de redactie van de wet worden afgeleid, zie het voorbeeld over minimumloon dat nietigheid van het afwijken-de beding tot gevolg heeft. Een wettelijke bepaling kan behalve nietigheid van rechtswege ook vernietigbaarheid meebrengen. Op deze vernietiging moet door de partij die hiertoe over wil gaan eerst een beroep worden gedaan. In tegenstelling tot de arbeidsrechtelijke wetgeving is in de bepalingen uit de onderwijswetgeving niet klip en klaar terug te vinden of de bepalingen al dan niet van dwingend recht zijn, wat al dan niet de privaatrechtelijke gevolgen zijn en of er dus in overeenkomst al dan niet van mag worden afgeweken. Dit komt omdat de onderwijswetgeving niet is geschreven met het oog op de implicaties voor een eventuele contractuele relatie tussen de leerling en de school.

Aan de hand van wetsuitleg zal door de rechter zelf uitgemaakt moeten worden of er sprake is van dwingend recht. Daarvoor zullen dus de redactie en de strekking van de bepaling onderzocht moeten worden of wellicht breder doel of strekking van de voorliggende wet. Dit kan zegge lastig zijn, de rechter zal bij weinig aanwijzingen zelf tot een oordeel moeten komen. Constateert de rechter dat sprake is van dwingend recht dan zal vervolgens na moeten worden gegaan wat de gevolgen van de afwijking van het dwingende recht zijn.

Regelt de wettelijke bepaling deze gevolgen niet zelf, dan zal namelijk door middel van artikel 3:40 BW moeten worden bepaald of en wat de gevolgen zijn van het afwijken van een wettelijke bepaling voor de geldigheid van het

⁸⁶ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/86.

⁸⁷ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/86.

beding of de overeenkomst. Artikel 3:40 BW kent als sancties nietigheid of vernietigbaarheid. Derhalve kan artikel 3:40 BW de overeenkomst of een beding ongeldig maken.

Zoals gezegd regelt de onderwijswetgeving niet zelf de gevolgen voor een beding dat afwijkt van de onderwijswetgeving. Daardoor zal voor de vraag naar de geldigheid van een afwijkende regeling te rade moeten worden gegaan bij artikel 3:40 BW. De toepassing van artikel 3:40 BW kan op zichzelf en tevens in de context van het onderwijs (op zijn zachtst gezegd) een ingewikkelde aangelegenheid zijn. Het verrichten van een rechtshandeling in strijd met de *wet* wordt geregeld in de leden 2 en 3 van dit artikel. Zo leidt strijd met een dwingende wetsbepaling tot nietigheid van de rechtshandeling. Strekt de bepaling uitsluitend tot bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, dan leidt strijd hiermee slechts tot vernietigbaarheid. De wetsgeschiedenis leert dat hierin gelezen moet worden dat het draait om het 'verrichten' ofwel het 'aangaan' van een rechtshandeling in strijd met de wet. Gaat het bijvoorbeeld om wetsbepalingen die afwijking met zoveel woorden niet toestaan dan zal de route van lid 2 bewandeld kunnen worden.⁸⁸ Er zijn echter maar weinig publiekrechtelijke bepalingen die daadwerkelijk het verrichten of anders gezegd het aangaan van de rechtshandeling verbieden. In de onderwijswetgeving staan zij in het geheel niet. Wanneer een wetsbepaling niet is gegoten in de vorm van een verbod op het verrichten van een rechtshandeling, zal een wetgever niet of nauwelijks hebben stilgestaan bij de gevolgen van de bepaling voor de geldigheid van rechtshandelingen.⁸⁹ Het feit dat een overeenkomst verplicht tot een handelen in strijd met een wettelijk voorschrift kan wel meespelen bij de vraag of 'de inhoud' of 'strekking van de rechtshandeling' in strijd is met de *openbare orde of de goede zeden* zodat mogelijk op grond van lid 1 van artikel 3:40 BW sprake is van nietigheid. Dit is het geval wanneer het specifiek gaat om wetsbepalingen die de inhoud of de strekking van de overeenkomst verbieden. Is de inhoud, anders gezegd de contractuele prestatie(s) waartoe de overeenkomst verplicht, of de strekking in strijd met de wet dan zal de vraag naar de rechtsgevolgen dus moeten worden beantwoord via de band van lid 1 van artikel 3:40 BW inzake de openbare orde en de goede zeden. Daarbij heeft te gelden dat indien een overeenkomst verplicht tot een bij de wet verboden prestatie of een verboden strekking heeft, dit niet één op één leidt tot strijd met de openbare orde, of de goede zeden.⁹⁰ In het arrest *Esmilo/Mediq* heeft de Hoge Raad vier gezichtspunten aangebracht die betrokken moeten worden bij de beantwoording van de vraag of een overeen-

⁸⁸ Zie bijv. art. 7:6 BW in het kader van koop.

⁸⁹ Hijma & Olthof 2017, nr. 50.

⁹⁰ Zie Den Hollander die spreekt over de hink-stap-sprong met vier verplichte gezichtspunten, die een hindernisbaan oplevert die de toepassing van het toch al ingewikkelde artikel nog ingewikkelder maakt: Den Hollander 2013, p. 28-37.

komst die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet op grond van strijd met de openbare orde nietig moet worden geacht:

‘(...) de rechter [dient; sv], indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.’⁹¹

In *Esmilo/Mediq* betrof het een bij wet verboden prestatie, de (inhoud of) strekking van de daar voorliggende overeenkomst was bij wet verboden.⁹² Is niet duidelijk of er sprake is van strijd met de wet dan moet eerst worden uitgemaakt of dit het geval is. De tekst van de wet kan hierover uitsluitel geven. Bij een bevestigend antwoord kan vervolgens de vraag naar strijd met de openbare orde worden beantwoord. Mogelijk is echter ook dat een rechtshandeling niet in strijd is met de letterlijke tekst van een wettelijke bepaling, maar wellicht wel met het doel of de strekking van de voorliggende wet als zodanig.⁹³ Dan moet beoordeeld worden of de inhoud of strekking van de rechtshandeling zodanig in strijd is met het doel of de strekking van de voorliggende wet dat deze in strijd wordt geacht met openbare orde (of goede zeden) en derhalve nietig is. Zie in dit verband het prejudiciële antwoord van

91 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4. Hieraan gaat vooraf: ‘Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, p. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, LJN AA5401, *NJ* 2000/652 en HR 11 mei 2001, LJN AB1555, *NJ* 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod. Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. (...)’

92 Inhoud en strekking van de overeenkomst worden samengenomen in ‘een bij wet verboden prestatie’, zo volgt ook uit r.o. 4.4. Zie ook Hijma nr. 7 en nr. 11 in zijn noot onder HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*), m.nt. Jac. Hijma.

93 Hijma T&C BW, art. 3:40, aant. 5.

de Hoge Raad in het *Wijnen Bouw/Muller*-arrest.⁹⁴ De openbare orde omschrijft de Hoge Raad in dit arrest als: fundamentele beginselen van de rechtsorde of algemene belangen van fundamentele aard.⁹⁵

Ter illustratie een voorbeeld. Artikel 9 lid 1 aanhef en onder a Wpo luidt: Het onderwijs omvat, waar mogelijk in samenhang: a. zintuiglijke en lichamelijke oefening. Stel: partijen wijken in de onderwijsovereenkomst hiervan af door overeen te komen dat er op school geen lichamelijke oefening wordt gegeven. Naar mijn idee kan afwijken van dit gebod lichamelijke oefening te verzorgen als strijdig met de tekst van artikel 9 lid 1 onder a Wpo worden aangemerkt. Bestaat er twijfel over de vraag of sprake is van strijd met de wet dan zal de tekst of de strekking van de wetsbepaling of eventueel de strekking van de wet als geheel moeten worden bekeken om te bezien of zich strijd met (de strekking van de) wet voordoet.⁹⁶ Dit is niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Wanneer wordt aangenomen dat er in strijd is gehandeld met de wet, zal vervolgens aan de hand van artikel 3:40 lid 1 BW beoordeeld moeten worden of in strijd handelen met het gebod uit artikel 9 lid 1 meebrengt dat het hiervan afwijkende beding nietig is omdat het naar inhoud of strekking (ook) in strijd kan worden geacht met de openbare orde. Hierbij zullen de gezichtspunten uit het *Esmilo/Mediq* arrest in acht genomen moeten worden. Het zijn in dit geval de belangen van de leerling, diens lichamelijke ontwikkeling en ontplooiing die door de geschonden regel worden beschermd (eerste gezichtspunt). Maar niet alleen in het belang van de leerling, ook in het algemeen belang schrijft de wet voor dat het onderwijs lichamelijke oefening moet omvatten. Lichamelijke ontwikkeling doormaken en voldoende beweging krijgen zouden nu het gaat om rechten van het kind van fundamentele aard kunnen worden beschouwd. Kortom met de inbreuk op de regel worden fundamentele beginselen geschonden. Men kan zich afvragen of ook fundamentele beginselen van

94 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*), m.nt. Jac. Hijma. De voorliggende Wet arbeid vreemdelingen (Wav) bevat niet een verbod op het overeenkomen van een verhaalsbeding en ook geen verbod om een opgelegde boete te verhalen, nu deze wet vrijwel alleen publiekrechtelijke voorschriften bevat die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd en niet de contractuele rechtsverhouding van werkgevers onderling of met derden regelt. Toch is mogelijk de inhoud of strekking van het verhaalsbeding zodanig in strijd met doel of strekking van de Wav dat het beding vanwege strijd met openbare orde of goede zeden nietig is. Hijma geeft in zijn noot onder nr. 7 aan dat naar zijn idee het doel (oogmerk van de wetgever) geen afzonderlijke vermelding behoeft nu men dit onder het rijkere strekkingsbegrip kan scharen. Ook merkt Hijma op dat zijns inziens verkieslijk is strijd met de wet als tussenstation te beschouwen en pas daarna middels *Esmilo/Mediq* de sprong naar de openbare orde te wagen. Dat ben ik met hem eens. Zie over dit arrest Ten Oever & Veldt 2016.

95 *Wijnen Bouw/Muller*, r.o. 3.5.1.

96 Zie over het redeneerpatroon in het *Wijnen Bouw/Muller*-arrest de analyse van Hijma in zijn noot onder nr. 10. Zoals in voetnoot 94 aangegeven sluit ik mij bij Hijma aan dat eerst moet worden vastgesteld of er sprake is van strijd met de (strekking van de) wet, waarna bij een bevestigend antwoord vervolgens op de voet van het arrest *Esmilo/Mediq* kan worden gesprongen naar de vraag of er (ook) sprake is van strijd met de openbare orde.

de rechtsorde in meer algemene zin worden geschonden (tweede gezichtspunt). Van met name een school mag worden verwacht dat zij ervan bewust is dat de wet lichamelijke oefening voorschrijft en daarmee ook dat zij zich ervan bewust is dat op deze regel inbreuk wordt gemaakt (derde gezichtspunt). Er is een sanctie waarin de regel voorziet (vierde gezichtspunt). Deze sanctie is af te leiden uit het stelsel van de onderwijswetgeving. Aan de bepaling kleefte zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs een bekostigings sanctie. Derhalve wordt deze sanctie in de relatie tussen de school en de overheid geregeld. Welke kant dit gezichtspunt op wijst is niet duidelijk.⁹⁷ De gezichtspunten meenende meen ik dat er inderdaad sprake kan zijn van strijd met de openbare orde, maar het is geen uitgemaakte zaak. De gezichtspunten zelf wijzen niet een duidelijke richting uit en daarbij komt dat ook de onderwijswetgever ons achterlaat met interpretatievragen. Het verdient dan ook aanbeveling dat de wetgever bij het eventuele dwingende karakter van de onderwijswetgeving en de privaatrechtelijke gevolgen uitgebreider stilstaat. Dan zou wellicht (zelfs) het ondoorzichtige woud van artikel 3:40 lid 1 BW en *Esmilo/Mediq* niet belopen hoeven te worden.

Artikel 3:40 BW kan aldus de ongeldigheid van een overeenkomst of een beding meebrengen. Is dit het geval dan ontstaat er een 'gat' ofwel leemte in de overeenkomst. Blijft na de nietigheid van rechtswege of na de vernietiging van een bepaald beding de rest van de overeenkomst wel in stand (art. 3:41 BW partiële vernietiging) dan kan de leemte die daardoor ontstaat conform artikel 6:248 lid 1 BW worden aangevuld, of zo men wil opgevuld, door de regel van de dwingende wetbepaling.⁹⁸ Dit is echter niet per definitie het geval: afwijken van de wettelijke regels omtrent de proeftijd bij arbeidsovereenkomst leidt bijvoorbeeld tot nietigheid van het proeftijdbeding, maar stelt daarvoor niet de wettelijke toegestane proeftijd in de plaats en vult de overeenkomst op dat punt dus niet aan. Er is in zo'n geval in het geheel geen sprake van een proeftijd, volgens de theorie van de 'ijzeren proeftijd'.⁹⁹ Dit zou zich ook in het onderwijs voor kunnen doen. Stel dat een school een langere schorsingstermijn van bijvoorbeeld tien dagen overeenkomt en stel dat dit beding nietig wordt geacht. Dan hoeft niet direct in plaats daarvan de wettelijk voorgeschreven termijn van vijf dagen te gelden. Er zou kunnen worden geconcludeerd dat dan in het geheel geen schorsing mogelijk is. Maar het burgerlijk recht is subtiel, genuanceerd, en zal rekening houden met de belangen van beide partijen. Zo zal gelet op het functioneren van de school en het belang van schorsing mede voor de overige leerlingen mijns inziens de termijn van

97 Zie over de nodige vragen die de gezichtspunten oproepen: Den Hollander 2013, p. 33.

98 Valk 2016a, nr. 270.

99 Verhulp, T&C BW, art. 7:652 BW aant. 5, onder verwijzing naar o.a. HR 27 februari 1930, NJ 1930, p. 977. Zie ook HR 8 juli 1987, NJ 1988/232, m.nt. P.A. Stein (*Van Hensbergen/Albers*) waarin de Hoge Raad door eiser tot cassatie verleid werd een beroep op conversie (huidig art. 3:42 BW) toe te staan, maar waar de Hoge Raad niet aan toegaf omdat toepassing van conversie bij het proeftijdbeding de positie van de werknemer te veel zou ondermijnen.

vijf dagen wel kunnen gelden, met als gevolg dat de overeenkomst daarmee dan toch wordt aangevuld en de school de mogelijkheid tot schorsen voor vijf dagen heeft.¹⁰⁰

Stel dat afwijking van een wettelijke onderwijsbepaling inderdaad leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid, dan kan in principe de daardoor ontstane leemte worden aangevuld met de voor handen zijnde onderwijsbepaling. Deze aanvulling is afhankelijk van de voorliggende bepaling. Het is de onderwijs-wetgever aan te bevelen duidelijk te maken en derhalve te expliciteren in hoeverre de onderwijswetgeving gevolgen heeft voor een contract wil er met overeenkomsten worden gewerkt in het onderwijs.¹⁰¹

3.2.3.5 *Wat als school geen bekostiging nodig heeft?*

In praktijk zal een bijzondere school lastig kunnen bestaan zonder bekostiging, het effect hiervan is dat een school de voor bekostiging geldende voorwaarden in acht zal nemen. Aanvaardt een bijzondere school bekostiging dan aanvaardt zij daarmee ook de voorwaarden uit de onderwijswetgeving en mag zij hier niet van afwijken. Doet zij dit wel dan kan de bekostiging worden beperkt of ingetrokken. In theorie hoeft de school de bekostigingsvoorwaarden niet na te leven.¹⁰² Wat nu als een bijzondere school geen bekostiging nodig heeft of weigert? Zoontjens omschrijft dat zij dan 'volledig vrij is van de overheid en de wet'.¹⁰³ En vervolgt met: 'Behalve wanneer men in de onderwijsinstelling wil opleiden voor wettelijk erkende diploma's. Het bevoegd gezag moet dan wettelijke deugdelijkheidseisen in acht nemen en zich het overheidstoezicht laten welgevalen'.¹⁰⁴ Zou een particuliere/niet door de overheid bekostigde school inderdaad kunnen gaan en staan waar zij wil, zonder dat de onderwijswetgeving heeft te gelden, dan is wellicht voor aanvulling op grond van de wet geen rol weggelegd. Toch zou de onderwijswetgeving mijns inziens een rol kunnen spelen. Ook al geldt deze wetgeving niet rechtstreeks, zij kan de verwachtingen van partijen wel kleuren. Ook via de redelijkheid en billijkheid kan zij doorwerken in de rechtsverhouding van partijen. Indirecte doorwerking van de wetgeving via uitleg van het overeengekomene en via de redelijkheid en billijkheid speelt een grotere rol wanneer de wet daadwerkelijk buiten spel zou worden gezet zodra de school geen bekostiging nodig heeft.

Volledige autonomie is echter vrijwel niet denkbaar, ook niet wanneer een school geen bekostiging nodig heeft. Dit blijkt wanneer nader in de onderwijswetgeving gedoken wordt die op dit punt niet gemakkelijk te doorgronden

100 Zie hoofdstuk 4 voor de enigszins verwante vraag of de vijfdaagse schorsing termijn aan opschorting die langer dan vijf dagen duurt in de weg staat.

101 Vgl. Sperling 2009, p. 61.

102 Noorlander 2005, p. 271. Genuanceerder Vermeulen & Zoontjens 2006, par. 5.

103 Zoontjens 2010, p. 77. Zie ook Zoontjens 1999, p. 15.

104 Zoontjens 1999, p. 15, voetnoot 31.

is. Zowel in de sectorwetgeving als in de Leerplichtwet, de Wet op het onderwijs toezicht en de Wet op de erkende onderwijsinstellingen kan te rade worden gegaan. In de wetgeving wordt er meermaals doorverwezen. In grote lijnen heeft te gelden dat leerlingen en ouders moeten voldoen aan de Leerplichtwet. Zij zullen slechts naar een school gaan die ook voldoet aan of wordt aangemerkt als school in de zin van de Leerplichtwet. De Leerplichtwet omschrijft aan welke criteria een 'andere dagschool' moet voldoen en somt hiervoor bepalingen uit de Wpo en de Wvo op. Zo wordt er in wezen 'een uitsnede van de relevante wettelijke deugdelijkheidseisen' gegeven,¹⁰⁵ zie artikel 1 onderdeel b subonderdeel 3 jo. 1a1 lid 1 sub a en b Lpw en artikel 11b lid 7 Wot.¹⁰⁶ In de Wvo is nog expliciet een bepaling gewijd aan de bekwaamheids- en zedelijkheids-eisen van het personeel (art. 55 Wvo). In het voortgezet onderwijs speelt – verband houdend met het leerplichtige of kwalificatieplichtige element – de mogelijkheid diploma's uit te reiken een grote rol. Een school zal in de regel als bevoegd moeten zijn aangemerkt om examens af te nemen en diploma's uit te reiken, wil zij leerlingen opleiden. Ook aan die aanwijzing als zijnde bevoegd worden voorwaarden verbonden. Zie in dit verband de artikelen 56, 57 en 58 Wvo die diverse voorschriften uit de Wvo van toepassing verklaren, zoals het hebben van een schoolplan dat aan bepaalde vereisten voldoet.¹⁰⁷ In het kader van het af kunnen leggen van examens is mogelijk de Wet op de erkende onderwijsinstellingen – niet van toepassing op het onderwijs dat is aangewezen op grond van artikel 56 Wvo – van belang die voorwaarden voor erkenning in zich bergt. Ook daar houdt de overheid een vinger aan de pols.¹⁰⁸

In meer brede zin kan worden opgemerkt dat indien scholen onderwijs aanbieden in de zin van de onderwijswetten, er in ieder geval aan algemene randvoorwaarden zal moeten worden voldaan, inhoudende dat de school toezicht van de inspectie moet toestaan en docenten moet benoemen die voldoen aan voorgeschreven bekwaamheidseisen en zedelijkheids-eisen (zie artikel 23 lid 2 GW).¹⁰⁹ Het doet er hierbij niet toe of er sprake is van bekostiging, de eisen gelden wanneer de school onderdeel is van het '(officiële) stelsel van onderwijsvoorzieningen'.¹¹⁰

¹⁰⁵ Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, par. 9, voetnoot 100.

¹⁰⁶ Art. 11b lid 7 Wot spreekt over oprichting van een niet uit de openbare kas bekostigde bijzondere school in de zin van art. 5 Wpo en art. 54 Wvo waarvan de inspectie moet besluiten of deze als school in de zin van de Leerplichtwet heeft te gelden. De Wpo bevat geen nadere regels over niet bekostigd onderwijs, de Wvo wel in de art. 54-59.

¹⁰⁷ Waaronder art. 6g onderwijstijd, art. 6g1 onderwijsdagen, art. 10, 10b, 10d o.a. profielen, 11a t/m 11f o.a. algemene voorschriften voor de eerste twee jaren en kerndoelen, art. 12 t/m 15 inhoud profielen en art. 24 schoolplan.

¹⁰⁸ Ook wordt in de Weo een overeenkomst met de cursist voorgeschreven en wordt aangegeven wat er in ieder geval in de overeenkomst moet worden vermeld, zie art. 11 Weo.

¹⁰⁹ Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, par. 9.

¹¹⁰ Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, par. 9 onder verwijzing naar Backx 1994.

Zo bezien is ook een school die niet bekostigd wordt niet volledig vrij van de wet, wil zij aan leerplichtige leerlingen onderwijs geven. Nu in zoverre ook een niet bekostigde school niet geheel vrij is van de wet, kan er ook in het niet bekostigd onderwijs een rol zijn weggelegd voor aanvulling op grond van de wet.

3.2.4 Aanvulling op grond van gewoonte en redelijkheid en billijkheid

Naast aanvulling op grond van de wet kunnen rechtsgevolgen voortvloeien uit de *gewoonte*. Volgens de parlementaire geschiedenis kan dit een algemene gewoonte, een plaatselijke gewoonte of een beroeps- of bedrijfsgebruik betreffen.¹¹¹ Nader bekeken is van een gewoonte sprake 'indien in een bepaalde kring, met betrekking tot soortgelijke overeenkomsten, een gedragslijn algemeen en voortdurend wordt gevolgd en men in het maatschappelijk verkeer wordt geacht zich hieraan te houden, tenzij partijen van het tegendeel hebben doen blijken'.¹¹² Partijen kunnen aan de rechtsgevolgen voortvloeiend uit de gewoonte worden gehouden, ook wanneer zij met het gebruik of de gewoonte onbekend waren.¹¹³ Het is evenwel mogelijk dat partijen van een gewoonte uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben afgeweken.

Tot slot spreekt artikel 6:248 lid 1 BW van de eisen van *redelijkheid en billijkheid* als aanvullende bron. Dit duo verwijst naar het ongeschreven objectieve recht.¹¹⁴ Het duo is ook reeds vervat in artikel 6:2 BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid betreffen een open norm en de precieze werking is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹¹⁵ In artikel 3:12 BW wordt nader omschreven waarbij rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen. Dit zijn algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Zoals reeds besproken spelen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook bij uitleg een rol, gevolg hiervan is dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en uitleg soms dicht tegen elkaar aan liggen of in elkaar overvloeien.¹¹⁶ Blijkt na uitleg toch sprake te zijn van een leemte in het contract dan kan de redelijkheid en billijkheid zich als aanvullende bron aandienen,¹¹⁷ bijvoorbeeld wan-

111 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 920 (TM).

112 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/382.

113 Parl. Gesch. Boek 6, p. 920 (TM); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/383.

114 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/394.

115 Schelhaas 2017, nr. 1 en nr. 5.

116 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/366, 387; Schelhaas 2017, nr. 23.

117 Zie hierover HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, NJ 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*). Of een overeenkomst een leemte laat, zal door uitleg moeten worden vastgesteld. Zowel Vranken, Tjittes en Schelhaas omschrijven twee gevallen waarin leemten kunnen bestaan: partijen hebben een bepaalde voorziening niet in het contract geregeld

neer de wet of gewoonte geen uitkomst bieden.¹¹⁸ Het duo vult derhalve in een specifiek geval aan wat partijen ongeregeld hebben gelaten en kan op die manier de rechten en verplichtingen van partijen uitbreiden.¹¹⁹ De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan verbintenissen en bevoegdheden in het leven roepen, bijvoorbeeld de mogelijkheid een duurovereenkomst op te zeggen.¹²⁰

Beide bronnen kunnen ook in het kader van een onderwijsovereenkomst een rol spelen, waar partijen de overeenkomst niet op papier hebben gesteld zal hier eerder aanleiding toe zijn.

3.2.5 Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid art. 6:248 lid 2 BW

Naast een aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kent dit duo ook een beperkende werking, terug te vinden in lid 2 van artikel 6:248 BW: 'Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen aldus meebrengen dat de inhoud – van wat tussen partijen is afgesproken en door uitleg is vastgesteld, of via de aanvulling op grond van de wet of gewoonte uit de overeenkomst is voortgevloeid – wordt beperkt. Het gevolg van deze beperking is dat er geen beroep op de uit de overeenkomst voortvloeiende regel kan worden gedaan. Deze toets vindt steeds plaats in de concrete omstandigheden van het geval. Ook in de context van het onderwijs kan een regel voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden beperkt wanneer deze in de gegeven omstandigheden naar maatstaven

(of daarmee sprake is van een leemte wordt door uitleg bepaald; het kan zijn dat partijen een situatie bewust ongeregeld hebben gelaten, dan is geen sprake van een leemte en is er voor aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid geen rol), of een tussen partijen overeengekomen beding is nietig of vernietigd, of moet buiten toepassing worden gelaten op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie noot Vranken nrs. 4 en 5 onder *Koersplandewegkwijt*; Tjittes 2013, p. 391-392; Schelhaas 2017, nr. 24.

118 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/388; Schelhaas 2017, nr. 15, nr. 24. Al bestaat er geen vaste rangorde tussen de aanvullende bronnen, zie Hijma & Olthof 2017, nr. 492a. Schelhaas bespreekt de eis van noodzaak voor aanvulling: het enkele feit dat er een leemte bestaat, betekent nog niet dat deze moet worden aangevuld. Er kunnen dus niet 'zomaar' op basis van redelijkheid en billijkheid rechtsgevolgen in het leven worden geroepen: er moet wel een belang bestaan en aanvulling moet ook nodig zijn om de rechtsverhouding tussen partijen goed te laten werken. Zonder noodzaak is er in wezen geen leemte, zie Schelhaas 2017, nr. 24 en ook Tjittes 2013, p. 392-393. Wordt er wel aangevuld dan moet deze aanvulling zoveel mogelijk in het verlengde van het tussen partijen overeengekomene liggen, zo geven zij allebei aan.

119 Vgl. Nieuwenhuis 2015, p. 60.

120 Zie hierover nader hoofdstuk 5.

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Artikel 3:12 BW biedt voor de vaststelling wat redelijkheid en billijkheid eisen wederom aanknopingspunten.

3.2.6 Concretisering aan de hand van onderwijswetgeving

3.2.6.1 Onderverdeling wettelijke bepalingen in vier categorieën

Voor de vraag naar de inhoud van de onderwijsovereenkomst is het relevant nader te bekijken wat de onderwijswetgeving betreffende het primair en voortgezet bekostigd onderwijs nu eigenlijk regelt. In het voorgaande is in abstracto aangegeven welke rol deze wetgeving in het kader van de overeenkomst speelt. Hier wil ik wat concreter kijken naar de bepalingen zelf. Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om uitputtend op elke bepaling uit de onderwijswetgeving in te gaan. Wel heeft een exercitie door de Wpo, Wvo en de Wec mij ertoe gebracht verschillende bepalingen uit de onderwijswetgeving te clusteren naar gelang de karakteristieke aspecten van de bepaling. Een strikte scheiding of allesomvattende indeling is niet aan te brengen, het is dan ook goed mogelijk dat sommige bepalingen in meerdere categorieën vallen.

De (1^e) categorie die kort gezegd wordt gevormd door de vele bepalingen aangaande '*bureaucratische aspecten*' zal ik niet nader uitlichten. De diverse administratieve, boekhoudkundige ofwel bureaucratische regels die zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs in de onderwijswetgeving vervat liggen gaan bijvoorbeeld over de huisvesting, de aanvang van de bekostiging, de instandhouding, de wijze en de beëindiging van de bekostiging.¹²¹ De inhoud van deze bepalingen biedt voor de vraag naar de invulling van de overeenkomst tussen leerling en school geen directe relevante aanknopingspunten, aangezien deze bepalingen niet zijn gericht op de belangen van de leerling, niet direct de leerling aangaan en zij zich gelet op hun formulering en strekking daarom niet lenen voor interne werking.

De onderwijswetgeving bevat verder bepalingen die in hoofdlijnen de inhoud van het onderwijs voorschrijven, bijvoorbeeld in die zin dat er wordt bepaald welke vakken er gegeven dienen te worden. Deze bepalingen zijn wel relevant in de onderlinge relatie tussen leerling en school. De bepalingen hieromtrent zou ik willen onderbrengen in de (2^e) categorie '*cognitieve aspecten*'. Zo geeft artikel 9 Wpo bijvoorbeeld aan wat het onderwijs omvat, denk aan zintuiglijke en lichamelijke oefening, Nederlandse taal, rekenen etc. In de Wvo kunnen de artikelen 13 en 14 als voorbeeld dienen, die aangeven welke vakken er binnen de voorgeschreven profielen worden gegeven. Op het snijvlak met

121 Zie bijv. de art. 69 e.v. Wpo; 64 e.v. Wvo; 70 e.v. Wec.

de hierna te bespreken categorie vallen de kerndoelen die bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. Artikel 9 lid 5 Wpo en artikel 11b Wvo geven aan op welke aspecten (vakken), de kerndoelen zien. Zowel voor het primair als voor de eerste jaren van het voortgezet onderwijs zijn kerndoelen opgesteld.¹²² Deze kerndoelen vormen streefdoelen en geven kort gezegd aan wat de school moet nastreven, de wijze waarop dit geschiedt wordt overgelaten aan de school.¹²³ De bepalingen die in de categorie 'cognitieve aspecten' vallen, geven expliciet of impliciet nadere invulling aan het te geven onderwijs.

Er zijn ook bepalingen die meer gericht zijn op de doelstellingen van het onderwijs, met onder andere oog voor het ontwikkelingsproces van de leerling. Zij bergen naar mijn idee '*onderwijskundige uitgangspunten*' in zich en vormen een eigen (3^e) categorie. In zijn algemeenheid zien de bepalingen uit deze categorie duidelijk (mede) op de belangen van de leerling. Veel van de bepalingen in deze categorie zullen zich dan ook lenen voor interne werking. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 8 Wpo dat in lid 1 bepaalt dat het onderwijs zodanig wordt ingericht dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen en dat het onderwijs wordt afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen (vgl. art. 2 lid 2 Wvo en art. 11 Wec). Dit artikel bespreekt vervolgens waar het onderwijs zich op richt: op de emotionele en verstandelijke ontwikkeling en ontwikkeling van creativiteit, op het verwerven van noodzakelijke kennis en sociale, culturele en lichamelijke vaardigheden, zie lid 2 en voorts lid 3 (vgl. art. 17 Wvo, art. 11 lid 3 Wec). Wanneer er leerlingen zijn die extra ondersteuning behoeven is krachtens lid 4 het onderwijs gericht op individuele begeleiding afgestemd op de behoeften van de leerling (vgl. art. 17b Wvo).

Iets concreter is lid 6 dat aangeeft dat scholen gebruik maken van een leerling- en onderwijsvolgsysteem. Ook concreet is het bepaalde in lid 9, inhoudende dat het primair onderwijs in beginsel acht jaar ononderbroken onderwijs omvat en dat er ten minste 7.250 uur onderwijs moet worden gegeven (vgl. art. 6g, 7, 8, 9 en 10a Wvo, art. 12 Wec).

Artikel 8 vereist in lid 10 tot slot dat het onderwijs zodanig wordt ingericht dat leerlingen die in verband met ziekte thuis verblijven dan wel zijn opgenomen in een ziekenhuis, op adequate wijze voldoende onderwijs kunnen genieten (vgl. art. 11 lid 6 Wec). Ook zal er op structurele en kenbare wijze aandacht worden besteed aan het bestrijden van achterstanden in het bijzonder in de beheersing van de Nederlandse taal, zoals volgt uit lid 11. Deze laatste twee elementen geven de aanzet naar de volgende te bespreken categorie.

Zo zijn er in de onderwijswetgeving diverse bepalingen te vinden die in algemene zin van de school eisen dat zij 'zorg zal dragen'. De bepalingen zijn

122 Zie de bijlagen van het Besluit vernieuwde kerndoelen Wpo 8 oktober 2005 en het Besluit kerndoelen onderbouw VO 7 juni 2006.

123 Preambule in de bijlage van het besluit vernieuwde kerndoelen Wpo; Paijmans 2013, p. 400.

weergegeven in de vorm van open normen. Zij beslaan zagezegd de (4^e) categorie ‘*maatschappelijke aspecten*’. Zie inzake het zorg dragen voor adequaat onderwijs in geval van ziekte en het bestrijden van taalachterstand naast artikel 8 lid 10 en 11 Wpo voor het voortgezet onderwijs de artikelen 6b en 6d Wvo. Een duidelijk voorbeeld is verder te vinden in de artikelen 4c Wpo, 3b Wvo en 5 Wec. Hierin wordt voorgeschreven dat het bevoegd gezag van een school zorg draagt voor de veiligheid, in de zin van sociale, psychische en fysieke veiligheid, van leerlingen. Ook is een voorbeeld bij uitstek het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, zie de artikelen 10 Wpo, 23a Wvo 19 Wec. De wet geeft aan dat onder zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs in elk geval wordt verstaan het naleven van de bij of krachtens de wet gegeven voorschriften en het uitvoeren van het stelsel van kwaliteitszorg dat de scholen zelf beschrijven in hun schoolplan.

Een aantal concretere bepalingen die binnen het kader van maatschappelijke aspecten een plaats kunnen krijgen zijn de bevoegdheids- en bekwaamheids-eisen die worden gesteld aan degenen die onderwijs geven, zie bijvoorbeeld de artikelen 3, 3a en 32a Wpo, 2a Wvo, 3a en 3b Wec.

Andere artikelen die gerangschikt zouden kunnen worden binnen deze categorie zijn bijvoorbeeld de artikelen 21 Wpo, 24 Wvo en 21 Wec, die scholen verplichten tot het opstellen van een schoolplan waarin ter verantwoording naar de ouders, leerling en de inspectie een beschrijving wordt gegeven van het beleid met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs, het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het stelsel van kwaliteitszorg.

Ook dienen scholen een schoolgids op te stellen met daarin informatie over de werkwijze van de school (art. 16 lid 2 Wpo regelt dat het bevoegd gezag jaarlijks de schoolgids vaststelt). De wet schrijft voor op welke diverse terreinen de schoolgids in elk geval informatie over de werkwijze bevat (zie art. 13 Wpo, 24a Wvo en 22 Wec). Ook informatie over de rechten en verplichtingen van leerlingen, ouders, verzorgers en de school en informatie over de klachtenregeling moet in de schoolgids worden opgenomen (zie over de klachtenregeling ook art. 14 Wpo, 24b Wvo en 23 Wec). In het voortgezet onderwijs is het hanteren van een leerlingenstatuut verplicht dat de rechten en verplichtingen van de leerling vastlegt, zie artikel 24g Wvo.

De school dient voor leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte een ontwikkelingsperspectief op te stellen nadat op overeenstemming gericht overleg met de ouders heeft plaatsgevonden en binnen 6 weken na inschrijving van de leerling. Bijvoorbeeld de te hanteren aanpak zal in dit ontwikkelingsperspectief tot uiting komen. Op deze manier zal via het ontwikkelingsperspectief de vereiste individuele begeleiding nader worden ingevuld (art. 40a jo. art. 8 lid 4 Wpo, art. 26 jo. 17b Wvo).

In het kader van maatschappelijke aspecten kan aan de zijde van de school ook de bevoegdheid tot schorsing en verwijdering worden genoemd (zie art. 40 en 40c Wpo, art. 27 Wvo jo. 13, 14 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 40 en 40a Wec). Aan de zijde van de leerling geldt de verplichting deel te nemen aan

het onderwijs (art. 42 Wpo en 46 Wec). Een dergelijke bepaling ontbreekt voor het voortgezet onderwijs, aangenomen wordt dat de verplichting daar net zo zeer geldt.¹²⁴ Naar mijn idee zou de onderwijsovereenkomst hiervoor de grondslag kunnen zijn.

De ene bepaling is concreter dan de ander en sommige bepalingen vergen een nadere invulling door de school, maar al met al zijn ook de bepalingen die onder de categorie maatschappelijke aspecten zijn te scharen, duidelijk gericht op de belangen van de leerling en gaan zij duidelijk (mede) de leerling aan. Veelal zullen zij dus geschikt zijn om de overeenkomst aan te vullen, zullen zij interne werking hebben.

3.2.6.2 Doorwerkingsmechanismen van de bepalingen uit onderwijswetgeving

Het geschetste beeld laat zien dat de onderwijswetgeving diverse normen bevat. Sommige zijn open, andere concreter geformuleerd. Wat betekent deze wetgeving voor de onderwijsovereenkomst? De onderwijswetgeving beïnvloedt de overeenkomst tussen school en leerling en kleurt deze nader in. Veel van de bepalingen, zoals door mij in clusters weergegeven in de 2^e, 3^e en 4^e categorie, zullen zogezegd doorwerken in het contract. Anders geformuleerd vullen de bepalingen uit de onderwijswetgeving de rechten en verplichtingen van partijen nader in of aan. De vraag is hoe? In paragraaf 3.2.3 is de aanvulling op grond van de wet uitgebreid aan de orde gekomen, maar ook andere routes dienen zich aan. De wijzen waarop de invulling of aanvulling van de onderwijsovereenkomst door de wetgeving kan geschieden, bevinden zich in het hiervoor besproken kader van artikel 6:248 BW.

Terugkijkend op het kader kan de doorwerking van de onderwijswetgeving allereerst tot uiting komen in de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen. Partijen kunnen expliciet overeenkomen dat de onderwijswetgeving onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Een school kan er uitdrukkelijk naar verwijzen zodat ook de leerling (en ouders) ervan uitgaat dat de wetgeving van toepassing is. Ook is het mogelijk dat leerlingen (en ouders), hoewel een uitdrukkelijke verwijzing ontbreekt, redelijkerwijs hebben mogen verwachten of er gerechtvaardigd op hebben mogen vertrouwen dat de onderwijswetgeving van toepassing is. Het komt hierbij aan op de *Haviltex*-maatstaf en uitleg van de onderwijsovereenkomst waarbij alle omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen. De vaststelling van wat de leerling (en ouders) redelijkerwijs mocht(en) verwachten kan mede worden ingegeven door de onderwijswetgeving. De onderwijswetgeving geeft zo gezien de context zoals bedoeld in de *Haviltex*-maatstaf. Hierbij heeft te gelden dat uitleg geschiedt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Voor de vaststelling hiervan kan te rade worden gegaan bij artikel 3:12 BW dat aangeeft dat rekening zal

124 Noorlander 2005, p. 192.

worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. De Nederlandse onderwijswetgeving biedt hier een goed startpunt. De algemeen erkende rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen kunnen tot uiting zijn gekomen in de onderwijswetgeving. Kortom, via de uitleg van de onderwijsovereenkomst kunnen de bepalingen uit de onderwijswetgeving de verplichtingen uit de overeenkomst nader invullen. Zo zal de verplichting tot het geven van onderwijs, die logischerwijs volgt uit een onderwijsovereenkomst, door de onderwijswetgeving aangaande het primair en voortgezet onderwijs nader worden ingevuld daar waar de wet bijvoorbeeld aangeeft welke vakken dit onderwijs ten minste moet behelzen.

De tweede route is aanvulling op grond van de wet. De onderwijswetgeving zal de overeenkomst aanvullen wanneer partijen een en ander ongeregeld hebben gelaten. Dit zal het geval zijn wanneer de bepaling uit de onderwijswetgeving gelet op de redactie of strekking ervan zich leent voor interne ofwel aanvullende werking (uitleg van de voor toepassing in aanmerking komende wetsbepaling). Hier dienen aldus de clusters van de laatste drie genoemde categorieën zich aan. De bepalingen verschillen in precisie en inhoud zodat het in sommige gevallen op grond van de formulering mogelijk al duidelijk is dat de wet aanvult terwijl in andere gevallen eerst de strekking van de bepaling zal moeten worden achterhaald. Kortom, de wet moet worden uitgelegd. Ook zal afhankelijk van de inhoud van de voorliggende bepaling bij de ene bepaling duidelijker zijn wat de aanvulling nu met zich brengt dan bij de andere. Zo is het aantal onderwijsuren vrij precies omschreven, terwijl de verplichting een schoolgids te hebben veel ruimte laat voor invulling door de school. Wel is voorgeschreven op welke terreinen de schoolgids ten minste informatie moet bevatten.

Wanneer partijen afwijken van de wet ontstaat de vraag in hoeverre de onderwijswetgeving hieraan in de weg staat en wordt het eventuele dwingende karakter van een bepaling relevant. De onderwijswetgeving regelt in haar bepalingen zelf niet de privaatrechtelijke consequenties van een afwijkende regeling in het contract, bijvoorbeeld nietigheid of vernietigbaarheid. Dit heeft te maken met het gegeven dat in beginsel de onderwijswetgeving is geschreven voor de relatie tussen de school en de overheid en niet zo zeer met het oog op een contractuele relatie tussen de school en de leerling. Om te beoordelen of afwijking van de wet in de relatie met de leerling en derhalve voor de onderwijsovereenkomst gevolgen heeft, zal via artikel 3:40 BW de geldigheid van de onderwijsovereenkomst of een daarin opgenomen beding moeten worden beoordeeld. Dit is geen sinecure. Het eventuele in strijd handelen met de wet kan via lid 1 en toetsing aan de gezichtspunten ontwikkeld in de rechtspraak meebrengen dat de rechtshandeling nietig is omdat deze ook strijd oplevert met de openbare orde. Mocht een bepaling inderdaad de geldigheid van bijvoorbeeld een beding aantasten, dan zou indien de overeenkomst verder

in stand blijft de onderwijswetgeving de ontstane leemte kunnen aanvullen of opvullen. Of dit gebeurt is afhankelijk van de voorliggende bepaling en van de belangen van partijen. Dit kan maar is niet automatisch het geval.

De derde mogelijkheid is terug te vinden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid wanneer sprake is van een leemte in het contract. Uitleg en aanvulling middels de maatstaven van redelijkheid en billijkheid liggen dicht tegen elkaar aan. Ook hier kan voor de aanknopingspunten uit artikel 3:12 BW worden aangesloten bij de bepalingen uit de onderwijswetgeving, doordat de Nederlandse onderwijswetgeving een uiting is van de algemeen erkende rechtsbeginselen ofwel de in Nederland levende rechtsovertuigingen in de context van het onderwijs. Ook zouden de maatschappelijke en persoonlijke belangen kunnen worden gekleurd door dat wat in de onderwijswetgeving geregeld is. Zou uitleg of aanvulling op grond van de wet er niet toe leiden dat de onderwijswetgeving het contract binnengetrokken wordt, dan komt men waarschijnlijk ook door middel van deze derde doorwerkingsmogelijkheid niet snel tot dit resultaat. Systematisch is het evenwel mogelijk, en deze route biedt wellicht bij uitstek een vangnet.

Deze drie mogelijkheden komen voort uit het eerste lid van artikel 6:248 BW. De vierde huist in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, terug te vinden in het tweede lid van artikel 6:248 BW. Wederom kan de Nederlandse onderwijswetgeving een weergave vormen van de aanknopingspunten in artikel 3:12 BW en derhalve relevant zijn bij de vraag wat redelijkheid en billijkheid eisen. Daarbij kan het zo zijn dat de onderwijswetgeving via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de toepassing van een contractuele regel in de weg staat, omdat toepassing naar diezelfde maatstaven onaanvaardbaar is. Wellicht is daarna aanvulling op grond van de wet of de redelijkheid en billijkheid mogelijk. Er moeten voor het buiten toepassing laten van een regel of beding op grond van artikel 6:248 lid 2 BW met behulp van de onderwijswetgeving dan waarschijnlijk wel specifieke omstandigheden aanwezig zijn. Het tweede lid ziet namelijk op het buiten toepassing laten van een beding in het individuele geval. Denkbaar is dus dat een beding artikel 3:40 BW heeft doorstaan, maar dat het in het specifieke geval toch buiten toepassing moet worden gelaten.

Hoe verhouden deze routes zich tot elkaar, biedt de ene wellicht meer mogelijkheden dan de andere als we het hebben over de doorwerking van onderwijswetgeving? Er kan moeilijk in abstracto worden gezegd hoe deze doorwerkingsmogelijkheden zich tot elkaar verhouden. Er bestaat geen rangorde. Bij elk van de routes draait het om doorwerking van de genoemde clusters uit de 2^e, 3^e en 4^e categorie, nu de bepalingen die hieronder te scharen zijn duidelijk, in meer of mindere mate, gericht zijn op de belangen van de leerling, aldus (mede) dienen ter bescherming hiervan en derhalve ook de interne relatie tussen leerling en school raken. Wellicht kan de uitleg van een overeenkomst in een specifiek geval ook bepalingen uit de onderwijswetgeving binnen halen die in beginsel niet gericht zijn op de leerling. Zo bezien zou

uitleg wellicht verder kunnen gaan dan aanvulling op grond van de wet. Dit ligt evenwel niet direct voor de hand. De gezichtspunten van de verschillende mechanismen komen vrij sterk overeen en zullen met andere woorden wellicht al snel in dezelfde richting wijzen daar waar de vraag is of de methode doorwerking van onderwijswetgeving oplevert. Dit maakt het lastig de verhouding tussen deze mechanismen in abstracto te benoemen, maar ontnemt tegelijkertijd ook het belang van het benoemen hiervan. Daarbij komt dat een partij in beginsel zelf de keuze heeft waar zich op te beroepen en zelf beslist wat zij wil bereiken.

De onderwijswetgeving kan dus via verschillende routes haar stempel drukken op een onderwijsovereenkomst. De ene route is wellicht een zachtere (uitleg, aanvulling op grond van de wet en de redelijkheid en billijkheid wanneer partijen iets ongeregeld laten) dan de andere (dwingende wet, beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid die in de weg kunnen staan aan wat partijen zijn overeengekomen). Duidelijk is dat er voldoende ruimte voor publiekrechtelijke normering bestaat. Het hebben van deze ruimte kan meer onzekerheid betekenen. Ogenschijnlijk, want dat de onderwijswetgeving in ieder geval op een manier zal doorwerken wordt plausibeler naarmate er meerdere routes zijn om tot dat resultaat te komen. Dat is in ieder geval zo wanneer partijen een en ander ongeregeld laten en een bepaling (mede) strekt tot de bescherming van de belangen van de leerling zodat deze haar weg in de interne relatie zal vinden. Wel blijft de vraag overeind hoever een bepaling uit onderwijswetgeving reikt of in hoeverre een bepaling gevolgen heeft voor de interne verhouding tussen een school en een leerling wanneer een school contractueel afwijkt van een wettelijke bepaling. Het hebben van deze vier doorwerkingsmethoden dwingt de wetgever in principe duidelijkheid te verschaffen in hoeverre de bepalingen uit de onderwijswetgeving aan een afwijkende afspraak in de overeenkomst tussen school en leerling in de weg staan. Laat de wetgever deze vraag onbeantwoord, dan blijft de rechter aangewezen zich te buigen over en een keuze te maken met betrekking tot de doorwerkingsmethode in een aan hem voorgelegd geval. Zie over hoe de rechter dit in praktijk doet paragraaf 3.6.

3.2.7 Afrondende opmerkingen betreffende het vermogensrechtelijk kader ter vaststelling van de inhoud van de onderwijsovereenkomst

Aan de hand van het kader dat zich bevindt in artikel 6:248 BW kan de inhoud van de onderwijsovereenkomst worden vastgesteld. Voorop staan de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen, waarvan de inhoud door uitleg zal worden bepaald. Aan de hand van de *Haviltex*-norm en een eventuele objectieve benadering bestaat een subtiële maatstaf voor uitleg van een onderwijsovereenkomst. Voorts is er aanvulling op grond van de wet mogelijk. Ook de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid dienen zich als aanvullende bronnen

aan. Zo kunnen de overeengekomen rechten en verplichtingen in een voorliggend geval worden uitgebreid met die rechtsgevolgen die wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid meebrengen. Tot slot zou de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mee kunnen brengen dat bepaalde regels tussen partijen juist buiten toepassing worden gelaten. Gelet op het geschetste kader – uitleg, aanvulling en beperking – kan dus niet op voorhand worden gezegd wat ‘de’ inhoud van de onderwijsovereenkomst is. Voor het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen biedt artikel 6:248 BW een overzichtelijk kader.

Het voorhanden zijnde contractenrechtelijke kader is flexibel. Het biedt voldoende gelegenheid rekening te houden met alle omstandigheden van het geval en met de belangen van partijen en overige betrokkenen. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid nemen in dit kader een duidelijke plaats in, waardoor met de specifieke context van het onderwijs rekening kan worden gehouden. Ook is er een prominente rol voor de onderwijswetgeving weggelegd. Deze kan op verschillende wijzen haar werking hebben in de contractuele relatie door de rechten en verplichtingen nader in te vullen of aan te vullen. Desalniettemin verdient het aanbeveling dat de wetgever duidelijker is over de status van de onderwijswetgeving. Wil er gewerkt worden met een contract in het onderwijs dan is het van groot belang dat er over het effect van de wetgeving op de contractuele relatie meer helderheid bestaat.

Dit contractenrechtelijke kader overziend is het relevant kort een paar punten uit de onderwijsliteratuur aan te stippen. In deze literatuur is onder andere gesteld dat het zwaartepunt van de rechtsverhouding wordt gevormd door een wettelijk bepaald standaardregime en dat de onderwijsovereenkomst vooral te zien is als ingang waarbij ‘een standaardregime van rechtstreekse en onrechtstreekse wettelijke rechten en verplichtingen wordt “ingeschakeld”’.¹²⁵ Het klopt dat de onderwijswetgeving een belangrijke rol speelt bij de bepaling van de inhoud van de rechtsverhouding tussen school en leerling. Dit wordt ook allerm minst over het hoofd gezien wanneer gewerkt zou worden met een overeenkomst. Sterker nog, zoals uit de besproken doorwerkingsmechanismen blijkt, biedt het BW een contractenrechtelijk kader dat voldoende mogelijkheden heeft om (ook of juist) met de publiekrechtelijke onderwijswetgeving rekening te houden. Het gegeven dat de verhouding in het openbaar en bijzonder onderwijs sterk genormeerd wordt door het publiekrecht kan wat dat betreft bezwaarlijk als argument worden gebruikt tegen het aannemen van een overeenkomst.¹²⁶ Dit gegeven hoeft aan het bestaan van

125 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111 over het bijzonder onderwijs.

126 Dit argument is naar voren gekomen bij Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 111 wat betreft het bijzonder onderwijs en p. 107 over het openbaar onderwijs en is naast andere argumenten in lijn met Snel & Postma 1999, p. 65. Zie ook Vermeulen 2001, p. 166.

een overeenkomst derhalve niet af te doen.¹²⁷ Invloed van publiekrecht op privaatrechtelijke overeenkomsten is bovendien niet ongebruikelijk. Ook de huur-, arbeid- of zorgsector wordt beïnvloed door publiekrecht en toch is in die sectoren sprake van privaatrechtelijke overeenkomsten. Tegelijkertijd laat het hiervoor geschetste contractenrechtelijke kader uit artikel 6:248 lid 1 BW en bijbehorende jurisprudentie zien dat het bij de vaststelling van de inhoud van de rechtsverhouding tussen leerling en school wel degelijk om meer kan gaan dan om wettelijke voorschriften of een 'wettelijk bepaald standaard-regime', denk aan uitleg van het tussen partijen overeengekomene en aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid.

In de literatuur is als voordeel van het werken met een contract in het onderwijs aangemerkt dat 'glashelder is welke afspraken tussen partijen gelden en wat zij (niet) van elkaar mogen verwachten'.¹²⁸ Het maken van afspraken kan inderdaad helderheid verschaffen, maar als uitgangspunt heeft dan nog steeds te gelden dat de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen door uitleg nader vast zullen moeten worden gesteld. Tegen de overeenkomst is in gebracht dat nooit alles geregeld kan worden, nu 'vrijwel onmogelijk zal zijn een overeenkomst op schrift te stellen waarin alle rechten en verplichtingen van zowel school als leerling, ouders zijn opgenomen'.¹²⁹ Uit het kader volgt dat ook niet alles onder woorden behoeft te worden gebracht. Zoals ik inzichtelijk heb willen maken is het BW met artikel 6:248 BW er immers juist toe uitgerust aan de onmogelijkheid alles te regelen tegemoet te komen.

3.3 KARAKTERISTIEKEN ONDERWIJSOVEREENKOMST

3.3.1 Inleiding

Benadrukt moet worden dat de rechten en verplichtingen die op partijen rusten moeten worden vastgesteld door middel van het in de vorige paragraaf besproken kader. Om evenwel een algemeen beeld te krijgen van waar we het over hebben, wil ik kort een inventarisatie maken van hoofdverplichtingen en -rechten die mogelijk uit een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs voortvloeien. De hier geformuleerde rechten en verplichtingen beschrijf ik voorts om de vraag naar het rechtskarakter hiervan na te gaan. Zijn deze verplichtingen en rechten te kwalificeren als verbintenissen die uit

127 Zie ook Hennekens 2000, p. 546; Hennekens 1988, p. 133; Pors meent dat het gegeven dat de rechtsverhouding tussen leerling en school dwingend wordt geregeld door o.a. wetten in formele zin geen belemmering hoeft te vormen voor een eventuele onderwijsovereenkomst, Pors 1990, p. 157. Zie ook Hermans, Backx & Pors 1993, p. 187.

128 Huisman (red.) 2017, p. 106 in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroeps-onderwijs (art. 8.1.3 Web).

129 Huisman (red.) 2017, p. 106 in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroeps-onderwijs (art. 8.1.3 Web).

de onderwijsovereenkomst voortvloeien, of draait het wellicht om Obliegenheiten? Ook worden andere karakteristieken besproken: heeft een onderwijsovereenkomst het karakter van een wederkerige overeenkomst? Is er sprake van een duurovereenkomst? En kan zij als wellicht als een overeenkomst van opdracht worden gekwalificeerd?

Het concretiseren van de hoofdverplichtingen en -rechten die over het algemeen uit een onderwijsovereenkomst zullen voortvloeien, het bespreken van het rechtskarakter hiervan en het verkennen van overige karakteristieken van een dergelijke overeenkomst is nodig om de vraag naar toepassing van de civielrechtelijke remedies uit het BW te kunnen onderzoeken. In de volgende hoofdstukken waarbij de mogelijkheden tot opschorting en ontbinding worden onderzocht, zal ik uitgaan van de hier geformuleerde hoofdverplichtingen en -rechten (eventuele bijkomende verplichtingen laat ik buiten beschouwing).

3.3.2 Schets hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten van partijen

Welke hoofdverplichtingen zullen er over en weer op partijen rusten wanneer er een onderwijsovereenkomst wordt gesloten? Stoop geeft in zijn niet uitputtende omschrijving van de onderwijsovereenkomst de hoofdverplichtingen van de leerling en het bevoegd gezag als volgt weer:

‘De onderwijsovereenkomst is een contract, waarbij de ene partij, het bevoegd gezag van een school, zich tegen betaling van een bepaald geldsbedrag verbindt er voor zorg te dragen, dat de andere partij, de leerling, door terzake bevoegde leraren wordt onderwezen in een hierbij overeengekomen opleiding en wel zodanig dat de andere partij de leerling, op basis daarvan redelijkerwijs in de mogelijkheid verkeert – ter behaling van een aan de overeengekomen opleiding verbonden diploma – met goed gevolg examen af te leggen en waarbij de andere partij, de leerling zich verbindt te doen wat in zijn vermogen ligt om door het volgen van lessen, het leren van schoolonderzoeken en examens het aan de overeengekomen opleiding verbonden diploma te behalen, en op grond waarvan een bepaald geldsbedrag dient te worden voldaan.’¹³⁰

Noorlander vindt in deze omschrijving de focus teveel liggen op de laatste fase van het onderwijs en het behalen van het examen en acht de verplichting tot betaling van een som geld aan de zijde van de leerling onjuist gelet op

¹³⁰ Stoop 1977, p. 457. Zie in navolging van Stoop ook Neutenboom 1988, p. 11; Pors 1999, p. 158; Hermans Backx en Pors 1993 p. 191, Vlaardingerbroek 2016, p. 495-496. Een eerdere ruime omschrijving van een onderwijscontract is gegeven door De Groot: ‘Het geheel van, expliciete en impliciete, regelingen en gebruiken waarin de rechten en plichten van degenen die het onderwijs geven (de instelling, de studieleiding, de docenten) en degenen die het onderwijs ontvangen (de leerlingen/studenten) besloten liggen.’ Zie De Groot & Stroomberg 1972, p. 215, deel II in het Glossarium bij Deel I.

de kosteloosheid van het primair en voortgezet onderwijs. Voorts mist hij onder andere een benoeming van de plicht van het bevoegd gezag zorg te dragen voor de veiligheid en gezondheid van de leerlingen.¹³¹ Hij komt tot de volgende omschrijving van een onderwijsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende belangrijkste verplichtingen:

‘Een overeenkomst, die tot stand komt op basis van de inschrijving van de onderwijsontvanger en de toelating van de onderwijsontvanger door de onderwijsinstelling, waarbij de onderwijsinstelling zich onder meer verbindt om de onderwijsontvanger aan het onderwijs en aan de toetsen te laten deelnemen, kwalitatief deugdelijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te nemen ter waarborging van de veiligheid van de onderwijsontvanger en de onderwijsontvanger zich onder meer verbindt 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.’¹³²

Mijns inziens kunnen de hoofdverplichtingen aan de zijde van het bevoegd gezag als volgt worden omschreven:

1. het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs van een bepaalde soort (primair of voortgezet onderwijs, niveau, soort opleiding etc.);
2. het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs, de toetsen en examens;
3. het zich voldoende inspannen jegens de leerling ten aanzien van de kwaliteit van het door de leerling te ontvangen onderwijs en diens veiligheid en gezondheid.¹³³

Deze verplichtingen hangen zeer nauw met elkaar samen. Wat betreft de eerste verplichting ligt de focus op het geven van het onderwijs. Dat is de hoofdverplichting die op het bevoegd gezag rust en die door middel van daartoe bevoegde leraren zal moeten worden uitgevoerd. Het ontvangen onderwijs moet vervolgens de leerling redelijkerwijs in de mogelijkheid brengen de schoolperiode en examens met goed gevolg af te leggen. Dit schuift al meer op naar het element van kwalitatief deugdelijk onderwijs en houdt mede verband met de derde verplichting.

Het onderwijs moet van een bepaald niveau zijn en het bevoegd gezag heeft de zorgplicht zich hiertoe voldoende in te spannen. Naast zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs vloeit uit deze derde verplichting voort

131 Noorlander 2005, p. 249.

132 Noorlander 2005, p. 249. Noorlander heeft in de bijlagen bij zijn dissertatie een ‘proeve van een nieuwe wettelijke regeling van de rechtspositie van leerlingen en ouders binnen de Wpo en de Wvo’ opgenomen met daarin o.a. zijn (uitgebreidere) opsomming van rechten en plichten van de leerling.

133 De weergave van deze drieslag vormt als het ware een combinatie van de verplichtingen besproken door Noorlander, Stoop, Pors en Pajmans.

dat de school zich voldoende zal moeten inspannen om de veiligheid en gezondheid van de leerlingen te waarborgen. Deze derde verplichting is met andere woorden de zorgplicht te noemen die een school jegens de leerling in acht moet nemen.¹³⁴ Er kan worden gesproken van een bijzondere zorgplicht die rust op de school. Ook rechters bestempelen de zorgplicht van de school wel als 'bijzondere',¹³⁵ maar ook spreken zij sec van een zorgplicht.¹³⁶ Redenen om een bijzondere zorgplicht in het onderwijs aan te nemen zouden naar mijn idee gevonden kunnen worden in het specifieke karakter van de verhouding tussen de school en de leerling, de maatschappelijke functie die een school heeft, de verantwoordelijkheid die het in stand houden van een school meebrengt en het vertrouwen dat leerlingen en ouders aan de deskundigheid van de school ontlenden. Ook speelt mee dat (minderjarige) kinderen leerplichtig zijn en dus ingeschreven moeten staan, de school moeten bezoeken en het onderwijs moeten volgen. Daarbij kan het nodig zijn dat een school haar eigen belangen achterstelt ten behoeve van de belangen van de leerling, maar ook zal de school de belangen van medeleerlingen moeten meewegen.¹³⁷ Er zijn meerdere bijzondere elementen in het onderwijs aan te wijzen die zouden kunnen leiden tot het aannemen van een bijzondere zorgplicht.¹³⁸

Tot slot kan uiteraard de tweede verplichting niet ontbreken, voor de hand liggend is dat uit de overeenkomst voortvloeit dat de school de leerling ook laat deelnemen aan het onderwijs, de toetsen en examens. Dat houdt ook in dat de school de leerling tot het onderwijs en de toetsen en examens zal moeten toelaten.

134 De derde verplichting bevat kort gezegd de civielrechtelijke zorgplicht die scholen jegens leerlingen hebben zoals Paijmans in haar proefschrift omschrijft. Zie over zorgplicht uit contract en de zorgvuldigheidsnorm ex art. 6:162 BW Paijmans 2013, p. 102 e.v. Voor de vraag naar de reikwijdte van deze zorgplicht bezien vanuit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, zie Paijmans 2013.

135 Zie bijv. Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252 en meerdere verwijzingen in Paijmans 2013, p. 199, voetnoot 69. Zie ook hierna par. 3.5.3 over rechtspraak.

136 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.

137 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 189.

138 Paijmans meent daarentegen dat, hoewel de zorgplicht van scholen niet licht is te noemen, deze niet wezenlijk afwijkt van andere zorgplichten die door de Hoge Raad niet als bijzonder zijn getypeerd, zodat het niet nodig is van een bijzondere zorgplicht te spreken. Zij stelt de zorgplicht van een school niet op een lijn met die van een bank of notaris, op wie een bijzondere zorgplicht rust, maar wel met die van een werkgever, een wegbeheerder of een ziekenhuis (Paijmans 2013, p. 119-120). Voor de aansprakelijkheid van een voor het handelen tijdens het bewegingsonderwijs of voor aansprakelijkheid voor het beneden de maat zijn van de kwaliteit van het onderwijs, sluit zij (wel) aan bij de norm die voor vrije beroepsbeoefenaren zoals ook de notaris en bijvoorbeeld de advocaat of arts jegens cliënt of patiënt geldt (waar sprake is van overeenkomsten): de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mag worden verwacht (Paijmans 2013, p. 305, 314, 442).

De leerling is op zijn beurt in de kern verplicht:

1. aan het onderwijs, de toetsen en examens deel te nemen;
2. zich te gedragen en te onthouden van ordeverstorend gedrag in de school;
3. zich voldoende in te spannen tijdens het volgen van het onderwijs.

Men kan zich afvragen of op de leerling ook een vierde verplichting rust om te betalen voor het onderwijs. Niet in de zin van een vrijwillige ouderbijdrage maar in de zin van een hoofdverplichting voortvloeiend uit de overeenkomst. Men zou op grond van de volgende redenering tot een dergelijke hoofdverplichting kunnen komen. Door het geven van onderwijs kan de school recht krijgen op een vergoeding. De betaling van deze vergoeding geschiedt bijvoorbeeld in het particulier onderwijs door de leerling, dan wel de ouders. In het bekostigd openbaar en bijzonder onderwijs geschiedt de betaling echter door de overheid.¹³⁹ De bekostiging door de overheid is geregeld in de onderwijswetgeving die voorwaarden stelt waaraan de school moet voldoen. De verplichting te betalen zou in theorie op de leerling kunnen rusten maar kunnen worden uitgevoerd door een derde, te weten de Staat (vgl. art. 6:30 BW). Al is het mogelijk de betalingsverplichting in het licht van een hoofdverplichting te bezien, meen ik dat het element van betaling niet moet worden ingekleed als contractuele hoofdverplichting rustend op de leerling. Het raakt mijns inziens de bekostigingssfeer tussen overheid en school en het is niet de leerling die zal kunnen worden aangesproken te betalen.

Een hoofdverplichting die in ieder geval op de leerling rust, is het deelnemen aan het onderwijs en de voor de leerling bestemde onderwijsactiviteiten. Ten tweede zal de leerling zich dienen te gedragen en dienen te onthouden van ordeverstorend gedrag binnen de school. De leerling mag de veiligheid van medeleerlingen en leerkrachten niet in gevaar brengen. Deze verplichting, zich als goed leerling gedragen, kan omschreven worden als 'goed leerling-schap'.¹⁴⁰ De derde hoofdverplichting bestaat erin dat de leerling zich voldoende zal inspannen tijdens het volgen van het onderwijs. De leerling dient met andere woorden niet slechts aanwezig te zijn maar ook mee te doen tijdens de lessen, zich voor te bereiden, huiswerk te maken e.d. Dit volgt deels ook al uit de verplichting tot deelname aan het onderwijs. Kort gezegd zal de leerling zich voldoende moeten inspannen om het door hem beoogde resultaat

139 Sperling 2009: het bevoegd gezag krijgt recht op loon dat in het openbaar en gesubsidieerd bijzonder onderwijs wordt betaald door de overheid.

140 Vergelijk 'goed huurschap' in art. 7:213 BW, de verplichting die op de huurder rust zich t.a.v. het gebruik van de gehuurde zaak als een goed huurder te gedragen. Noorlander p. 195 spreekt over de plicht tot 'goed leerling-schap' als vage norm die als restcategorie kan worden beschouwd, waaronder diverse gedragsverplichtingen geplaatst kunnen worden, die niet reeds onder de door hem omschreven verplichtingen (zoals het zich op betamelijke wijze gedragen) vallen.

te bereiken.¹⁴¹ Dit resultaat kan zijn het behalen van het juiste niveau om in het primair onderwijs te kunnen worden bevorderd naar een hogere groep, of om aan het eind van de basisschoolperiode naar het voortgezet onderwijs door te stromen, dan wel om te kunnen worden bevorderd naar de opvolgende klassen in het voortgezet onderwijs met uiteindelijk het kunnen afleggen van een eindexamen leidend tot een diploma. De vraag kan worden gesteld of ook de leerplichtige leerling of zeer jonge leerling daadwerkelijk zélf een dergelijk resultaat beoogt. Mijns inziens doet dit er echter niet aan af dat gedurende de schoolperiode kan worden gevegd dat de leerling zich inspant.

De hoofdverplichtingen van de school zullen daarmee corresponderende rechten van de leerling meebrengen. Ook aan de verplichtingen die rusten op de leerling lijkt een corresponderend recht van de school te kunnen worden gekoppeld. Hierover in de volgende paragraaf meer.

Van de overeenkomst kunnen uiteraard nog meer rechten en verplichtingen deel uitmaken. Deze kunnen naast de hoofdverplichtingen als bijkomende rechten en verplichtingen worden bestempeld. Dergelijke verplichtingen kunnen bij het aangaan van de overeenkomst worden afgesproken, maar zij kunnen ook voortvloeien uit de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).

Denkbaar is het om de hoofdverplichtingen anders in te kleden dan ik heb gedaan. Ten aanzien van de verplichting van de school kan bijvoorbeeld worden opgemerkt dat de harde kernverplichting zich in het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs bevindt. De rest van de verplichtingen van de school zouden dan als bijkomende verplichtingen kunnen worden aange-merkt. De verplichtingen van de leerling (en dus niet alleen de tweede genoemde verplichting) zouden eventueel alle drie gezamenlijk onder de noemer 'goed leerlingenschap' kunnen worden gebracht.

Ik heb ervoor gekozen de verplichtingen uiteen te rafelen en niet onder een noemer te brengen. Ook houd ik het bij hoofdverplichtingen en bespreek ik geen nadere bijkomende verplichtingen. Zodoende beperk ik mij ten behoeve van de overzichtelijkheid in het vervolg van het onderzoek tot bovengenoemde onderscheiden hoofdverplichtingen, drie aan de zijde van de school en drie aan de zijde van de leerling.

3.3.3 Rechtskarakter: Verbintenissen of Obliegenheiten?

3.3.3.1 Inleiding

Het uitgangspunt van dit proefschrift is dat aan de rechtsverhouding tussen leerling en school een overeenkomst ten grondslag ligt, waarop het contracten-

141 Cohen 1988, p. 48 e.v. en Noorlander 2005, p. 193 e.v. spreken van een 'ijverclausule' of 'ijververplichting'.

recht uit Boek 6 BW van toepassing is. Dat neemt niet weg dat voor de vraag *hoe* het contractenrecht kan worden toegepast in het onderwijs (zie de volgende hoofdstukken), het nodig is te weten *of* de rechten en verplichtingen van de leerling en de school als verbintenis zijn te karakteriseren. De regelingen van opschorting (art. 6:262 BW) en ontbinding (art. 6:265 BW) zien immers op de niet-nakoming of het tekortschieten in de nakoming van een *verbintenis*.¹⁴² Ook denkbaar is dat verplichtingen uit een onderwijsovereenkomst als Obliegenheiten moeten worden gezien. Uit een overeenkomst kunnen namelijk verbintenissen voortvloeien, maar mogelijk ook andere verplichtingen, die niet in rechte afdwingbaar zijn, zogeheten Obliegenheiten.

Aan de hand van een korte bespreking van de theorie inzake de begrippen verbintenis en Obliegenheit ga ik na of de hoofdverplichtingen en -rechten van school en leerling als verbintenis of Obliegenheit kunnen worden gekarakteriseerd. Hierbij zal het voornamelijk aankomen op de vraag of de voorliggende verplichtingen in rechte afdwingbaar zijn (anders gezegd of de mogelijkheid bestaat nakoming te vorderen van de hiermee corresponderende rechten), zoals gebruikelijk is bij een verbintenis.

3.3.3.2 *Verbintenissen*

De overeenkomst is een bron van verbintenissen. Het begrip *verbintenis* wordt in het BW niet gedefinieerd. De ontwerpers van het Nieuw BW hebben het opstellen van een definitie aan de wetenschap overgelaten.¹⁴³ Blijkens de parlementaire geschiedenis neemt het ontwerp tot uitgangspunt:

‘(...) dat alleen bij die rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen. Bij een verbintenis staat tegenover de rechtsplicht van de één een vorderingsrecht van de ander, dat een bestanddeel van diens vermogen is, en in het algemeen overdraagbaar en executabel is. Een verbintenis is derhalve niet aanwezig, wanneer degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, niet een met die rechtsplicht corresponderend vermogensrecht heeft.’¹⁴⁴

De verbintenis wordt in de literatuur tegenwoordig omschreven als ‘een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is’.¹⁴⁵ Het draait dus om een rechtsbetrekking waarbij voor de één een verplichting bestaat en voor de ander een daarmee

142 Het algemene artikel over opschorting 6:52 BW spreekt van een opeisbare *vordering* en art. 6:261 lid 2 BW kent een schakelbepaling waarin wordt gesproken van *wederzijdse prestaties*.

143 Parl. Gesch. Boek 6, p. 37.

144 Parl. Gesch. Boek 6, p. 38.

145 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.

corresponderend recht.¹⁴⁶ In deze (ruime) zin wordt de verbintenis gezien als een *rechtsbetrekking*, een band tussen twee personen.¹⁴⁷ Het begrip verbintenis kent evenwel ook een gangbare tweede betekenis, namelijk in de (enge) zin van *rechtsplicht*.¹⁴⁸ In deze gedaante omschrijft het begrip verbintenis de passieve zijde van de rechtsbetrekking, de schuld, de verplichting om te presteren, de verplichting of prestatie op zichzelf.¹⁴⁹ In het BW wordt deze betekenis voor het begrip verbintenis op meerdere plekken gebruikt, bijvoorbeeld in de artikelen 6:213, 6:227, 6:261, 6:262, 6:265 BW.¹⁵⁰ De omschrijving in termen van rechtsbetrekking staat in de literatuur voorop. Ook ik hanteer in deze paragraaf deze omschrijving. Zo onderzoek ik na weergave van de theorie of uit de onderwijsovereenkomst verbintenissen in de zin van rechtsbetrekking voortvloeien, al zal ik daarbij vanwege het spraakgebruik ook verbintenis in de zin van de passieve zijde gebruiken.

Het begrip verbintenis is niet vastomlijnd. Wanneer men het begrip (toch) nader probeert te ontleden, welke kenmerken heeft een verbintenis dan in de regel? Het is (a) een rechtsbetrekking tussen twee of meer personen, die (b) van vermogensrechtelijke aard is, waarbij (c) met de rechtsplicht van de één een recht van de ander correspondeert en die (d) doorgaans in rechte afdwingbaar is.

Er ontstaat dus (a) een band tussen twee of meer bepaalde personen, schuldeiser en schuldenaar.¹⁵¹

Deze is (b) van vermogensrechtelijke aard. Alleen die rechtsbetrekkingen die 'een zuiver vermogensrechtelijk karakter hebben' zijn verbintenissen.¹⁵² De literatuur beschrijft niet wat onder vermogensrechtelijke aard precies wordt verstaan. Wel wordt aangegeven dat bijvoorbeeld familierechtelijke betrekkingen of verplichtingen van puur familierechtelijke aard van het begrip verbintenis zijn uitgesloten, te denken valt aan de verplichting van echtgenoten tot getrouwheid.¹⁵³ Men zou de rechtsbetrekking van vermogensrechtelijke aard kunnen omschrijven als 'een op het terrein van het vermogen liggende prestatie' waartoe een ander gerechtigd is.¹⁵⁴ Hierbij is niet vereist dat de prestatie

146 Zie ook Hijma & Olthof 2017, nr. 299: 'een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen waarbij de een verplicht is tot een bepaalde prestatie tegenover de ander die tot die prestatie gerechtigd is'; Asser/Sieburgh 6-I 2016/12 over enerzijds een recht en anderzijds een daarmee corresponderende verplichting.

147 Smits 2003, nr. 4, p. 5; Schut 1987, p. 97.

148 Smits 2003, nr. 4, p. 5; Schut 1987, p. 98.

149 Asser/Sieburgh 6-I 2016/12, Hijma & Olthof 2017, nr. 299.

150 Smits 2003, nr. 4, p. 5.

151 Asser/Sieburgh 6-I 2016/7, Schut 1987, p. 102, Smits 2003, nr. 5, p. 6.

152 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.

153 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6, Schut 1987, p. 102, Smits 2003, nr. 6, p. 9.

154 Krans 2014, nr. 5, p. 7.

of verbintenis op geld waardeerbaar is.¹⁵⁵ Is een prestatie dit wel, dan is daarin een aanwijzing van het vermogensrechtelijke karakter te vinden. Noodzakelijk is het op geld waardeerbaar zijn evenwel niet.¹⁵⁶ Vroeger werd deze eis wel gesteld. De gedachte was dat indien bij niet-nakoming van de verbintenis geen schadevergoeding kon worden gevorderd, de verbintenis een sanctie zou ontberen.¹⁵⁷ Het vermogensrechtelijk karakter van een verbintenis kan evenwel ook tot uiting komen door het recht op nakoming, eventueel versterkt met een dwangsom of de mogelijkheid van reële executie.¹⁵⁸

Daarmee is het derde kenmerk aan de orde (c), dat de schuldeiser een subjectief recht heeft dat correspondeert met de rechtsplicht van de schuldenaar. De parlementaire geschiedenis wijst erop dat met de rechtsplicht een corresponderend subjectief vermogensrecht moet bestaan.¹⁵⁹ Meijers omschrijft een subjectief recht als 'een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid die hem verleend wordt om zijn belang te dienen'. Meijers vervolgt met: 'het normale type van een subjectief recht is dan verder het subjectieve vermogensrecht, hetwelk door de rechthebbende overgedragen en door schuldeisers uitgewonnen kan worden (...)'.¹⁶⁰ Meijers bestempelt het subjectieve vermogensrecht als het normaaltype, waar derhalve variaties op mogelijk zijn. Evenmin als het begrip verbintenis kent het begrip subjectief (vermogens)recht een vastomlijnde betekenis. Artikel 3:6 BW heeft betrekking op vermogensrechten en luidt: 'Rechten die hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.' Het artikel pretendeert evenwel geen definitie van vermogensrechten te geven in de zin van een uitputtende omschrijving.¹⁶¹

Doorgaans is een verbintenis (d) in rechte afdwingbaar.¹⁶² Dit houdt in dat er van een verbintenis nakoming kan worden gevorderd (de schuldenaar is gehouden zijn verplichting te voldoen). Zie in dit verband artikel 3:296 lid 1 BW dat luidt: 'Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te

155 Een voorbeeld is het teruggeven van een geleend document, ook al kan de waarde niet in geld worden uitgedrukt; de brief moet wel worden teruggegeven. Gebeurt dit niet dan zal geen schadevergoeding kunnen worden gevorderd maar wel kan bijv. een dwangsom opgelegd worden, zie Schut 1987, p. 104. Een ander voorbeeld van een niet op geld waardeerbare verbintenis is de informatieplicht van de hulpverlener uit art. 7:448 BW, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/27.

156 Smits daarentegen geeft aan dat het begrip verbintenis 'gereserveerd is voor de verhouding waaruit rechten die op geld waardeerbaar zijn voortvloeien', Smits 2003, nr. 6, p. 9.

157 Asser/Sieburgh 6-I 2016/27.

158 Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/27; Schut 1987, p. 104.

159 Zie het citaat aan het begin van deze par. 3.3.3.2.

160 Meijers 1948, p. 86, zie ook p. 304.

161 Parl. Gesch. Boek 3, p. 91 (M.v.A. II).

162 Asser/Sieburgh 6-I 2016/14.

geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld'. Voor de afdwingbaarheid van een verbintenis is relevant of deze voldoende bepaalbaar is. Artikel 6:227 BW geeft aan dat de verbintenissen die partijen op zich nemen voldoende bepaalbaar moeten zijn. Dit is het geval wanneer partijen voldoende duidelijk aangeven wat de inhoud van de verbintenis is of indien voldoende aanknopingspunten bestaan om op andere wijze te bepalen wat de inhoud is.¹⁶³ Het gaat dus vooral om bepaalbaarheid; bij het aangaan van een overeenkomst hoeft de prestatie niet nauwkeurig of uitdrukkelijk te worden geregeld.¹⁶⁴ Maar uiteindelijk is niet elke verbintenis afdwingbaar, zo kan van een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW) geen nakoming worden gevorderd omdat de rechtsdwang ontbreekt.¹⁶⁵

3.3.3.3 Obliegenheiten

Uit een overeenkomst kunnen ook andere verplichtingen dan verbintenissen voortvloeien. Het kan zijn dat een partij een gehoudenheid heeft zich jegens een ander op een bepaalde wijze te gedragen op straffe van verlies of beperking van haar zelf toekomende rechten of bevoegdheden.¹⁶⁶ Het nalaten zich op een bepaalde wijze te gedragen kan zekere nadelige rechtsgevolgen met zich brengen, die niet bestaan in een vordering tot nakoming of een vordering tot schadevergoeding aan de zijde van de wederpartij.¹⁶⁷ Een dergelijke gehoudenheid¹⁶⁸ kan worden aangeduid met de term *Obliegenheit*. Deze term is afkomstig uit Duitse literatuur, waarin bijvoorbeeld de volgende omschrijving van het begrip *Obliegenheit* is te vinden:

'Obliegenheiten sind Verhaltensanforderungen, zu deren Erfüllung man nicht gezwungen werden kann, deren Beachtung aber im eigenen Interesse liegt, um sonst eintretende Nachteile zu vermeiden. Sie werden teilweise als "Pflichten geringer Intensität", teilweise als, "Gebote des eigenen Interesses" angesehen.'¹⁶⁹

In algemene bewoordingen kunnen *Obliegenheiten* worden omschreven als 'juridische verplichtingen die als zodanig niet afdwingbaar zijn, maar waarvan de schending wel tot een voor de verantwoordelijke partij nadelig rechtsgevolg kan leiden'.¹⁷⁰ Zij kunnen voortvloeien uit een overeenkomst, de wet¹⁷¹

163 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/283.

164 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/284, 285.

165 Er bestaat zagezegd wel een aanspraak, maar er ontbreekt een stok achter de deur, Schut 1987, p. 104.

166 Hoffman/Van Opstall 1976, p. 49; Keirse 2003, p. 76.

167 Castermans 1992, p. 30; Smits 2003, nr. 12, p. 17.

168 Naast gehoudenheid wordt er t.a.v. *Obliegenheit* gesproken over 'geval van rechtsdrang' of 'last', zie Hofmann/Van Opstall 1976, p. 49. In termen van 'last' (en tegelijkertijd het begrip *Obliegenheit* vermijdend) Van der Wiel 2004, p. 11 e.v.

169 Wolf/Neuner 2012, p. 210; Jansen 2012, p. 36.

170 Zo formuleert Jansen de *Obliegenheit*, zie Jansen 2012, p. 35-36.

of de redelijkheid en billijkheid. De verplichting in de zin van Obliegenheit wordt wel omschreven als ‘plicht met een geringere intensiteit’¹⁷² of ‘plicht in oneigenlijke zin’.¹⁷³ Dit zal te maken hebben met de niet afdwingbaarheid van Obliegenheiten. Zo wordt weergegeven dat degene op wie zij rust bij niet-inachtneming of niet naleving ervan ‘slechts’ de eigen rechtspositie ondergraaft.¹⁷⁴ Met een Obliegenheit correspondeert zeggend geen recht van de ander, er ontstaat geen aanspraak of vorderingsrecht.¹⁷⁵ Over de vraag wat er onder ‘zekere nadelige rechtsgevolgen’ wordt verstaan, bestaat geen uitsluit.¹⁷⁶ Ook over de vraag of de gehoudenheid jegens een ander bestaat of enkel ligt in het eigen belang, lijkt eveneens verschillend te kunnen worden gedacht.¹⁷⁷ Toch zullen Obliegenheiten ook het belang van de wederpartij dienen, ook al kan er geen nakoming of schadevergoeding bij niet-nakoming worden gevorderd:

‘Ungeachtet ihres Eigennutzes dienen Obliegenheiten grundsätzlich auch dem Interesse einen anderen, ohne dass dieser aber ein entsprechendes Verhalten von dem Belasteten fordern und einklagen kann. Die Rechtsordnung sieht hier von jedem Erfüllungszwang und auch von einer Schadenersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung ab und begnügt sich stattdessen mit schwächeren Sanktionen. Diese bestehen in der Regel in dem Verlust einer günstigen Rechtsposition oder in einem sonstigen Rechtsnachteil.’¹⁷⁸

De figuur van Obliegenheiten is niet geheel uitgekristalliseerd. Wel is het verschil met een verbintenis duidelijk. Waar de verbintenis (met uitzondering van de natuurlijke verbintenis) afdwingbaar is en er met de verplichting een vorderingsrecht van de wederpartij correspondeert, ontbreekt de afdwingbaarheid en de aanspraak bij een Obliegenheit.

171 Het meest voorkomende voorbeeld van een Obliegenheit uit de wet is de klachtplicht uit art. 6:89 en 7:23 BW.

172 Smits 2003, nr. 12, p. 17.

173 Asser/Hijma 7-I* 2013/543.

174 Zie Hijma in Asser/Hijma 7-I* 2013/543 (over de klachtplicht), 233 (over de mededelingsplicht in het kader van dwaling), 337 (over de onderzoeksplicht van de koper).

175 Vgl. Wessels 1986, p. 88.

176 Vranken zoekt de sancties in de sfeer van de beperkende werking van de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) of in de rechtsverwerking, Vranken 1989, p. 198; in dezelfde zin Keirse 2003, p. 76.

177 Wessels 1986, p. 88 spreekt van ‘een ‘plicht’ tegenover jezelf, gestoeld op het gegeven dat de vervulling ervan ligt in welbegrepen eigen belang’, zie ook Jansen 2012, p. 38, voetnoot 114; Smits 2003, nr. 12, p. 18 geeft weer dat er geen plicht is om zich *jegens een ander* op een bepaalde wijze te gedragen, maar dat een Obliegenheit een plicht op de schuldeiser *zelf* legt. Hoffmann/Van Opstall 1976, p. 49 betreft de plicht wel op andere personen: de gedrongene moet zich jegens een andere persoon of personen, de belanghebbenden, met het oog op de belangen van deze(n) op een bepaalde wijze gedragen. Vgl. Keirse 2003, p. 76.

178 Wolf/Neuner 2012, p. 102.

3.3.3.4 *Verplichtingen van de school*

Hoe zijn de verplichtingen van de school en daarmee corresponderende rechten van de leerling te karakteriseren? Het eerste kenmerk (a) is in het onderwijs duidelijk. Er ontstaat een band, een rechtsbetrekking, tussen de individuele leerling en de school waar deze is ingeschreven.

Er is aarzeling om van een verbintenis te spreken in verband met het tweede kenmerk van de verbintenis, het vermogensrechtelijke karakter (b). Volgens sommigen zou een vermogensrechtelijk karakter niet rijmen met het geven en ontvangen van onderwijs.¹⁷⁹ Deze aarzeling is begrijpelijk, aangezien in het primair en voortgezet onderwijs in de verhouding school, kind en ouders tegenover de prestatie van de één – verzorgen van kwalitatief deugdelijk onderwijs – geen prestatie van de ander in de vorm van een geldelijke beloning staat.

Dit staat evenwel aan het aannemen van een vermogensrechtelijk karakter niet in de weg. Er is immers wel degelijk een geldelijke tegenprestatie maar die komt niet uit de zak van de leerling, maar van de Staat. Zo bezien valt er in het bekostigd onderwijs wel van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking te spreken.

Het geven en ontvangen van onderwijs zou ook om een andere reden als vermogensrechtelijk van aard kunnen worden bestempeld. Het vertegenwoordigt immers vermogenswaarde. Kijk bijvoorbeeld naar de particuliere of commerciële instellingen waar door studenten onderwijs ingekocht kan worden. Bovendien is het mogelijk dat leerlingen bij het krijgen van ondeugdelijk onderwijs kosten van bijles moeten maken, of vertraging in hun opleiding oplopen zodat zij de arbeidsmarkt mogelijk later betreden waardoor er mogelijk schade wordt geleden. Ook daarin is vermogenswaarde te herkennen.¹⁸⁰ Hoewel voor het aannemen van een verbintenis niet noodzakelijk, geeft het zich voordoen van vermogenswaarde wel een aanwijzing dat we met een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking van doen hebben. Gelet op het bovenstaande acht ik voldoende aanknopingspunten aanwezig om de rechtsbetrekking een vermogensrechtelijk karakter toe te dichten.

Het derde kenmerk (c) levert mijns inziens geen problemen op. Met de verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs correspondeert het recht van de leerling op het krijgen of ontvangen hiervan. In de omschrijving van het begrip verbintenis in de huidige literatuur wordt er gesproken over 'gerechtigd zijn tot een prestatie'. Uit een verbintenis vloeit derhalve het recht op de prestatie voort; een aanspraak ofwel een vorderingsrecht.

Het begrip vermogensrecht (als in artikel 3:6 BW) komt in de huidige omschrijving van het begrip verbintenis niet terug. De parlementaire geschiedenis wijst wel op een met de rechtsplicht van de één corresponderend 'subjectief

179 Pajmans 2013, p. 45; Snel & Postma 1999 in het kader van het openbaar onderwijs, p. 65.

180 Zie op dit punt anders Noorlander 2005, p. 252.

vermogensrecht', een vorderingsrecht, van de ander. Snel en Postma menen – in de context van de verhouding in het openbaar onderwijs – dat het recht van leerlingen op deugdelijke scholing geen vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW is. Zij menen dat artikel 3:6 BW zogenaamde alternatieve vereisten bevat waaraan voldaan moet zijn wil sprake zijn van een vermogensrecht. Volgens hen voldoet het recht op deugdelijke scholing niet aan een van de alternatieve vereisten hiervan. Hun conclusie luidt vervolgens dat de relatie ter zake van dat recht dan ook 'bezwaarlijk als een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking kan worden opgevat'.¹⁸¹

Deze opvatting deel ik niet. Ten eerste is het recht van de leerling op deugdelijk onderwijs mogelijk wél onder artikel 3:6 BW te vatten. Het is geen overdraagbaar recht en ook is niet direct duidelijk dat het er toe strekt stoffelijk voordeel te verschaffen. Maar wel zou volgehouden kunnen worden dat het recht op deugdelijk onderwijs in ruil voor verstrekt stoffelijk voordeel is verkregen; de vergoeding van de Staat voor het geven van onderwijs is immers verstrekt in ruil voor het krijgen van onderwijs aan de zijde van de leerling. Ten tweede wordt het begrip vermogensrecht door de auteurs te beperkt opgevat. Zoals de parlementaire geschiedenis aangeeft, betreft artikel 3:6 BW immers geen uitputtende omschrijving van het begrip vermogensrecht en bevat het artikel geen vereisten. Te spreken van en alleen te kijken naar alternatieve vereisten uit artikel 3:6 BW geeft blijk van een te begrensde benadering. Het begrip vermogensrecht is net zo min als het begrip verbintenis vastomlijnd. Zo is wel het beeld geschetst dat het begrip subjectief vermogensrecht mee dient te evolueren met de tijd en ontwikkelingen in de maatschappij.¹⁸² Bovendien is hun redenering die in essentie inhoudt 'omdat geen sprake is van een vermogensrecht zoals omschreven in artikel 3:6 BW is er ook geen sprake van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking' te kort door de bocht en naar mijn mening onjuist. Aan de rechtsbetrekking in het onderwijs is, zoals ik hiervoor heb geschetst, wel een vermogensrechtelijk karakter toe te dichten.

Is sprake van een afdwingbare verplichting in de zin van het vierde kenmerk (d)? Naar mijn idee is er niets op tegen om de verplichting als afdwingbare verplichting aan te merken. Sterker nog de verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs leent zich voor afdwingbaarheid. Deze verplichting is tot op zekere hoogte concreet en tastbaar. De school moet

181 Snel & Postma 1999, p. 65 in het kader van het openbaar onderwijs. Zij spreken over het recht op deugdelijke scholing dat leerlingen jegens de (gemeentelijke) overheid hebben en over de relatie gemeente-ouder/leerling. Voor de inhoud en strekking van de rechtsrelatie moet volgens hen primair naar de desbetreffende publiekrechtelijke regeling worden gekeken. Er moet volgens Snel en Postma niet van een onderwijsvereenkomst gesproken worden als direct moet worden gezegd dat de regels over verbintenissen er niet op van toepassing zijn.

182 Wessels 1984, p. 89, zie ook p. 60 waarin Wessels instemt met de opvatting dat het begrip vermogensrecht zeer extensief moet worden geïnterpreteerd. Zie ook: Knigge 2012, p. 13 onder verwijzing naar Wessels.

bijvoorbeeld zorgen voor een leerkracht voor de klas die bevoegd is onderwijs te geven. Ook moet de school bijvoorbeeld zorgen voor een ingericht klaslokaal met lesmateriaal voor leerlingen. Heeft een leerling meer maatwerk of aandacht nodig dan is de school in de context van de door haar zelf gemaakte afspraken en keuzes (binnen art. 23 GW) daaraan te houden. De leerling kan naar de rechter stappen om nakoming van het recht op deugdelijk onderwijs te vorderen (of van het recht op toelating tot het onderwijs of op het hebben van een veilige leeromgeving, zo moet bijvoorbeeld het schoolgebouw veilig zijn en niet op instorten staan). Aldus gaat het mijns inziens om het leveren van prestaties die goed als afdwingbare verplichtingen zijn aan te merken.

Uiteindelijk is het een normatieve keuze of er sprake is van een recht waarvan nakoming kan worden gevorderd. Men zou kunnen menen dat een leerling deze mogelijkheid niet heeft en dat handhaving van het recht op kwalitatief deugdelijk onderwijs bijvoorbeeld door de onderwijsinspectie moet geschieden. De consequentie kan zijn dat de bescherming van het kind in het niet valt. De onderwijsinspectie is op grond van de Wot dan wel gehouden de kwaliteit van het onderwijs te onderzoeken, maar zij zal door leerlingen en ouders naar mijn weten niet ingeschakeld kunnen worden om het individuele recht op het ontvangen van onderwijs te effectueren.¹⁸³ Daarvoor zal de leerling, na eventuele andere middelen aangewend te hebben, de mogelijkheid moeten hebben om naar de rechter te stappen. Stel dat er continu uitval van lessen is, dan zou een leerling of ouders zich toch tot de civiele rechter moeten kunnen wenden? Beter gezegd: dan kan deze leerling zich ook naar huidige maatstaven tot de civiele rechter wenden.

Ik heb mij voornamelijk gericht op de verplichting van de school om kwalitatief deugdelijk onderwijs te geven. Er is geen reden anders te denken

183 Vgl. in dit kader een annotatie van J. Donner bij Rb. Amsterdam 11 juni 1998 (de uitspraak van de kantonrechter in de Schaapman-zaak) in *de Gemeentestem* 1998, nr. 7091, 6, p. 83: 'De rechtsmiddelen om een recht op behoorlijk onderwijs af te dwingen worden door de verschillende auteurs in het publieke recht gezocht. Dat behoeft op zich het hanteren van privaatrechtelijke middelen niet te belemmeren, zeker in het licht van de toegenomen autonomie van scholen'. Ondernomen stappen zoals klachten kenbaar maken bij Inspectie 'kunnen leiden tot maatregelen om op de betreffende school orde op zaken te stellen, zij zullen er niet gauw toe leiden dat op individuele leerlingen gerichte maatregelen zoals het verzorgen van bijles worden getroffen', Donner 1998, p. 82. Vgl. verder annotatie van J.M.V. Dubelaar bij Rb. Amsterdam 11 juni 1998 in *NTOR* oktober 1998, p. 166 (en p. 165 waar staat: 'Een van de meest wezenlijke regels is uiteraard dat de verplichtingen die partijen bij de overeenkomst aangaan, moeten worden nagekomen. Niet- of niet-deugdelijke nakoming is wanprestatie en verplicht tot vergoeding van schade die daardoor mocht ontstaan. Er is geen enkele reden waarom dit in het onderwijs niet zou gelden.'). Vgl. Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89): Onjuist acht de rechtbank het verweer van de school dat een ouder die klachten heeft over het onderwijs geen andere rechtsgang openstaat dan een klacht bij de onderwijsinspectie in te dienen of de medezeggenschapsraad en/of de oudercommissie te informeren; een ouder kan zich wel degelijk tot de burgerlijke rechter wenden indien wordt gemeend dat de school wanprestatie pleegt.

over de andere verplichtingen van de school en daarmee corresponderende rechten van de leerling. Hiermee bedoel ik de verplichting tot het laten deelnemen aan het onderwijs en tot het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, de veiligheid en gezondheid van de leerling. Niet alleen hangen zij nauw samen met de verplichting om kwalitatief deugdelijk onderwijs te geven. Ook hebben zij op zichzelf beschouwd een eigen waarde voor de leerling, die in rechte erkenning heeft gekregen.¹⁸⁴ Aan het vermogensrechtelijke karakter van de rechtsbetrekking en afdwingbaarheid van de verplichting wordt voldaan, zodat deze elementen naar mijn idee dan ook niet in de weg staan aan het aannemen van een verbintenis.

In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt daar waar van een overeenkomst wordt uitgegaan door sommigen de vraag of hieruit verbintenissen voortvloeien niet geproblematiseerd, bijvoorbeeld omdat zij de aanwezigheid van verbintenissen vanzelfsprekend achten.¹⁸⁵ Door anderen wordt bij de vraag naar het verbintenisrechtelijke karakter van de onderwijsovereenkomst wel stilgestaan. Zij zien voor het aannemen of bestaan van verbintenissen geen beletsel.¹⁸⁶

Gelet op het bovenstaande lijkt het mij aangewezen om de verplichtingen van de school en daarmee corresponderende rechten van de leerling als verbintenissen aan te merken.

3.3.3.5 *Verplichtingen van de leerling*

Wanneer de blik wordt gericht op de verplichtingen die op de leerling rusten, valt op dat het rechtskarakter lastiger te bepalen is. In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt bij de verplichtingen van de leerling in het kader van de vraag naar het verbintenisrechtelijke karakter van de overeenkomst minder uitgebreid stilgestaan. Nu eens omdat de vraag niet wordt opgebracht, dan weer omdat dit karakter vanzelfsprekend wordt geacht.¹⁸⁷ Expliciet worden ‘het volgen van alle lessen’ en ‘het doen van wat in het vermogen van de leerling ligt om door het volgen en voorbereiden van lessen, het leren van de opgedragen stof en het afleggen van examens, de opleiding met succes te voltooien’, als verbintenissen die rusten op de leerling aangemerkt.¹⁸⁸ Daar waar de vraag naar

184 Zie voor rechtspraak par. 3.5. Vgl. Pors 1990, p. 157 over vordering tot toelating die kan worden gezien als vordering tot nakoming van de overeenkomst.

185 Stoop 1977, p. 547 e.v.; Pors 1990, p. 158. Vgl. Huisman & Zoontjens 2009, p. 39 die opmerken dat de kwalificatie tot onderwijsovereenkomst van belang is omdat hierdoor het in titel 6.5 BW vervatte overeenkomstenrecht van toepassing is.

186 Noorlander ten aanzien van het openbaar en bijzonder onderwijs, Noorlander 2005, p. 252-253; Huisman & Noorlander 2004 in het kader van het bijzonder onderwijs, p. 154.

187 Stoop 1977, p.

188 Pors 1990, p. 158, herhaald in Hermans, Backx & Pors 1993, p. 192; niet-nakoming van de verbintenis tot het volgen van alle lessen kan volgens Pors na ingebrekestelling leiden tot ontbinding van de overeenkomst. Ook wordt door hem als verbintenis genoemd: het betalen van een bepaald geldbedrag door de leerling.

het verbintenisrechtelijke gehalte van de verplichtingen wel naar voren wordt gebracht, worden zij ook als verbintenissen bestempeld; dat bijvoorbeeld de verplichting om zich op een behoorlijke manier te gedragen van de leerling geen economische waarde zou representeren, vormt volgens de desbetreffende auteurs geen beletsel omdat ook niet op geld waardeerbare verplichtingen als verbintenis kunnen worden beschouwd.¹⁸⁹ Ook bij de verplichtingen van de leerling komt het voornamelijk aan op de vraag naar het vermogensrechtelijke karakter en de mogelijke afdwingbaarheid van deze verplichtingen.

De leerling moet deelnemen aan het onderwijs, zich goed gedragen, zich onthouden van ordeverstoring gedrag en zich voldoende inspannen. Het is ongebruikelijk de verplichtingen van de leerling op geld te waarderen. Zij hangen echter nauw samen met de verplichtingen van de school en om die reden zou het al aanbeveling verdienen ze over één kam te scheren. Deze verplichtingen die op de leerling rusten vormen als het ware noodzakelijke voorwaarden voor de school om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen. Vanwege deze nauwe samenhang met de verplichtingen van de school kan een vermogensrechtelijk karakter in de zin van het tweede kenmerk (b) worden aangenomen. Daarbij komt dat hoewel de omstandigheid dat een prestatie op geld waardeerbaar is een aanwijzing kan zijn voor het aannemen van een vermogensrechtelijk karakter, de afwezigheid ervan evenwel niet het tegendeel meebrengt: 'sommige verplichtingen worden tot het vermogensrecht gerekend hoewel de waarde daarvan niet in geld kan worden uitgedrukt'.¹⁹⁰

Wat valt op wanneer er per verplichting naar het derde kenmerk (c), het met de verplichting corresponderende recht, en het vierde kenmerk (d), de afdwingbaarheid wordt gekeken? Op de leerling rust de verplichting tot deelname aan het onderwijs. De school heeft er groot belang bij dat de leerling het onderwijs volgt, al is het maar om te kunnen voldoen aan haar eigen verplichting. Ook overige leerlingen kunnen er belang bij hebben, bijvoorbeeld wanneer het aankomt op samenwerken of groepsprojecten. Zo gezien is een belangrijk kenmerk van de verbintenis een gegeven: de afdwingbaarheid in rechte behoort – gelet op de betrokken belangen – tot de mogelijkheden. Vanzelfsprekend zal de stap naar de rechter zelden bij scholen opkomen, maar dit doet aan het rechtskarakter niet af.

Wanneer een school constateert dat een leerling verzuimt aanwezig te zijn, zal zij acties ondernemen om de leerling weer naar school te krijgen, bijvoorbeeld door gesprekken te voeren met de leerling zelf en/of ouders.¹⁹¹ Wanneer sprake is van een serieus en ongeldig verzuimgeval, zal de school de

189 Huisman & Noorlander 2004, p. 154; Noorlander 2005, p. 252-253.

190 Aldus Schut 1987, p. 104.

191 'Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak', de Inspectie Veiligheid en Justitie oktober 2016, p. 6.

leerplichtambtenaar inschakelen (art. 21, 21a Lpw).¹⁹² De wet voorziet vervolgens in een strafrechtelijk traject, zodat de ‘nakoming van de verbintenis’ buiten beeld lijkt te geraken. Niettemin wordt aan een ‘civiele aanpak’ de voorkeur gegeven, aldus de inspectie van Veiligheid en Justitie in haar rapport over de strafrechtelijke aanpak van schoolverzuim.¹⁹³ Met ‘civiele aanpak’ wordt hier niet bedoeld in rechte nakoming vorderen, maar aanpak buiten het strafrechtelijke kader om, in het kader van de jeugdhulpverlening. Schoolverzuim hangt vaak samen met problemen in de familie sfeer.¹⁹⁴ Een nakomingsactie van de school lost die problemen niet op. Toch laat dit onverlet dat de school nakoming kan vragen, gelet op haar eigen belang en de belangen van medeleerlingen bij aanwezigheid en deelname van de leerling.¹⁹⁵

De leerling is verplicht zich goed te gedragen en zich te onthouden van ordeverstoring gedrag. Zoals eerder genoemd zou deze verplichting eventueel omschreven kunnen worden als ‘goed leerlingerschap’. In het kader van huur wordt ‘goed huurderschap’ (zie art. 7:213 BW) als een verbintenis aangemerkt die de verhuurder in rechte kan afdwingen bijvoorbeeld wanneer de huurder overlast veroorzaakt.¹⁹⁶ De verplichting tot ‘goed leerlingerschap’ zou men als een vergelijkbare verplichting kunnen zien in het onderwijs, in die zin dat de school nakoming kan vorderen in het geval dat de leerling ordeverstoring gedrag vertoont.

Is er aanleiding om deze verplichting toch als niet afdwingbaar te beschouwen en deze derhalve als een Obliegenheit te karakteriseren zoals besproken in paragraaf 3.3.3.3? Is met andere woorden sprake van een gehoudenheid zich op een bepaalde wijze te gedragen op straffe van verlies van de leerling zelf toekomende rechten en ondergraaft met andere woorden de leerling op wie de verplichting rust bij niet naleving ‘slechts’ zijn eigen rechtspositie? Naar mijn idee niet, de plicht zich te onthouden van ordeverstoring gedrag is meer dan louter een gehoudenheid zich op een bepaalde wijze te gedragen. De school moet onder andere in het belang van overige leerlingen kunnen ingrijpen bij ordeverstoring of onveilig gedrag van de leerling. Zou de leerling zich niet aan deze verplichting houden dan heeft de leerling kort gezegd zeker niet ‘alleen zichzelf ermee’ – op de gedragingen van de leerling kan de school reageren, bijvoorbeeld met nablijven of het nemen van een ordemaatregel zoals

192 In deze artikelen staat dat het hoofd van de school onverwijld kennis geeft aan burgemeester en wethouder dan wel aan de minister indien een ingeschreven leerplichtige leerling zonder geldige reden 16 uren lestijd heeft verzuimd gedurende een periode van vier opeenvolgende weken.

193 Rapport ‘Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak’, p. 7.

194 Rapport ‘Schoolverzuim: de strafrechtelijke aanpak’, p. 7.

195 Vgl. Storimans 2009, p. 62 die zich erover verwondert dat het bevoegd gezag of het hoofd ingevolge de Leerplichtwet niet verantwoordelijk is of op zijn minste medeverantwoordelijk is gesteld voor de nakoming van de schoolbezoekplicht door de jongere.

196 Het kan in desbetreffende gevallen ook om een vordering tot schadevergoeding of eventueel ontbinding draaien.

schorsing of wellicht verwijdering – maar ook wel degelijk de medeleerlingen en leerkrachten. Correcte nakoming van deze verplichting straalt af op de omgeving van de leerling, reden waarom de school de leerling daaraan moet kunnen houden. Hoewel van een Obliegenheit ook kan worden gezegd dat deze naast het eigen belang tevens het belang van anderen kan dienen, zou het de school afhouden van de mogelijkheid tot nakoming de leerling in een te vrijblijvende positie plaatsen.

Frustreert de leerling het geven van onderwijs of de veiligheid van andere betrokkenen, dan moet de school kunnen ingrijpen.¹⁹⁷ Ofschoon naar mijn idee in rechte nakoming kan worden gevorderd zal dit zich in praktijk niet snel voordoen. De school zal van deze verplichting door middel van andere vormen dan in rechte de leerling tot nakoming van goed gedrag manen.

De verplichting tot het zich voldoende inspannen tijdens het volgen van het onderwijs is mijns inziens het minst gemakkelijk te karakteriseren. Op het eerste gezicht lijkt de figuur van Obliegenheit de goede eigenschappen te hebben. De verplichting zou kunnen worden gekarakteriseerd als een gehoudenheid zich op bepaalde wijze te gedragen, waarvan het nalaten zekere nadelige rechtsgevolgen met zich brengt, verlies of beperking van rechten of bevoegdheden. Dit heeft naar mijn idee te maken met het gegeven dat wanneer de leerling zich niet inspent, de gevolgen vooral voor de leerling zelf voelbaar zullen zijn.¹⁹⁸ De leerling is gehouden zich voldoende voor te bereiden, huiswerk te maken, mee te doen in de les etc. Laat de leerling dit na, dan zal een leerling waarschijnlijk onvoldoendes halen, geen herkansingsmogelijkheden meer kunnen benutten en niet naar het volgende jaar kunnen worden bevorderd zodat er gedoubleerd moet worden. De leerling zou uiteindelijk het recht op nakoming van het krijgen van onderwijs kunnen verliezen en de school moeten verlaten, bijvoorbeeld wanneer de school het beleid heeft dat een leerling niet in dezelfde klas twee keer mag doubleren.¹⁹⁹

Maar, is de verplichting zich als leerling in te spannen ook als zodanig niet afdwingbaar door een school? Een kenmerk van een Obliegenheit is immers de niet afdwingbaarheid ervan. Onmiskienbaar heeft de school er veel belang bij dat leerlingen zich voldoende inspannen. Spannen leerlingen zich in dan heeft dat zijn positieve uitwerking op andere leerlingen en wordt de

197 Men zou kunnen spreken van een zogenaamd 'netwerkkarakter', vgl. in het kader van het netwerkkarakter van de franchiseovereenkomst Asser/Houben 7-X 2015/144.

198 Vgl. de discussie tussen Stoop en Trietsch t.a.v. de vraag of van een onderwijsovereenkomst sprake is en of daaruit een op de leerling rustende prestatieverplichting tot het 'z'n best doen' kan voortvloeien. Trietsch (1978, p. 489) meent in tegenstelling tot Stoop (1977, p. 457; 1978, p. 509) dat er niet van een juridische verplichting maar slechts van een morele verplichting (jegens zijn ouders of misschien zelfs wel in de eerste plaats jegens zichzelf) sprake zou kunnen zijn.

199 Hoewel uiteraard het onvoldoende presteren niet per definitie het gevolg hoeft te zijn van onvoldoende inspanning – een leerling kan ook heel veel inzet tonen maar het niveau niet halen omdat dit te hoog is – is een verband tussen inzet en resultaat wel aanwezig.

uitvoering van de taakopdracht van leerkrachten niet gefrustreerd. Zo komt het inspannen van de leerlingen het moreel en het leerproces in de klas ten goede.²⁰⁰ Ook heeft de school er belang bij dat leerlingen door hun inspanningen kunnen doorstromen naar een volgende klas of naar vervolgonderwijs of hun examen behalen. Hogere slagingspercentages zijn goed voor het imago van een school. De school kan dus een met de inspanningsverplichting corresponderend recht of aanspraak hebben, waarvan ook nakoming behoort te kunnen worden gevorderd. Noorlander spreekt van een juridische verplichting zich als leerling in te spannen²⁰¹ en schetst het beeld van juridisch optreden tegen onwillige leerlingen die de onderwijskundige en opvoedkundige taakuitoefening van de school belemmeren. In uitzonderlijke omstandigheden zou volgens hem een leerling verwijderd kunnen worden wegens het stelselmatig niet nakomen van de inspanningsverplichting.²⁰² Over nakoming spreekt hij niet letterlijk.²⁰³ Hoewel mijns inziens de in te roepen sancties los staan van het aanmerken van een verplichting als verbintenis, kunnen deze wel een aanwijzing opleveren dat de verplichting een afdwingbare verplichting betreft.

Het is mijns inziens dus niet vanzelfsprekend dat slechts van een Obliegenheit sprake is. Op de keper beschouwd komt het wederom neer op een normatieve keuze of er een vorderingsrecht ontstaat en sprake is van een afdwingbare verplichting. Deze keuze is mijns inziens niet eenvoudig te maken. Naar mijn mening is het echter niet op voorhand uitgesloten dat de verplichting zich voldoende in te spannen als een verbintenis dient te worden gekwalificeerd, gelet op het eigen belang dat de school bij nakoming van deze verplichting heeft. Evenals ten aanzien van de eerder genoemde verplichtingen meen ik dat de inspanningsverplichting wel in rechte afdwingbaar is, maar dat in praktijk een dergelijke vordering zich nauwelijks voor zal doen. Het voeren van een procedure tegen een leerling zal voor de school niet snel opwegen tegen het resultaat dat daarmee zal kunnen worden behaald. Nakoming eisen van de inspanningsverplichting zal vooral buiten de rechter om plaatsvinden, maar dat neemt niet weg dat deze verplichting als afdwingbaar kan worden beschouwd en daarmee ook als verbintenis is aan te merken.

200 Vgl. Noorlander 2005, p. 193.

201 Noorlander 2005, p. 193, in navolging van Cohen (1981, p. 48) in het kader van hoger onderwijs.

202 Noorlander geeft vervolgens onder vermelding van rechtspraak weer dat hieraan wel strenge eisen moeten worden gesteld. Verwijdering kan bijvoorbeeld niet in de loop van het schooljaar, art. 14 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo, Noorlander 2005, p. 194.

203 Vgl. Cohen 1981, p. 51 die over het hoger contractonderwijs opmerkt: 'Wanneer een student zich niet houdt aan zijn inspanningsverplichting, dan heeft de docent een even eenvoudige als doeltreffende sanctie: het contract wordt ontbonden, de slaaggarantie vervalt en de inspanningsverplichting wordt teruggebracht tot het niveau waartoe een docent in het algemeen verplicht is.'

3.3.3.6 Afronding rechtskarakter

De vraag naar het rechtskarakter van de hoofdverplichtingen die rusten op de school en de leerling blijkt niet eenvoudig te beantwoorden. Dit houdt vooral verband met de theorie van de verbintenis die niet in beton gegoten is. Uitgaande van de algemene kenmerken van de verbintenis kunnen de verplichtingen van de school waarmee rechten van de leerling corresponderen mijns inziens als verbintenissen worden aangemerkt. De leerling kan deze mijns inziens in rechte afdwingen. In essentie komt het aan op een keuze die in de maatschappij ten aanzien van de vraag naar afdwingbaarheid wordt gemaakt. Wanneer wordt ingezoomd op de verplichtingen van de leerling is het karakter wellicht nog minder eenvoudig vast te stellen. Maar ook ten aanzien van deze verplichtingen is niet uitgesloten dat sprake is van afdwingbare verplichtingen en daarmee van verbintenissen. Zeker als belangen van de school zelf en van medeleerlingen in ogenschouw worden genomen.

3.3.4 Wederkerige overeenkomst en schakelbepaling

Uit artikel 6:261 lid 1 BW volgt dat een overeenkomst wederkerig is indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt. Partijen zijn in geval van een wederkerige overeenkomst over en weer verplicht prestaties te verrichten en de prestatie van de een dient te worden verricht met de bedoeling de prestatie van de ander te verkrijgen. Dit wordt het 'do ut des' karakter genoemd: 'Ik geef opdat jij geeft'. Kenmerkend is dan ook het ruilkarakter.²⁰⁴ De hoofdverplichtingen waartoe partijen zich verbinden zijn onderling afhankelijk.²⁰⁵ De vraag of van een ruilkarakter sprake is, moet volgens de parlementaire geschiedenis 'aan economische en psychologische begrippen worden getoetst'.²⁰⁶ En de vraag naar wederkerigheid moet worden gesteld ten aanzien van een 'gegeven, zich in werkelijkheid opdoende, bepaalde overeenkomst'.²⁰⁷ Het antwoord hangt dus af van de inhoud van de voorliggende overeenkomst en de omstandigheden van het geval.²⁰⁸

Kan een onderwijsovereenkomst als een wederkerige overeenkomst worden aangemerkt? Het antwoord op deze vraag vergt inzicht in de inhoud van de overeenkomst, dat wil zeggen in de hoofdverplichtingen die uit de desbetreffende onderwijsovereenkomst voortvloeien. Uitgaande van de besproken hoofdverbintenissen kan een onderwijsovereenkomst inderdaad als een weder-

204 Parl. Gesch. Boek 6, p. 989.

205 Schut 1987, p. 86; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/81.

206 Parl. Gesch. Boek 6, p. 988 (TM).

207 Parl. Gesch. Boek 6, p. 990 (Advies RvS).

208 Klomp, GS Verbintenissenrecht, art. 6:261 BW, aant. 6.

kerige overeenkomst worden aangemerkt. De onderwijsovereenkomst bindt wederzijds. Zowel de school als de leerling neemt verplichtingen op zich: beiden dienen over en weer prestaties te verrichten. Deze prestaties zijn ook van elkaar afhankelijk: de school kan immers slechts kwalitatief deugdelijk onderwijs verschaffen aan de leerling wanneer de leerling zich ook echt aan zijn aanwezigheidsverplichting houdt, zich goed gedraagt en zich inspant.²⁰⁹ Een school heeft ook een eigen belang bij de deelname, het goede gedrag en de inspanning van de leerling vanwege bijvoorbeeld de positieve invloed op de groepsdynamiek. De leerling zal op zijn beurt aan het onderwijs deelnemen, zich goed gedragen en inspannen met de bedoeling kwalitatief goed onderwijs te krijgen in een veilige omgeving.²¹⁰ Deze hoofdverplichtingen zijn als onderling afhankelijk te bestempelen en hebben een ruil karakter.

Met Noorlander meen ik dat het wederkerigheidsgehalte wel beperkt is.²¹¹ De school zal niet per definitie goed onderwijs verschaffen ter verkrijging van de prestatie aan de kant van de leerling, inhoudende dat deze aanwezig is en zich goed gedraagt. De deelname en het goede gedrag van de leerling zijn eerder noodzakelijke voorwaarden voor het correct kunnen nakomen van de prestatieverplichting die op de school rust. De school zal daarnaast mede goed onderwijs verschaffen in een veilige omgeving omdat zij op grond van publiek-rechtelijke regelgeving verplicht is hiervoor zorg te dragen.²¹²

Het wederkerigheidsverband is in het bekostigd onderwijs minder pregnant aanwezig dan bij andere wederkerige overeenkomsten, zoals de koopovereenkomst waarbij de prestatie wordt verricht opdat ervoor wordt betaald.²¹³ Wel is het naar mijn mening, bovenstaande in acht nemende, voldoende om de onderwijsovereenkomst als wederkerig aan te merken.

Artikel 6:261 BW kent in lid 2 nog een schakelbepaling: 'De bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten zijn van overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet.' De bepaling maakt analogische toepassing 'in ruime mate mogelijk'.²¹⁴ Niet is nodig dat een ruil karakter aanwezig is.²¹⁵ Naar mijn mening kan de onderwijsovereenkomst als wederkerige overeenkomst worden gekwalificeerd. Mocht men niet willen aannemen dat van een wederkerige overeenkomst sprake is, dan kunnen de bepalingen die gelden voor wederkerige overeenkomsten ook via lid 2 van overeenkomstige toepassing zijn op de onderwijsovereen-

209 In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.

210 In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.

211 Zie voor de visie van Noorlander 2005, p. 255.

212 Vgl. art. 10 Wpo, art. 23a Wvo en art. 19 Wec betreffende de kwaliteit van het onderwijs; art. 4c Wpo, art. 3b Wvo en art. 5a Wec betreffende de zorgplicht t.a.v. de veiligheid op school.

213 Hetgeen zich voordoet in het particulier onderwijs.

214 Parl. Gesch. Boek 6, p. 988.

215 Parl. Gesch. Boek 6, p. 989; Olthof T&C BW, art. 6:261 lid 2, aant. 3 onder a en b.

komst. De rechtsbetrekking in het onderwijs strekt in ieder geval tot het wederzijds verrichten van prestaties. Duidelijk is immers dat de onderwijsovereenkomst partijen en daarbij dus ook de leerling verplicht tot prestaties. De bepalingen inzake wederkerige overeenkomsten zijn kortom hoe dan ook via lid 2 op de onderwijsovereenkomst van toepassing voor zover de aard van de rechtsbetrekking er niet aan in de weg staat.

3.3.5 Inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting

Hoe kunnen de verbintenissen uit de onderwijsovereenkomst worden gekwalificeerd; is sprake van resultaatsverbintenissen of inspanningsverbintenissen? Deze vraag is moeilijk in zijn algemeenheid te beantwoorden. Het komt telkens aan op de precieze verbintenis die partijen op zich hebben genomen. Ook is een strikte indeling of categorisering in een van de twee typen niet altijd goed mogelijk. Het kan zijn dat een verbintenis elementen van beide typen bevat.²¹⁶

In de onderwijsrechtelijke literatuur is de verplichting van de school om zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs en dus om kwalitatief deugdelijk onderwijs aan te bieden als inspanningsverplichting aangemerkt. Bijvoorbeeld Noorlander omschrijft de verplichting van het bevoegd gezag als een inspanningsverbintenis. Hij meent dat het niet eenvoudig, zo niet onmogelijk is om de verplichting tot het leveren van kwalitatief behoorlijk onderwijs in alle redelijkheid als een resultaatsverbintenis te construeren.²¹⁷ In een andere bijdrage met Huisman wordt opgemerkt dat 'natuurlijk het onderscheid met name bij het onderwijs niet heel scherp is omdat de inspanningsverbintenis ook resultaat-elementen bevat'.²¹⁸

Kijkend naar de door mij geschetste verbintenissen ga ook ik er vanuit dat op partijen inspanningsverbintenissen en geen resultaatsverbintenissen rusten. De verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs strekt tot het verrichten van een zekere inspanning. Deze is nagekomen wanneer de school de van haar te verwachten inspanning om de leerling te onderwijzen heeft geleverd.²¹⁹ Wanneer de leerling het beoogde resultaat niet haalt, is de school niet per definitie tekortgeschoten. Hoewel er waarschijnlijk wel een bepaald resultaat wordt beoogd door de leerling die het onderwijs volgt, gaan partijen bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst geen resultaatsver-

²¹⁶ De Jong 2014, nr. 204.

²¹⁷ Noorlander 2005, p. 496-49, hoewel volgens hem theoretisch aan de hand van kerndoelen niet op voorhand onmogelijk.

²¹⁸ Huisman & Noorlander 2004, p. 155.

²¹⁹ Krans 2014, nr. 56, p. 44 over inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis.

plichting aan.²²⁰ Partijen spreken niet een bepaald resultaat af dat per definitie moet worden bereikt en de school staat daar ook niet voor in.²²¹ De school zegt geen resultaat tot slagen toe. Dat zou zich in het onderwijs bijvoorbeeld ook niet verenigen met het uitreiken van diploma's, gelet op het devaluerende effect op diploma's dat van een resultaatsverplichting uit zou gaan. Ook ten aanzien van de veiligheid en gezondheid van de leerling is sprake van een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis.²²² Van de zijde van de leerling hebben we waar de leerling zich voldoende moet inspannen tijdens het volgen van het onderwijs ook te maken met een inspanningsverplichting en niet met een resultaatsverplichting.

Het verschil tussen een inspannings- en resultaatsverbintenis is vooral relevant voor de vraag of er is nagekomen of niet en daarmee voor de stelplicht en bewijslast van degene die zich beroept op ondeugdelijke nakoming en de ander aansprakelijk wil houden.²²³ In het geval van een inspanningsverplichting die niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, is het aan de schuldeiser, de leerling, om te stellen en te bewijzen dat de schuldenaar, de school, niet de vereiste inspanning heeft geleverd en dat er is tekortgeschoten. Zou het om een resultaatsverplichting gaan en wordt het resultaat niet bereikt, dan is daarmee duidelijk dat de verplichting niet is nagekomen en dat er tekortgeschoten is: de schuldeiser zou dan kunnen volstaan met te stellen dat het overeengekomen resultaat niet is bereikt, de schuldenaar moet vervolgens stellen en bewijzen dat hij voor deze tekortkoming niet aansprakelijk is.

3.3.6 Duurovereenkomst

De inhoud van de desbetreffende overeenkomst bepaalt of sprake is van een duurovereenkomst of niet. Dit zal dus door uitleg van de overeenkomst moeten worden vastgesteld. Het kenmerk van een duurovereenkomst is dat één of beide partijen zich verplichten tot 'opeenvolgende dan wel voortdurende prestaties'.²²⁴ Dit in tegenstelling tot aflopende of voorbijgaande overeenkomsten waarbij de verbintenissen na voldoening van de eenmalige prestaties

220 Vgl. In dit kader Tjong Tjin Tai 2006 p. 105: 'Resultaatsverbintenissen verplichten tot het bereiken van een zeker resultaat, inspanningsverbintenissen slechts tot een zekere inspanning. Dat neemt niet weg dat ook die inspanning op een zeker resultaat is gericht.' Zo bestaan er inspanningsverbintenissen gericht op het bereiken van een concreet resultaat door een doen, p. 107.

221 Zie anders Cohen over het contractonderwijs in het hoger onderwijs, Cohen 1981, p. 51.

222 Zie over de kwalificatie als inspanningsverplichting t.a.v. de in acht te nemen zorg betreffende kwaliteit, veiligheid en gezondheid zijdens de school jegens de leerling (civielrechtelijke zorgplicht) o.a. onder verwijzing naar literatuur, uitspraken van de LKC en de civiele rechter, Pajmans 2013, par. 4.7.4, p. 122-124 en voor een bespreking van buitenlandse visies, p. 124-127.

223 Krans 2014, nr. 56, p. 43.

224 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/89; Asser/Sieburgh 6-I 2016/43 onder b.

tenietgaan of eindigen. Aan deze verbintenissen is voldaan door deze na te komen, door het uitvoeren van een prestatie of verplichting.²²⁵ Is een onderwijsovereenkomst als voortdurende of voorbijgaande overeenkomst te bestempelen?

Hoewel het afhangt van de precieze afspraken die in het concrete geval zijn gemaakt, kan in algemene zin een onderwijsovereenkomst worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst, net als bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Een school is gehouden dag in dag uit, week in week uit, jaar in jaar uit onderwijs te verzorgen. Het is niet zo dat de overeenkomst door nakoming van de hoofdverplichtingen eindigt. Er is sprake van telkens terugkerende rechten en verplichtingen. Een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs wordt niet telkens voor een jaar aangegaan.²²⁶ De onderwijsovereenkomst strekt tot het verrichten van voortdurende prestaties. De mogelijkheid of het gegeven dat de overeenkomst mede is gericht op of wordt aangegaan met het doel een bepaald niveau te behalen om door te stromen van basisschool naar middelbare school of om een diploma te behalen, maakt de overeenkomst niet tot een overeenkomst waarvan partijen door een enkele prestatie (nakoming) worden bevrijd. Met het aangaan van de onderwijsovereenkomst kan mede het bereiken van een bepaald resultaat zijn beoogd, dit doet niet af aan de kwalificatie als duurovereenkomst. Als het doel niet wordt behaald, betekent dit niet dat de school (of leerling) per se tekort is geschoten. De kernprestatie van de school betreft dus niet het behalen van het beoogde resultaat, maar het leveren van goed onderwijs.

Een duurovereenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd. De vraag of sprake is van een onderwijsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd zal per geval aan de hand van de uitleg van de overeenkomst moeten worden bepaald. Vervolgens kan worden nagegaan of opzegging in beginsel wel of niet tot de mogelijkheden behoort en of er bijvoorbeeld een termijn voor opzegging nodig zal zijn. Hoewel het antwoord op deze vragen afhangt van het voorliggende geval, ga ik na wat in algemene zin het geval lijkt te zijn.

'Bepaalde tijd' kan zien op een bepaalde duur of tijd zoals één jaar of twee jaar etc. Maar het kan ook gaan om een bepaald resultaat.²²⁷ Of de overeenkomst die wordt aangegaan voor het bereiken van een bepaald resultaat leidt tot een overeenkomst voor bepaalde tijd dient door uitleg te worden bepaald.

225 Zijn alle verbintenissen voldaan dan eindigt ook de overeenkomst. Zie over het tenietgaan van de verbintenis en het tenietgaan van de rechtsverhouding Asser/Sieburgh 6-I 2016/44.

226 Vgl. Pors 1990, p. 158. Volgens Pors zou dat 'grote onzekerheid scheppen aan het eind van elk schooljaar, terwijl de leerling juist aan zijn rechtsverhouding met de onderwijsinstelling een eventueel recht op bevordering moet kunnen ontleen en een opleiding in het algemeen als één geheel dient te worden gezien'.

227 Zonder dat hiermee een resultaatsverbintenis in het leven wordt geroepen. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/408; Houben & Nijland 2016, p. 72 onder stap 4; vgl. De Vries 2007, p. 2357.

Het is dus de vraag hoe een en ander in de overeenkomst zelf is afgesproken, hetgeen door uitleg moet worden vastgesteld. Bij de uitleg van de overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²²⁸ Relevant voor de vraag of sprake is van een duurovereenkomst voor bepaalde tijd is of voor partijen duidelijk is wanneer het resultaat is bereikt. Een voorbeeld biedt een uitspraak van het Hof 's- Hertogenbosch:

'(...) nu doel van de samenwerking tussen Vieya Projecten en Berghenbos was de ontwikkeling en realisatie van woningbouw op de gronden die Vieya Wooncorporatie van [broer van de directeur en enig aandeelhouder van Berghenbos] had gekocht, en in artikel 2 is opgenomen dat de samenwerkingsovereenkomst is aangegaan tot aan het moment dat alle op het perceel gerealiseerde bouwkavels c.q. lofts aan derde(n) zijn verkocht en geleverd, de *overeenkomst is aangegaan voor het bereiken van een bepaald resultaat*. Anders dan Vieya Projecten betoogt, is de samenwerkingsovereenkomst dus *niet aangegaan voor onbepaalde tijd, maar voor bepaalde tijd*. De door partijen gedachte einddatum (het moment dat alle op het perceel gerealiseerde bouwkavels cq lofts aan derde(n) zijn verkocht en geleverd) is objectief bepaalbaar. Dat het bereiken van het resultaat mede afhankelijk is van de wil en het toedoen van partijen, maakt dat niet anders.'²²⁹ [cursivering: SV]

Kan een onderwijsovereenkomst als een duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd worden gezien? Een onderwijsovereenkomst kan een tijdsbepaling bevatten, bijvoorbeeld door overeen te komen dat een leerling acht jaar primair onderwijs zal ontvangen of bijvoorbeeld zes jaar voortgezet onderwijs. Gevolg hiervan is dat sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd. De vraag is evenwel of dit expliciet tussen partijen wordt afgesproken. In verschillende digitaal te raadplegen aanmeldformulieren of inschrijfformulieren van willekeurige basisscholen staat geen expliciete tijd genoemd. Het betreft voornamelijk de aanmelding bij de school, waar vervolgens nog toelating moet plaatsvinden. Bij sommige middelbare scholen staat in de aanmelding bijvoorbeeld wel voor welk niveau en welke brugklas wordt ingeschreven, maar een expliciete duur ben ik niet tegengekomen. In het beroepsonderwijs schrijft de Web voor dat de overeenkomst schriftelijk wordt aangegaan voor de duur van de opleiding of een deel ervan. In het voorbeeldmodel van de onderwijsovereenkomst van de MBO-Raad wordt op het opleidingsblad van

228 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), zie par. 3.2.2.

229 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2241, r.o. 7.10.2. Deze overeenkomst zou echter mogelijk ook als een 'niet-duurovereenkomst' kunnen worden aangemerkt en dus als een overeenkomst die door nakoming eindigt.

een startdatum en verwachte einddatum gesproken en in het vervolg van de voorbeeldovereenkomst van een gestelde termijn.²³⁰

Indien in het primair en voortgezet onderwijs een tijdsbepaling niet expliciet wordt overeengekomen, kan uitleg van de overeenkomst of aanvulling op grond van de wet of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de overeenkomst voor een bepaalde tijdspanne is aangegaan. Aanwijzing hiervoor bieden de artikelen over de duur van het onderwijs in de Wvo. Zo staat er in de artikelen 7, 8, 9 en 10a Wvo dat het desbetreffende onderwijs²³¹ wordt gegeven aan scholen met een cursusduur van respectievelijk zes, vijf en vier jaren. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de overeenkomst die aan het geven van het desbetreffende onderwijs ten grondslag ligt een daarmee corresponderende duur aanneemt. Het kan wel zijn dat de leerling blijft zitten of een klas overslaat in de onderbouw en/of bovenbouw, in dat geval komen er jaren bij of gaan er jaren af.

Naast de mogelijkheid van een bepaalde duur is ook goed denkbaar dat de onderwijsovereenkomst wordt aangegaan met als doel het bereiken van een bepaald resultaat, zowel in het primair als in het voortgezet onderwijs. In artikel 39 lid 4 van de Wpo staat:

‘Leerlingen bij wie naar het oordeel van de directeur van de school de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs in voldoende mate is gelegd, verlaten aan het einde van het schooljaar de school, mits hierover met de ouders overeenstemming bestaat. In elk geval verlaten de leerlingen de school aan het einde van het schooljaar waarin zij de leeftijd van 14 jaar hebben bereikt.’

Dit kan met zich brengen dat een bepaald resultaat is beoogd²³² en (daarmee) een door partijen gedachte einddatum wordt afgesproken: ‘de overeenkomst wordt aangegaan tot aan het einde van het schooljaar waarin naar het oordeel van de directeur in voldoende mate de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs bestaat, in overeenstemming met de ouders van de leerling, doch als uiterste moment heeft te gelden het einde van het schooljaar waarin de leerling de leeftijd van 14 jaar heeft bereikt’. Het resultaat betreft het in voldoende mate bestaan van de grondslag voor aansluitend onderwijs. Een alleruiterste datum wordt er direct aan vastgeplakt. De vraag kan worden gesteld of het resultaat en de einddatum objectief bepaalbaar zijn. In het voortgezet onderwijs lijkt het resultaat duidelijker objectief bepaalbaar te zijn

230 ‘Servicedocument onderwijsovereenkomst, informatie en voorbeeld model onderwijsovereenkomst 2016-2017’, MBO-Raad, p. 12 te raadplegen via: www.mбораad.nl/publicaties/service-document-onderwijsovereenkomst. Zie voor het gebruik van de gestelde termijn art. 7.2. Servicedocument MBO-Raad.

231 Voorbereidend wetenschappelijk onderwijs (vwo), Hoger algemeen voortgezet onderwijs (havo) etc.

232 Zonder dat de overeenkomst resultaatsverbintenissen in het leven roept, zie par. 3.3.5 en 3.5.3.

dan in het primair onderwijs. Het resultaat is zichtbaar in de vorm van het met goed gevolg doorlopen van alle klassen en uiteindelijk het behalen van een diploma. Zo kan de overeenkomst worden aangaan 'tot aan het moment van het behalen van het diploma'. De Leerplichtwet speelt hierbij mogelijk ook een rol. Kinderen van 5 tot en met 16 jaar zijn leerplichtig, hebben zij na hun 16^e jaar nog geen startkwalificatie (een vwo, havo of mbo (niveau 2 of hoger) diploma), dan moeten zij onderwijs volgen tot het bereiken van de leeftijd van 18 jaar.²³³ Met dit in gedachten zou een onderwijsovereenkomst in het voortgezet onderwijs in ieder geval niet korter kunnen worden aangegaan dan tot het bereiken van de leerplichtige leeftijd van 16 jaar, of, als de leerling dan nog niet in het bezit is van een startkwalificatie niet korter dan tot de leerling deze kwalificatie wel heeft behaald of de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Zo kan mogelijk op de Leerplichtwet worden teruggevallen ter in- of aanvulling van de overeenkomst en het beantwoorden van de vraag naar bepaalde of onbepaalde tijd.

Kortom, een onderwijsovereenkomst kan naar mijn idee over het algemeen worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst voor bepaalde tijd. De vraag of sprake is van een duurovereenkomst en of deze een duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd betreft, is onder andere relevant voor de vraag of opzegging mogelijk is, zie hierover nader paragraaf 5.3.

3.3.7 Geen overeenkomst van opdracht

Artikel 7:400 lid 1 BW kent een brede omschrijving van de overeenkomst van opdracht: 'De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken'. Is hieronder ook een onderwijsovereenkomst te scharen?

In beginsel zou een onderwijsovereenkomst onder deze brede omschrijving kunnen vallen. Er kan worden gezegd dat het bij een onderwijsovereenkomst draait om kort gezegd 'het verlenen van diensten of werkzaamheden anders dan op grond van arbeidsovereenkomst'. Toch is het niet passend om een onderwijsovereenkomst als overeenkomst van opdracht aan te merken. De onderwijsovereenkomst lijkt niet aan te sluiten bij het karakter van een overeenkomst van opdracht zoals dit tot uitdrukking komt in de bepalingen van

²³³ Art. 3 Lpw en over de startkwalificatie art. 1 onder f jo. 4a en 4b Lpw; zie ook www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/leerplicht.

de afdeling betreffende een overeenkomst van opdracht in het algemeen.²³⁴ Het stemt niet overeen met de context van het primair en voortgezet onderwijs om de leerling als opdrachtgever en de school als opdrachtnemer aan te wijzen. In het geval van het aangaan van bepaalde cursussen is dit wellicht eerder denkbaar.

Voorals artikel 7:402 BW toont aan waarom de kwalificatie tot overeenkomst van opdracht niet past in het primair en voortgezet onderwijs. Dit artikel brengt mee dat de opdrachtnemer gehouden is gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzing omtrent de uitvoering van de opdracht. De school zou dus gehouden zijn de aanwijzingen van de leerling of diens ouders op te volgen. Dit is in het onderwijs verre van het geval. Hoewel leerlingen, ouders en school onderling afspraken kunnen maken en in goed overleg tot een bepaalde begeleidingsmethode kunnen komen bijvoorbeeld bij leerlingen met extra leer- of ondersteuningsbehoefte, past deze kernbepaling in het geheel niet bij de verhouding in het onderwijs. De leerling is niet in de positie instructies te geven of de gang van zaken te instrueren of iets dergelijks. Een cliënt van een advocaat of patiënt van een arts zijn dit als opdrachtgevers tot op zekere hoogte wel. In deze relatie wordt de dienstverrichting als een overeenkomst van opdracht aangemerkt. De advocaat zal uiteraard niet zomaar doen wat een cliënt zegt, wel is het de cliënt die de advocaat instrueert wat hij wenst te vorderen en hoe hij zijn belangen gediend wil zien. Ook de patiënt zal geen directe aanwijzingen kunnen geven over hoe de arts de operatie uit zal voeren, maar het is wel de patiënt die beslist of hij een bepaalde operatie wil ondergaan of niet. Het recht om aanwijzingen te geven bestaat wel in deze gevallen, maar is beperkt onder andere vanwege de beroepsethiek van de advocaat en de arts.²³⁵

Mogelijk kan van artikel 7:402 BW worden afgeweken,²³⁶ zoals artikel 7:400 lid 2 BW ook mee brengt. De artikelen uit de afdeling, waaronder 7:402 BW, zijn van toepassing tenzij uit de wet, de inhoud of de aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte iets anders voortvloeit.²³⁷ Ondanks het bestaan van artikel 7:402 BW zou gelet op deze zogenoemde 'uitschakelbepaling'²³⁸ een onderwijsovereenkomst toch als overeenkomst van opdracht kunnen worden aangemerkt. Maar gelet op de essentie van de overeenkomst van opdracht die desalniettemin gelegen lijkt in het kunnen geven van instructies en het zelf kunnen meebeslissen, meen ik dat deze kwalificatie niet rijmt met de context in het primair en voortgezet

234 Deels ontleend aan Houben; vgl. Asser/Houben 7-X 2015/107 over de distributieovereenkomst en nrs. 259-260 over de overeenkomst tot het leveren van telecommunicatiediensten en de kwalificatie als overeenkomst van opdracht, met kanttekeningen daarbij.

235 Ernes 2010, nr. 194.

236 Art. 7:402 lid 1 BW is volgens Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/103 als regeland recht aan te merken.

237 Zie over art. 7:400 lid 2 BW Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/48.

238 Zoals art. 7:400 lid 2 wordt genoemd in Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/48.

onderwijs. In het vervolg van mijn onderzoek ga ik er vanuit dat een onderwijsovereenkomst geen overeenkomst van opdracht betreft.

3.3.8 Afronding karakteristieken onderwijsovereenkomst

Een exercitie door de theorie van verbintenissen en Obliegenheiten leidt tot de bevinding dat de verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst als verbintenissen kunnen worden aangemerkt. Een onderwijsovereenkomst kan dus als een verbintenisscheppende overeenkomst worden beschouwd. Beide partijen, zowel de school als de leerling, nemen verbintenissen op zich. Deze verbintenissen kunnen in algemene zin als inspanningsverbintenissen (en niet als resultaatsverbintenissen) worden gekenschetst. Verder leidt een verkenning van de karakteristieken van een onderwijsovereenkomst tot de bevinding dat deze als een wederkerige overeenkomst te kwalificeren is. Ook is het aangewezen om de onderwijsovereenkomst als een duurovereenkomst aan te merken, te weten een duurovereenkomst voor bepaalde tijd. Een onderwijsovereenkomst kwalificeren als overeenkomst van opdracht is daarentegen minder passend.

3.4 BUITENCONTRACTUELE BENADERING

Voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding tussen school en leerling biedt de overeenkomst een specifiek kader dat alle ruimte biedt om onder andere rekening te houden met de belangen van de leerling, medeleerlingen, de school en voorschriften uit onderwijswetgeving. Wat nu als er geen sprake is van een overeenkomst, hoe kan dan de inhoud van de rechtsverhouding tussen leerling en school worden vastgesteld?

Wanneer geen sprake is van een overeenkomst is het kader uit artikel 6:248 BW niet van toepassing. Een vergelijkbaar kader om de rechten en verplichtingen van betrokkenen vast te stellen wordt dan gemist. Zonder het voor handen hebben van een dergelijk kader vallen de rechten en verplichtingen van de school en de leerling echter ook vast te stellen.

Het zal in een buitencontractuele context, en dus bij het wegdenken van een onderwijsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen, draaien om het bestaan van *algemene rechtsplichten*, ook wel kale rechtsplichten/verplichtingen genoemd. Algemene rechtsplichten bestaan er veel, zij rusten op alle burgers.²³⁹ Het zijn verplichtingen die door het recht in het leven worden geroepen. Denk hierbij aan verkeersregels of de verplichting om zich

239 Asser/Sieburgh 6-I 2016/8.

te onthouden van onrechtmatig gedrag jegens een ander.²⁴⁰ In tegenstelling tot een verbintenis vestigt een algemene rechtsplicht geen rechtsbetrekking of rechtsband tussen twee of meer bepaalde personen.²⁴¹ Een rechtsplicht zelf schept dus geen rechtsverhouding. Overduidelijk ontstaat bij inschrijving en toelating wel een rechtsverhouding tussen leerling en school. Bij het wegdenken van de overeenkomst en daarmee van de rechtsplichten die verbintenis- sen zijn, is er kennelijk geen concrete grondslag voor deze rechtsverhouding aan te wijzen. Toch kan er sprake zijn van rechtsplichten die in deze specifieke relatie gelden.

In een buitencontractuele benadering van de rechtsverhouding tussen school en leerling is een school (net als bij uitgaan van een contract) gehouden aan een ingeschreven leerling kwalitatief deugdelijk onderwijs te geven en deze leerling tot het onderwijs toe te laten. Daar waar in de contractuele benadering sprake is van verbintenissen, wordt de grondslag van de verplichtingen in de buitencontractuele benadering gevonden in de wet en eventueel het ongeschreven recht. Deze verplichtingen zijn aldus aan te merken als rechtsplichten.²⁴² De mogelijke verplichtingen die op de leerling rusten zouden eveneens kunnen worden aangemerkt als rechtsplichten, gegrond op wettelijke verplichtingen en het ongeschreven recht.²⁴³

Ook zal op de school een zorgplicht rusten betreffende de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van de leerlingen die aan de school zijn toevertrouwd. In de contractuele benadering zal deze zorgplicht als verbintenis volgen uit de overeenkomst. Dit kan verlopen via uitleg, of voor een deel via aanvulling op grond van de wet maar in ieder geval via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de buitencontractuele context is deze zorgplicht te bestempelen als rechtsplicht die voor een belangrijk gedeelte is vervat in onderwijswetgeving²⁴⁴ maar ook kan of zal berusten op ongeschreven recht. Het gaat dus om op de specifieke rechtsverhouding toegesneden rechtsplichten.

De contractuele en buitencontractuele zorgplicht zouden zich zo bezien beide als grondslag aan kunnen dienen. Een vergelijkbare situatie doet zich voor ten aanzien van de bijzondere zorgplicht van een financiële onderneming, zoals een bank:

240 Rechtsplichten kunnen uit het ongeschreven recht voortvloeien, terwijl voor de bronnen van verbintenissen een (gematigd) gesloten stelsel (art. 6:1 BW) geldt, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/11.

241 Asser/Sieburgh 6-I 2016/8, Smits 2003, nr. 5, p. 7.

242 Er kan van *algemene* rechtsplichten worden gesproken wanneer men zich daar wel bij bedenkt dat deze gelden in de *specifieke* relatie tussen een desbetreffende school en leerling.

243 Denk bijv. aan de Leerplichtwet en art. 41 Wpo over verplichte deelname aan het onderwijs. Een dergelijk artikel ontbreekt in het voortgezet onderwijs maar geldt daar volgens Noorlander evenzeer, Noorlander 2005, p. 192. Storimans heeft over dit artikel overigens anders dan Noorlander opgemerkt dat het niet een bepaling is die de leerling bindt.

244 Denk aan de artikelen over (de zorg voor) de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid van leerlingen in de verschillende onderwijswetten.

‘Het gaat om een open norm die in concrete gevallen wordt uitgewerkt, nu eens in een contractuele, dan weer in een precontractuele of delictuele context. De bijzondere zorgplicht hangt als het ware *freischwebend* boven het gehele vermogensrecht, zonder dat daarvoor een eenduidige wettelijke grondslag valt aan te wijzen.’²⁴⁵

De open norm die zich uit in de privaatrechtelijke contractuele dan wel buitencontractuele zorgplicht die op scholen rust, kan worden aangescherpt door publiekrechtelijke regelgeving die is terug te vinden in de onderwijswetgeving. Deze norm die als privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht verweven is met de omstandigheden van het geval kan ook verder gaan dan een wettelijke publiekrechtelijke (ofwel onderwijsrechtelijke) zorgplicht.²⁴⁶ Niet alleen de omstandigheden van het geval, maar ook de specifieke overeenkomst of de rechtsverhouding kunnen de zorgplicht verzwaren.²⁴⁷ De inhoud of reikwijdte van de zorgplicht zal of deze nu wordt gebaseerd op een contractuele of buitencontractuele grondslag dan ook niet zo snel uiteenlopen.

Wordt de blik gericht op de gevolgen van het wegdenken van de onderwijsovereenkomst voor het afdwingen van de verplichtingen dan blijkt dat voor een leerling nagenoeg dezelfde acties open staan. Net als in de contractuele context – waarin de leerling op grond van artikel 3:296 BW nakoming van de verbintenissen uit de onderwijsovereenkomst kan vorderen²⁴⁸ – kan in de buitencontractuele benadering een leerling nakoming vorderen, namelijk van de bestaande rechtsplicht. Een eenmaal toegelaten leerling kan een gebod of bevel tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, tot toelating tot het onderwijs of tot naleving van de zorgplicht vorderen. Deze gebodsactie loopt (eveneens) via artikel 3:296 BW. Meest voor de hand liggend is het vorderen van een gebod, maar er kan ook op basis van artikel 3:296 BW een verbod worden gevorderd, bijvoorbeeld bij het zich voordoen van een (dreigende) onrechtmatige daad. Ook zou een verbod via het vorderen van schadevergoeding anders dan in geld, artikel 6:103 BW kunnen worden gevorderd.

245 Castermans & Den Hollander 2012, p. 564 onder verwijzing naar Jansen 2010, p. 624 en A-G Wissink in noot 11 van zijn conclusie voor HR 24 december 2010, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje c.s.*). Wissink geeft in zijn conclusie weer dat juridisch gezien de zorgplicht kan worden gefundeerd op de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (sub 3.10). Volgens Wissink merkt Jansen ‘terecht op dat het bij de bijzondere zorgplicht gaat om een ongeschreven privaatrechtelijke norm die niet exclusief tot een bepaald wettelijk kader kan worden herleid’ (conclusie noot 11).

246 Ontleend aan Castermans & Den Hollander 2012, p. 566 over de reikwijdte en verhouding van publiekrechtelijke en civielrechtelijke zorgplicht in de financiële sector. Zie over de verhouding tussen onderwijswetgeving en civielrechtelijke zorgplicht ook Paijmans onder andere p. 231 e.v., p. 237, p. 402, 444, 478.

247 Paijmans 2013, p. 104. Op p. 102-105 gaat zij in op een driedeling van zorgplichten, gebaseerd op art. 6:162 BW, op kwalitatieve aansprakelijkheid en voortvloeiend uit overeenkomst en bespreekt de schijnbare tegenstrijdigheid die volgens haar de driedeling oplevert.

248 Vgl. voor nuances in het kader van afdwingbaarheid van zorgplichten par. 4.6 van Tjong Tjin Tai 2006.

Ik sta tot slot stil bij de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen. Als buitencontractuele ofwel delictuele variant geldt artikel 6:162 BW als grondslag voor een vordering tot schadevergoeding, tegenover artikel 6:74 BW bij een onderwijsovereenkomst. In strijd handelen met de rechtsplicht tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, het laten deelnemen van de leerling of het zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van de leerling (deze laatste behelst de (bijzondere) zorgplicht, zie par. 3.3.2) kan aanleiding zijn voor ouders en leerling om schadevergoeding te vorderen. Een leerling kan zich beroepen op schending van een bepaling uit de onderwijswetgeving (en dus een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht indien die voorhanden is en die strekt tot bescherming van de belangen van de leerling) of (en misschien eerder) op het in strijd handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, waarbij het eventuele schenden van een onderwijsbepaling als factor kan meewegen. Zie voor de categorieën die als onrechtmatige daad worden aangemerkt lid 2 van artikel 6:162 BW.

De genoemde rechtsplichten scheppen als zodanig geen rechtsbetrekking of rechtsband tussen twee personen, zoals bij een verbintenis wel aan de orde is. Pas wanneer de rechtsplicht wordt geschonden kan een verbintenis tot schadevergoeding ontstaan. Dat artikel 6:162 BW van toepassing is, oogt op het eerste gezicht wat vreemd omdat het in de relatie tussen leerling en school uiteraard niet gaat om een toevallig treffen van personen.²⁴⁹ Werken met een delictuele context in de bestaande rechtsverhouding tussen leerling en school voelt mijns inziens dan ook wat onnatuurlijk aan. Toch kan er mee worden gewerkt. Dit blijkt ook uit verschillende uitspraken (die benoemd zijn in het vorige hoofdstuk en tevens in de volgende paragraaf naar voren komen) waar de kwalificatie van de rechtsverhouding door de rechter in het midden wordt gelaten en die gaan over schadevergoeding wegens onvoldoende kwaliteit van het onderwijs. In deze gevallen wordt bijvoorbeeld overwogen dat het handelen van een school:

‘(...) moet (...) worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt’.²⁵⁰

De norm of maatstaf om de inhoud van de zorgplicht vast te stellen ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs is in geval van contractuele of buitencontractuele verhouding volgens de rechter dezelfde. Voor het constateren van het bestaan van de zorgplicht en het vaststellen van de inhoud of de reikwijdte van de zorgplicht die rust op de school is het hanteren van het kader

²⁴⁹ Vgl. Pajmans 2013 p. 105.

²⁵⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245, r.o. 4.3 in vervolg op Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773.

dat volgt uit artikel 6:248 BW dan ook niet per se nodig. In veel gevallen zal de inhoud en reikwijdte van de zorgplicht inderdaad in contractuele en buitencontractuele context dezelfde zijn. Het kan evenwel zijn dat bij een overeenkomst specifieke afspraken zijn gemaakt met het oog op de zorg die de school jegens een specifieke leerling moet betrachten. Dat dit mogelijk het geval is, zou wellicht over het hoofd kunnen worden gezien bij het in het midden laten van de kwalificatievraag en daarmee het ongebruikt laten van het contractenrechtelijke kader om de rechtsgevolgen van de overeenkomst vast te stellen. Dit hoeft niet het geval te zijn als er ondanks het buitenspel zetten van de kwalificatiekwestie bij de beoordeling alsnog rekening wordt gehouden met eventuele toezeggingen of afspraken die anders binnen het kader van het contract tot uiting zouden komen. De reikwijdte van de zorgplicht in buitencontractuele context zal dan in diezelfde zin mee 'opschuiven'. Wordt met dergelijke afspraken rekening gehouden binnen het buitencontractuele kader dan zal in het midden laten van de kwalificatie voor de inhoud van de zorgplicht niet uit hoeven maken. De rechter moet voor het 'opschuiven' van de zorgplicht vanwege specifieke afspraken dan wel oog blijven houden.

De inhoud van de zorgplicht hoeft dan wellicht niet te verschillen, maar het toepasselijke regime is wel anders.²⁵¹ Het regime van de artikelen 6:162 en 6:74 BW verschilt zowel materieel als bewijsrechtelijk.²⁵² Wordt uitgegaan van een algemene rechtsplicht en dus voor het vaarwater van artikel 6:162 BW gekozen, dan zijn de bepalingen van Boek 6 BW over (de nakoming en) de gevolgen van niet-nakoming van verbintenissen niet van toepassing. Wel gelden dezelfde regels uit afdeling 6.1.10 BW over de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.²⁵³ Zo wordt de omvang van de schadevergoeding uit onrechtmatige daad door dezelfde regels beheerst als de omvang van de schadevergoeding wegens wanprestatie.

Voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding is het algemene vermogensrechtelijke kader dat zich bevindt in artikel 6:248 BW niet per se nodig; in de buitencontractuele context zal het draaien om rechtsplichten gebaseerd op ongeschreven recht of neergelegd in onderwijswetgeving en dient artikel 3:296 BW als basis voor de vordering tot nakoming en artikel 6:162 BW als basis voor de vordering tot schadevergoeding zich aan. Wel geeft het contractenrechtelijke kader houvast. Het brengt een systematiek mee die een buitencontractuele benadering ontbeert. Hoewel in veel gevallen de invulling van de inhoud van bijvoorbeeld de zorgplicht die op een school rust niet verschilt, is het mogelijk dat bij het buiten spel zetten van het vermogensrechtelijke kader over het hoofd wordt gezien dat partijen wellicht wel een verdergaande zorgplicht zijn overeengekomen of dat er andere specifieke afspraken zijn gemaakt. De vraag zal in beide gevallen blijven draaien om welke inspan-

251 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 176.

252 Asser/Sieburgh 6-I 2016/11.

253 Asser/Sieburgh 6-I 2016/11, Smits 2003, nr. 5, p. 8.

ning of zorg van een school mag worden verwacht. Wat van de school mag worden geleverd zal oprekken naarmate er specifieke afspraken zijn gemaakt of toezeggingen zijn gedaan. Ook in de buitencontractuele benadering zal daar dan rekening mee moeten worden gehouden. Dat er ook via een buitencontractuele manier adequate oplossingen kunnen worden gevonden, laat onverlet dat het contractenrecht een specifiek kader geeft dat meer houvast biedt.

3.5 ONDERWIJSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE

3.5.1 Kader en karakteristieken terug te zien?

Volgen civiele rechters in onderwijszaken het geschetste algemeen vermogensrechtelijke kader betreffende het vaststellen van de inhoud van de onderwijsovereenkomst? Is terug te vinden dat de rechter kijkt naar de uitleg van de onderwijsovereenkomst, en eventuele aanvulling op grond van de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid, zoals artikel 6:248 lid 1 BW omvat (par. 3.5.2)? En geeft de rechtspraak aanknopingspunten ten aanzien van de karakteristieken omtrent de inhoud van de verbintenis (par. 3.5.3), nakoming (par. 3.5.4), de wederkerigheid, de duur en dergelijke (par. 3.5.5)?

3.5.2 Algemeen vermogensrechtelijke kader: uitleg, aanvulling, beperking?

Overeenkomst aangenomen

Een voorbeeld waarin het algemeen vermogensrechtelijk kader voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst duidelijk is terug te vinden, biedt een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden uit 1990.²⁵⁴ Tussen partijen staat vast dat tussen de ouders en de school een onderwijsovereenkomst bestaat waarbij enerzijds de ouders hun opvoedingsplicht gedurende een zekere periode voor een aantal uren per dag delen met de school en anderzijds de school zich bereid heeft verklaard om tenminste op de bij of ingevolge de wet (Wbo, oud) aangewezen wijze onderwijs te geven.

In de procedure vordert de vader onder andere dat de school veroordeeld wordt om zodra de vader dat wenst mee te werken aan een deskundigen onderzoek naar het onderwijs dat door de zoon wordt gevolgd. De rechtbank gaat er vanuit dat deze vordering wordt gebaseerd op de goede trouw die bij de uitvoering van de overeenkomst in acht moet worden genomen en overweegt dat sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst. Wanneer de rechtbank het kader geldend voor het vaststellen van de inhoud erop loslaat, blijkt uit deze overeenkomst niet een dergelijke verplichting tot mee-

²⁵⁴ Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolno. H 345/89) (bijzonder onderwijs).

werken aan deskundigen onderzoek telkens wanneer dit wordt gewenst, voort te vloeien. De rechtbank overweegt:

‘Uit de onderwijsovereenkomst vloeit voor pcbo de (inspannings)verplichting voort om onderwijs te (doen) geven op de bij of ingevolge de WBO aangewezen wijze. Noch bij noch ingevolge de WBO is aan het bevoegd gezag (pcbo) met zoveel woorden de verplichting opgelegd om mee te werken aan een onderzoek door een deskundige naar het onderwijs dat door een leerling gevolgd zou moeten worden en zich aan de resultaten van dat onderzoek te conformeren telkens wanneer een ouder dat wenst.’ [cursivering: sv]

Kijken wij naar het kader dan is deze overweging te plaatsen bij de vraag of de wet, i.c. de Wbo (oud), een dergelijke verplichting dwingend meebrengt. Dit is volgens de rechtbank niet het geval. Ook vult de wet de overeenkomst op dit punt niet met regeland recht aan. Aanvulling op grond van de wet zoals artikel 6:248 lid 1 BW mogelijk maakt, is derhalve niet aan de orde. De rechtbank vervolgt met:

‘Nu eiser evenmin (voldoende) heeft gesteld dat partijen in aanvulling op de wet zijn overeengekomen dat deze verplichting op pcbo rust en naar het oordeel van de rechtbank ook niet althans onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan de goede trouw (aanvullend) een dergelijke verplichting voor pcbo meebrengt, verwerpt de rechtbank deze grondslag voor de vordering van eiser.’ [cursivering: sv]

De rechtbank concludeert met andere woorden dat evenmin op grond van partijafspraken ofwel uitleg van de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen een dergelijke verplichting op de school rust. En tot slot dat ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (of in de woorden van de rechtbank: de goede trouw) niet een dergelijke verbintenis in het leven roept.²⁵⁵

Een ander voorbeeld waarin het kader zich laat zien, biedt een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch uit 2004. De rechtbank benoemt niet expliciet artikel 6:248 BW, wel tekent het kader daaruit zich af:

‘Vooropgesteld wordt dat tussen een school als het Piersoncollege en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers) een contractuele relatie bestaat. De inhoud

²⁵⁵ Vgl. in het particulier onderwijs: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10195, (vervolg op Rb. Overijssel 5 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3326), r.o. 5.6: ‘Anders dan [appellanten] betogen, rust op [geïntimeerde] niet, ook niet (mede) vanwege een hoog schoolgeld, de resultaatsverplichting dat [zoon] de examens moest (kunnen) halen. Die verbintenis heeft [geïntimeerde] niet op zich genomen bij of krachtens de studieovereenkomst en vloeit evenmin voort uit haar hiervoor beschreven zorgplicht, noch uit de aard van de studieovereenkomst dan wel de eisen van redelijkheid en billijkheid.’

van die relatie wordt bepaald door *wettelijke bepalingen*, die op de relatie betrekking hebben, en *individuele afspraken* die door partijen zijn gemaakt. Voorts wordt deze relatie bepaald door de regelingen die de school heeft opgesteld en waaraan de leerling door aanvaarding of wetsbepaling aan gebonden is. Tenslotte wordt de relatie beheerst door de eisen van *redelijkheid en billijkheid*.²⁵⁶ [cursivering: sv]

Niet altijd wordt door een rechter het gehele systeem zoals dat is neergelegd in artikel 6:248 BW geschetst, maar komt slechts een deel van dit systeem aan bod, zoals uitleg van het overeengekomene²⁵⁷ of aanvulling op grond van de wet.

In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2016 waarbij een leerling de toegang tot het onderwijs wordt ontzegd omdat hij zich niet aan zijn

256 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 4.6 (bijzonder onderwijs) (deze uitspraak lijkt gebaseerd op Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.1 aangaande het particuliere onderwijs). Vgl., hoewel in deze uitspraak de kwalificatie in het midden werd gelaten, Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252, r.o. 4.2 eind (openbaar onderwijs).

257 Zonder dat de uitlegmaatstaf als zodanig expliciet wordt benoemd – zie ook voorbeelden in voetnoot 258 hierna waarin de uitlegmaatstaf wel in de uitspraak wordt benoemd – bijv.: Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400, r.o. 4.5 (openbaar onderwijs): 'Daarmee is tussen partijen een onderwijsovereenkomst totstandgekomen. [eiser] moet worden geacht bij voorbaat te hebben ingestemd met de regels van de school, waaronder het examenreglement (...)' Waarna vervolgens de inhoud van dit reglement en het bindend zijn van de uitspraak van de algemeen directeur wordt vastgesteld; Rb. Almelo (vzr.) 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720, r.o. 4 (bijzonder onderwijs): '(...) Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is het niet zo dat een eenmaal gesloten onderwijsovereenkomst een school zou verplichten om ongeclausuleerd leerlingen die dat wensen de mogelijkheid te bieden te blijven doorstromen (...)' En in het particulier voortgezet onderwijs: Rb. Overijssel (vzr.) 15 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1992, r.o. 4.7: 'Onduidelijk is echter wat is afgesproken ten aanzien van de aard, inhoud en duur van de te geven begeleiding. (...) Voorshands komt het de voorzieningenrechter voor dat [eiseres 2] niet onbeperkt en naar eigen goeddunken aanspraak kan maken op extra begeleiding voor [zoon 1] en [zoon 2].'

Zie in het beroepsonderwijs bijv. HR 16 mei 1952, *NJ* 1953/67 (*Monsjou/Instituut voor Autohandel*), waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof bekrachtigt en aangeeft 'dat een overeenkomst als de onderhavige naar haar aard voor het hoofd der onderwijsinrichting het recht met zich brengt een leerling, die zich zodanig gedraagt "dat hij ter handhaving van den goeden gang van zaken op het Instituut niet langer te handhaven viel", voorgoed van de inrichting te verwijderen, ook al wordt in het prospectus van zodanig recht niet gerept'. Zoals eerder genoemd levert 'de aard van de overeenkomst' (geen zelfstandige bron, maar) een gezichtspunt op bij eventuele aanvulling op grond van de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad stelt in deze zaak zelf de aard van de overeenkomst vast, binnen het kader van uitleg, zo lijkt, zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nrs. 386, 387. Vgl. in het primair onderwijs (hoewel de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden lijkt te blijven) HR 9 april 1976, *NJ* 1976/409 (*Terheijden*) waarin de Hoge Raad overweegt 'dat uit de aard van de rechtsverhouding bestaande tussen een bijzondere lagere school aan de ene kant en de aldaar ingeschreven leerling en zijn ouders aan de andere kant de bevoegdheid van de school voortvloeit om de leerling die weigert een of meer lessen van het door de school voorgeschreven programma te volgen, niet langer tot de school toe te laten'.

internaatverplichting houdt, komt het facet van uitleg van de overeenkomst duidelijk naar voren. Het arrest is ook in het vorige hoofdstuk belicht en er wordt in hoofdstuk 4 uitgebreid bij stilgestaan, zodat ik mij hier beperk tot het gedeelte waarin zichtbaar wordt dat de onderwijswetgeving via uitleg onderdeel van de onderwijsovereenkomst kan uitmaken. Het hof staat voor de vraag of de Wvo en daarmee de regeling omtrent schorsing en verwijdering van toepassing is op de onderwijsovereenkomst die bestaat tussen de leerling en de school. De school meent dat slechts sprake is van bekostigingsvoorwaarden waarop een leerling zich niet kan beroepen. Volgens het hof kan de leerling zich hier echter wel op beroepen. Het komt tot die conclusie door na te gaan wat de leerling en ouders redelijkerwijs mochten verwachten, met andere woorden door te *'Haviltexen'*:

'(...) de rechtsverhouding tussen haar en [eiser3] [is; sv] een onderwijsovereenkomst. Op grond van deze overeenkomst is [geïntimeerde] verplicht [eiser3] onderwijs te geven. In de Wvo is nauwkeurig omschreven aan welke vereisten het door [geïntimeerde] te geven onderwijs dient te voldoen (voor wat betreft het bijzonder onderwijs: wil het door de overheid worden bekostigd). Gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde] bij het aangaan van de overeenkomst of nadien aan [eisers] heeft aangegeven dat zij niet zal voldoen aan de in de Wvo gestelde eisen. Dat ligt ook niet voor de hand omdat [geïntimeerde] door de overheid wordt gefinancierd en om voor financiering in aanmerking te komen aan de eisen van de Wvo dient te voldoen. *Onder deze omstandigheden mochten [eisers] redelijkerwijs verwachten dat [geïntimeerde] zich bij de invulling van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst zou houden aan de bepalingen van de Wvo. Die bepalingen zijn aldus, als invulling van de verplichtingen van [geïntimeerde] jegens [eiser3], van toepassing op de overeenkomst tussen [eiser3] en [geïntimeerde]. [eiser3] kan zich dan ook, anders dan [geïntimeerde] stelt, wel degelijk op die bepalingen beroepen, waaronder de bepalingen betreffende verwijdering en schorsing. (...).*²⁵⁸ [cursivering: sv]

258 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.17 (bijzonder onderwijs).

Ook in het particulier voortgezet onderwijs wordt het *Haviltex*-criterium gehanteerd om na te gaan wat partijen zijn overeengekomen en om afspraken/bedingen uit te leggen: Rb. Den Haag (vzr.) 20 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ8894, r.o. 3.2: 'Het besluit tot verwijdering van [de zoon] is gebaseerd op artikel 11 lid 4 van de studieovereenkomst. Vooropgesteld wordt dat voor de beoordeling van dit geschil bepalend is wat partijen in voormeld artikellid zijn overeengekomen. Daarbij geldt dat voor de uitleg niet alleen naar de bewoordingen moet worden gekeken, maar ook naar de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen.'; Rb. Utrecht (vzr.) 2 januari 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AA9454, r.o. 3.6.

Zie in het beroepsonderwijs bijv. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324 (*Beganovic/Stichting ROC van Twente*), r.o. 3.3 en 3.4 waar in cassatie het hof tevergeefs een niet met de *Haviltex*-maatstaf strokende manier van uitleg wordt verweten van art. 13 van het desbetreffende OER waar de onderwijsovereenkomst naar verwijst.

Niet alleen doorwerking van onderwijswetgeving via uitleg maar ook via aanvulling op grond van de wet lijkt in rechtspraak terug te vinden. De Rechtbank Utrecht laat zich in 2010 uit over de vraag of een school toerekenbaar tekortgeschoten is gelet op het volgens de ouders inplannen van te weinig lesuren, lesuitval, onvoldoende kwaliteit van de lessen en onvoldoende communicatie over het verzuim van hun kind. De rechtbank oordeelt dat de school niet tekortgeschoten is in haar verplichtingen. Alvorens tot deze conclusie te komen, overweegt de rechtbank in navolging van hetgeen de ouders aanvoeren en door de school niet wordt betwist dat de school 'uit hoofde van d[i]e overeenkomst gehouden is tot het naleven van haar wettelijke verplichtingen'.²⁵⁹ Ook in de in het vorige hoofdstuk nader uitgelichte uitspraak van de Rechtbank Groningen uit 2009 komt naar voren dat de desbetreffende overeenkomst 'genormeerd werd door artikel 23b Wvo' over het rapporteren aan de ouders over de vorderingen van de leerling.²⁶⁰ Dit artikel vult de rechtsverhouding derhalve aan. De onderwijswetgeving krijgt aldus duidelijk een plek bij de beoordeling van het voorliggende geschil.

Er zijn kortom verschillende voorbeelden waarin het gehele kader of een van de facetten van artikel 6:248 BW naar voren komt. Uit deze rechtspraak is aldus af te leiden dat er ook in de context van het onderwijs mee kan worden gewerkt. De systematiek is niet altijd even goed zichtbaar, bijvoorbeeld niet in de gevallen waarin slechts een element van het kader naar voren komt en de rest van het kader er verder niet bij wordt betrokken. Wel zijn (ook) in die gevallen de verschillende mogelijkheden te ontwaren waarop de onderwijswetgeving kan doorwerken, zoals via uitleg of via aanvulling op grond van de wet.

Kwalificatie in het midden gelaten

In diverse gevallen waarin de rechter de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden laat, is het algemeen vermogensrechtelijk kader ten aanzien van het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst niet expliciet terug te vinden. Om dezelfde reden dat de rechter niet toekomt aan het vaststellen van wie er partij is bij de onderwijsovereenkomst, komt de rechter niet toe aan het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst: wordt de kwalificatie in het midden gelaten en over de kwalificatie kwestie heengestapt, dan zal ook niet met zoveel woorden stil worden gestaan bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst aan de hand van het kader dat artikel 6:248 lid 1 BW hiervoor biedt.²⁶¹

259 Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.3 (openbaar onderwijs).

260 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947 r.o. 5.2.1 (bijzonder onderwijs).

261 Zie bijv. Rb. Maastricht (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297 (openbaar onderwijs) waarin dit met zoveel woorden wordt overwogen, r.o. 3.12: 'In het midden wordt gelaten of er een onderwijsovereenkomst is, op welke rechtsverhouding (publiek- of privaatrechtelijke) die onderwijsovereenkomst is gestoeld, en zo ja, wat de inhoud daarvan is.'

Wat is er mogelijk betreffende de inhoud van de rechtsverhouding en daarmee de (door)werking van wetgeving wel af te leiden uit deze uitspraken waarin de kwalificatie in het midden wordt gelaten? Ik stip voornamelijk uitspraken over de kwaliteit van het onderwijs aan.

Illustratief is de bekende *Schaapman*-zaak. Mevrouw Schaapman verwijt de gemeente dat haar zoon Tom een onderwijsachterstand heeft opgelopen omdat hij een deel van de op het programma staande lesstof niet of onvoldoende onderwezen heeft gekregen wegens uitval van leerkrachten. Volgens Schaapman is het bevoegd gezag tekortgeschoten in de uitvoering van de onderwijsovereenkomst die de verplichting met zich brengt een zekere kwaliteit van onderwijs te garanderen, dan wel handelde de gemeente onrechtmatig, want in strijd met de wettelijke verplichtingen uit de Wbo (inmiddels Wpo).²⁶²

De rechtbank meent inderdaad dat de gemeente tekortgeschoten is in de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs door een forse leer- of onderwijsachterstand te laten ontstaan en tot halverwege groep 8, de hoogste klas, geen maatregelen te nemen de achterstand op te heffen. Volgens de rechtbank is de gemeente voor de kwaliteit van het onderwijs 'op grond van de Wbo verantwoordelijk' zodat de gemeente 'in strijd met haar wettelijke plicht' handelde.²⁶³ De rechtbank geeft aan dat er in de Wbo nog geen bepaling bestond over de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs zoals artikel 10 Wpo tegenwoordig wel doet, maar dat deze verplichting net zo goed onder de oude wet gold, zoals met name volgde uit de artikelen 8 en 9 Wbo. De rechtbank overweegt voorts dat deze wettelijke verplichting mede dient ter bescherming van de belangen van leerlingen en ouders zodat de gemeente onrechtmatig handelde jegens Schaapman.²⁶⁴ Tegelijkertijd laat de rechtbank de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden. De rechtbank gaat niet na of er sprake is van een overeenkomst, wel laat zij expliciet de mogelijkheid open dat dit het geval kan zijn en dat er dus van wanprestatie sprake zou kunnen zijn. Interessant is met het oog op het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst dan ook de overweging:

'Als zou moeten worden aangenomen dat tussen Schaapman en de gemeente een overeenkomst heeft bestaan – partijen hebben op dit punt geen duidelijke keuze gemaakt – dan wordt die overeenkomst zozeer beheerst door de hiervoor genoemde wettelijke verplichtingen van het bevoegd gezag dat de uitkomst niet anders zou zijn, zij het dat dan van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de gemeente

262 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 3 (openbaar onderwijs).

263 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8 (openbaar onderwijs).

264 Hiermee staat de rechtbank stil bij de relativiteitsvraag betreffende de wettelijke plicht zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs.

zou moeten worden gesproken. De rechtbank kan dit dan ook in het midden laten.²⁶⁵ [cursivering: sv]

Duidelijk is dat volgens de rechtbank de overeenkomst wordt beïnvloed preciezer gezegd beheerst wordt door de wettelijke verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs. Deze wettelijke verplichtingen werken met andere woorden door en zouden deel uitmaken van de onderwijsovereenkomst als die aanwezig zou zijn. Dit zou passen in het kader van artikel 6:248 lid 1 BW. De wijze waarop de wettelijke bepalingen dan doorwerken is uit het vonnis niet te destilleren.

Ook in een recenter arrest op het gebied van de kwaliteit van het onderwijs en het adequaat onderwijzen van een zieke leerling – dat het hoger beroep betreft van een zaak in eerste aanleg die in het vorige hoofdstuk is uitgelicht – is een dergelijke overweging terug te vinden en wordt duidelijk dat de verplichting uit artikel 6b Wvo werkt in de relatie met de leerling. Het Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt met betrekking tot de door de ouders tevergeefs aangevoerde grief tegen de overweging van de Rechtbank Midden-Nederland dat de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden kan blijven namelijk het volgende:

‘Zoals de rechtbank heeft overwogen, moet het handelen van het Revius Lyceum worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt. Daarbij gaat het in dit geval in essentie om de vraag of CVO haar uit artikel 6b Wvo voortvloeiende verplichting is nagekomen om het onderwijs zodanig in te richten dat [appellant sub 3] ondanks zijn ziekte in staat was om op adequate wijze onderwijs te genieten. *Die verplichting geldt ook, ongeacht of wordt aangenomen dat tussen CVO en [appellant sub 3] en/of zijn ouders een onderwijsovereenkomst bestaat of niet.* Indien deze verplichting niet is nageleefd, moet in het ene geval worden aangenomen dat CVO in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst is tekortgeschoten en in het andere geval dat CVO onrechtmatig heeft gehandeld. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid maakt dit geen wezenlijk verschil.²⁶⁶ [cursivering: sv]

In andere uitspraken lijkt hetzelfde te zijn beoogd.²⁶⁷ Zo overweegt het Hof

265 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8 (openbaar onderwijs).

266 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245 r.o. 4.3 in vervolg op Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773 (bijzonder onderwijs). Vgl. Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 (bijzonder onderwijs).

267 Met de kanttekening dat mijns inziens van een zuivere formulering geen sprake is daar waar door rechtbanken de onrechtmatige daad als rechtsverhouding wordt aangeduid. Voordat is vastgesteld of sprake is van een onrechtmatige daad, en derhalve uit het onrechtmatig handelen een verbintenis tot schadevergoeding voortvloeit, kan ‘de onrechtmatige daad’ niet als rechtsverhouding worden aangemerkt. Dit in tegenstelling tot ‘de onderwijs-

's-Gravenhage – nadat de rechtbank het kwalificatievraagstuk in het midden had gelaten omdat als al zou moeten worden aangenomen dat tussen partijen een onderwijsovereenkomst heeft bestaan deze overeenkomst zozeer wordt beheerst door dezelfde normen dat de uitkomst niet anders is bij 'de subsidiair gestelde rechtsverhouding, de onrechtmatige daad':

'Het gaat er (...) niet om of er een hoogbegaafdenbeleid binnen de (hele) school was en wat dat (voor alle leerlingen) inhield, maar of CSG jegens M heeft voldaan aan de *kwaliteitseisen die in en krachtens de art. 23a en 24 van de Wvo aan het onderwijs zijn gesteld*.'²⁶⁸ [cursivering: SV]

Deze kwaliteitseisen en de desbetreffende bepalingen uit de onderwijswetgeving werken kennelijk door in de relatie met de leerling, ongeacht of en dus ook als de relatie als contractueel wordt aangemerkt.

Een ander geval toont eveneens aan dat de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen de verplichtingen van de desbetreffende school beïnvloeden. Opvallend is dat rechtbank de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen los lijkt te koppelen van de rechtsverhouding tussen de basisschool en de leerling en zijn ouders:

'(...) De vordering (...) kan in beginsel worden toegewezen indien komt vast te staan dat OBS Panta Rhei als school tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen. *Deze verplichtingen vloeien enerzijds voort uit de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen en anderzijds uit de rechtsverhouding tussen OBS Panta Rhei en [Z] en zijn ouders, op grond waarvan ook een specifieke zorgplicht jegens [Z] en zijn ouders moet worden aangenomen.* Van schending van deze zorgplicht zal sprake zijn indien OBS Panta Rhei ten aanzien van [Z] niet gehandeld heeft zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende school mag worden verwacht (...).'²⁶⁹ [cursivering: SV]

De Rechtbank Amsterdam laat zich in 2012 uit over een geschil aangaande een leerling met leer- en gedragsproblemen waarin de ouders tevergeefs

overeenkomst', die wel alvorens over schending ervan is geoordeeld als rechtsverhouding kan worden aangemerkt. Zie: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376 (bijzonder onderwijs), r.o. 27, met vervolg Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628 zie voetnoot hierna; Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Pajmans, r.o. 4.2 (bijzonder onderwijs). Vgl. Rb. 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526 (bijzonder onderwijs).

²⁶⁸ Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628, r.o. 3.2 (bijzonder onderwijs).

²⁶⁹ Rb. Breda 11 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199, r.o. 3.6 (openbaar onderwijs). In het vervolg van de overweging staat de rechtbank stil bij welke inspanningen van de school mogen worden verwacht in het kader van kort gezegd de kwaliteit van het onderwijs, zoals het maken van hulpplannen wanneer de leerling achterblijft op het gebied van lezen en schrijven. De toetsingsmaatstaf in dit vonnis is gebaseerd op het arrest van het Hof Arnhem van 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9107 (openbaar onderwijs). Ook de uitspraak in de noot hierna verwijst naar dit arrest.

betogen dat de school tekortgeschoten is in de nakoming van de onderwijsovereenkomst ofwel onrechtmatig heeft gehandeld onder andere gelet op het gebrek aan voortgangsregistratie en rapportage over de voortgang waartoe de Wpo verplicht. De rechtbank stelt het volgende voorop:

‘Het handelen van de school levert een tekortschieten of onrechtmatige daad op jegens de ouders, als de school in ernstige mate is tekortgeschoten in het leveren van de inspanningen die redelijkerwijs van haar *mochten worden verwacht gelet op de concrete omstandigheden* van het geval en *de wettelijke verplichtingen zoals die in het schoolplan nader zijn geconcretiseerd*. Daarbij gaat het erom of de school zich gehouden heeft aan de normen zoals gesteld in de Wet op het Primair Onderwijs (hierna: WPO) en meer in het bijzonder of de school [kind] heeft begeleid en opgeleid zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende school (leiding en onderwijspersoneel) mocht worden verwacht (Gerechtshof Arnhem, 13-06-2006, LJN: AY9107). Waar die beoordeling raakt aan de vrijheid van onderwijs, dient de rechtbank terughoudend te toetsen.’²⁷⁰ [cursivering: sv]

De normen uit de Wpo gelden volgens de rechtbank derhalve in de relatie met de leerling. De wettelijke verplichtingen zoals in het schoolplan nader geconcretiseerd vullen de relatie in. Nu de mogelijkheid van een overeenkomst wordt opengehouden, lijkt de doorwerking van de wettelijke verplichtingen in de contractuele relatie ook gegeven. Interessant is voorts dat de rechter spreekt over inspanningen die gelet op de concrete omstandigheden van het geval redelijkerwijs van de school mochten worden verwacht. Dit sluit aan bij het *Haviltex*-criterium.

Deze uitspraken laten zien dat de wettelijke verplichtingen en door de overheid opgelegde kwaliteitseisen hoe dan ook gelden, ongeacht of een onderwijsovereenkomst bestaat of niet. Ook indien een overeenkomst wordt aangenomen, werkt de wetgeving dus (door) in de relatie met de leerling.²⁷¹

Soms laat de rechter echter in het midden of de wetgeving al dan niet doorwerkt in de relatie. Dit illustreert een arrest van het Hof Den Haag uit 2013. De school betwist dat schending van de artikelen 24 lid 2 en 24a lid 1 onder b Wvo – inzake opname van het beleid omtrent de zorg voor kinderen met een leerlinggebonden financiering in het schoolplan en de schoolgids – een normschending jegens de moeder of de leerling oplevert, aangezien de bepalingen bekostigingsvoorwaarden betreffen en niet de verhouding tussen leerling, ouders en school regelen. Het hof brandt de vingers niet aan deze kwestie en overweegt dat het de vraag of ‘[appellanten] zich op de gestelde normschending kan beroepen in het midden zal laten, omdat naar het oordeel

270 Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAM:2012:BX4929 met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787 (bijzonder onderwijs).

271 Vgl. noot B.P. Vermeulen bij Rb. Amsterdam 29 juli 1999, AB 2000, 105 (bijzonder onderwijs). Vermeulen geeft aan dat de rechtsverhouding ook in het bijzonder onderwijs sterk door publiekrecht wordt genormeerd.

van het hof niet kan worden gezegd dat zij daarvan nadeel heeft ondervonden'.²⁷² De Rechtbank Breda laat zich in een uitspraak waarin het geschil draait om het niet langer aanbieden van voortgezet onderwijs op een dependance ook niet uit over de vraag of de Wvo de rechtsverhouding beheerst:

'Hierbij geldt dat ongeacht de vraag of, c.q. in welke mate, de grondslag van de rechtsverhouding tussen OMO en de ouders wordt beheerst door de WVO, deze rechtsverhouding mede gedomineerd wordt door de goede trouw, die met zich brengt dat OMO een zorgplicht heeft die ertoe strekt dat zij ernaar dient te streven voor de WVO leerlingen in de bovenbouw het onderwijs aan het Merletcollege in Grave tot aan het eindexamen te blijven verzorgen en zo nodig de rechtsmiddelen in een eventueel handhavingstraject ten behoeve van de leerlingen uit te nutten.'²⁷³

Interessant is dat de rechter overweegt dat deze rechtsverhouding mede wordt gedomineerd door de goede trouw. Deze overweging zou zonder enig probleem in het kader van artikel 6:248 lid 1 BW passen: de zorgplicht kan als verbintenis uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid volgen. Dat de rechter hier kiest voor de term goede trouw in plaats van redelijkheid en billijkheid kan komen omdat hij zich over de kwalificatie van de rechtsverhouding als overeenkomst niet heeft uitgelaten en zich derhalve het overeenkomstenrechtelijke kader omtrent het vaststellen van de inhoud niet aantrekt.

Al met al kan worden geconcludeerd dat in deze uitspraken een duidelijke lijn ten aanzien van het toepassen van het kader niet is te ontdekken, nu de rechters het kwalificatievraagstuk in het midden laten en derhalve ook aan het kader voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst niet toe (behoeven te) komen. Hoewel de rechters de toetsing niet als zodanig 'framen' en de systematiek van artikel 6:248 BW niet met zoveel woorden hanteren, passen sommige overwegingen evenwel geruisloos binnen het kader van dit artikel. Duidelijk lijkt ook te zijn dat de wet de rechtsverhouding nader invult en in sommige gevallen dat er om de wet niet heen gegaan kan worden, al zijn er ook gevallen waarin de rechter de vraag naar (door)werking van de wetgeving onbeantwoord laat.²⁷⁴ De verhouding wordt ongeacht of sprake

272 Hof Den Haag 9 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6073, r.o. 11 (bijzonder onderwijs). Uit het arrest is niet goed af te leiden wie het hof met 'zij' bedoelt, nu in de gepubliceerde versie in dezelfde zin van [appellanten], dat zijn moeder en dochter, in meervoud wordt gesproken.

273 Rb. Breda (vzr.) 26 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB6539, r.o. 3.6 (bijzonder onderwijs).

274 Om terug te grijpen op par. 3.2.3.1 e.v.: Uit de rechtspraak is mijns inziens af te leiden dat dus zowel in het openbaar als in het bijzonder onderwijs bepalingen en derhalve normen uit de onderwijswetgeving in de interne relatie tussen leerling en school (kunnen) gelden, zodat niet gesproken kan worden van slechts of pure bekostigingsvoorwaarden die alleen gelden in relatie tussen overheid en school en waar een leerling zich niet op zou kunnen beroepen nu deze niet intern zouden kunnen werken, zie hierover par. 3.2.3.3. In het

is van een overeenkomst door het publiekrecht genormeerd, dus ook als wel sprake is van een overeenkomst, en ook dan zullen de door de overheid opgelegde kwaliteitseisen en wettelijke verplichtingen een plek krijgen. De wijze waarop dit gebeurt, is evenwel uit de rechtspraak zoals gezegd niet helder op te maken.

3.5.3 Rechtskarakter: inspanningsverbintenissen?

In de rechtspraak tekent zich een zorgplicht inzake de kwaliteit van het onderwijs af. Deze zorgplicht betreft een inspanningsverplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs, zowel in de gevallen waar van een overeenkomst wordt uitgegaan als waarin het kwalificatievraagstuk in het midden wordt gelaten.

Daar waar van een overeenkomst wordt uitgegaan vloeit blijkens de rechtspraak uit een onderwijsovereenkomst een inspanningsverplichting inzake de kwaliteit van het onderwijs voort, die onder andere wordt ingevuld door de onderwijswetgeving:

‘Uit de onderwijsovereenkomst vloeit voor pcbo de (*inspannings*)verplichting voort om onderwijs te (doen) geven op de bij of ingevolge de WBO aangewezen wijze.’²⁷⁵

Zie bijvoorbeeld ook een recentere uitspraak waarin de Utrechtse Rechtbank overweegt dat de wettelijke verplichting zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs:

‘(...) in de rechtsverhouding van bevoegd gezag en leerling als een inspanningsverbintenis [dient] te worden beschouwd in die zin dat het bevoegd gezag aan zijn verplichting heeft voldaan als het bij de uitvoering daarvan de vereiste zorg heeft betracht. Het bevoegd gezag is daarbij gehouden de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend schoolbestuur in acht te nemen. Uit deze zorgplicht vloeit

bijzonder onderwijs lijkt dus inderdaad de genuanceerde opvatting en derhalve doorwerking van een bekostigingsvoorwaarde indien deze strekt tot de belangen van de leerling leidend.

275 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolnr. H 345/89). Vgl. JMVD NTOR 1998, afl. 1 oktober, p. 166 over het vonnis van de Kantonrechter inzake de Schaapman-zaak: ‘Het begrip kwaliteit van onderwijs is naar zijn inhoud vaag. De school heeft een inspannings- geen resultaatsverbintenis. De wetgever spant zich vooral de laatste jaren in om tot meer concrete en structurele beoordeling van onderwijskwaliteit te komen.’

Vgl. in het particulier onderwijs: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017 ECLI:NL:GHARL:2017:10195, r.o. 5.6 (vervolg op Rb. Overijssel 5 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3326), waarin de zorgplicht voor de kwaliteit van het onderwijs, begeleiding en ondersteuning als inspanningsverplichting uit contract volgt.

voort dat het bevoegd gezag tijdige en adequate maatregelen moet nemen om lesuitval zoveel mogelijk te voorkomen.²⁷⁶

Ook waar kwalificatie in het midden wordt gelaten wordt niet van een resultaatsverplichting maar van een inspanningsverplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs uitgegaan, waartoe onder andere de wet verplicht. Zie bijvoorbeeld de overweging van de Rechtbank Amsterdam in het *Schaapman*-vonnis:

‘Voor de goed[e] orde, het gaat in deze zaak niet om de verplichting een bepaald eindniveau bij een leerling te garanderen, maar om de eis dat de in het schoolprogramma opgenomen lesstof tenminste bij benadering aan die leerling wordt aangeboden.’²⁷⁷

Andere uitspraken tonen eveneens duidelijk aan dat het draait om een inspanningsverplichting.²⁷⁸

In de rechtspraak tekent zich, naast een zorgplicht ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs, ook een zorgplicht van de school inzake de veiligheid en gezondheid van de leerlingen af, bijvoorbeeld met het oog op pesten.²⁷⁹ Ook dit betreft een inspanningsverplichting en geen resultaatsver-

276 Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.8.

277 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104 (*Schaapman/Gemeente Amsterdam*), r.o. 8 eind, m.nt. B.P. Vermeulen onder 5.

278 Zie Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9107, r.o. 5.4 en 5.13: ‘Het gaat hier niet om de vraag in hoeverre X baat heeft gehad bij de maatregelen die zijn genomen – op de basisschool rustte immers niet de verplichting om met X een bepaald resultaat te bereiken – maar of op de basisschool X’s problemen tijdig zijn onderkend en vervolgens ook voldoende adequate maatregelen zijn ondernomen.’ (Vgl. Rb. Breda 11 april 2012 ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199); Rb. Amsterdam 27 juni 2012 ECLI:NL:RBAM:2012:BX4929, r.o. 4.2, vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787 r.o. 3.1.7 en 3.2; Rb. Amsterdam 17 oktober 2012 ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7002, r.o. 4.3; Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.3: ‘(...) De verplichting van een school zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, welke verplichting nader is uitgewerkt in artikel 6b Wvo, is – anders dan [eisers] c.s. betoogt – een inspanningsverplichting’. Zie voor vervolg Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6245 r.o. 4.6, het hof spreekt over een inspanningsverbintenis; Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.3 eind. Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9909, r.o. 4.3.

279 Een uitzondering wordt gevormd door Rb. ‘s-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, r.o. 4.8. Er wordt aangenomen dat van een onderwijsovereenkomst sprake is maar nog daargelaten of de gemeente bij het aangaan (stilzwijgend) de verbintenis op zich heeft genomen zich voldoende in te spannen om geweld jegens de leerling te voorkomen dan wel zich voldoende in te spannen voor de veiligheid van de leerling, zijn volgens de rechtbank deze verbintenissen onvoldoende bepaalbaar op grond van art. 6:227 BW. Bij het vonnis kunnen de nodige vraagtekens worden geplaatst. Noorlander merkt bijv. op dat niet valt in te zien waarom de verbintenis(sen) onvoldoende bepaalbaar is (zijn), zie zijn noot in School en Wet november 2006, afl. 5, p. 32-33.

plichting, zo blijkt onder andere uit een uitspraak van de Rechtbank Utrecht die overweegt:

‘(...) dat op een school – volgens vaste jurisprudentie – een bijzondere zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan. Deze bijzondere zorgplicht houdt in dat een school alle inspanningen moet verrichten die redelijkerwijze van haar kunnen worden geleverd teneinde een veilig schoolklimaat te bieden. Van een resultaatsverplichting is, anders dan de ouders primair betogen, dus geen sprake. Een dergelijke verplichting volgt ook niet uit de door de ouders in dit verband aangehaalde wetsartikelen. Evenmin kan een dergelijke verplichting worden afgeleid uit hetgeen de ouders naar voren hebben gebracht over de inhoud van de door hen gestelde (onderwijs)overeenkomst met de school.’²⁸⁰

Ook de Rechtbank Groningen geeft aan dat de zorgplicht een actieve inspanning vergt van de school om de veiligheid en gezondheid van haar leerlingen zo veel mogelijk te waarborgen en om in dat licht pestgedrag te voorkomen:

‘Algemeen bekend is dat pestgedrag door en tussen leerlingen een onveilige situatie voor één of meerdere leerlingen tot gevolg heeft of kan hebben. Van een school mag in het kader van voormelde zorgplicht verwacht worden dat zij pestgedrag probeert te voorkomen en dat, indien dit gedrag zich (toch) voordoet, de school adequate inspanningen verricht om het pestgedrag te doen eindigen en dat de school redelijke inspanningen verricht om te bewerkstelligen dat voor de gepeste leerling(en) weer een als veilig aan te merken situatie op school ontstaat.’²⁸¹

De Rechtbank Midden-Nederland stelt eveneens voorop dat op een school een zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd. Het geheel uitbannen van pestgedrag lijkt evenwel niet te kunnen worden gevraagd. Zo kan volgens de rechtbank van een school niet worden verwacht dat zij continu toezicht houdt en ervoor zorgt dat er in het geheel geen gepest plaatsvindt of dat er zich andere vervelende situaties voordoen. Wel moet volgens de rechtbank een school:

‘(...) alle redelijkerwijs te verwachten inspanningen plegen om die situaties zoveel mogelijk te voorkomen of op te heffen (zie ook rechtbank Den Bosch 14 februari 2007, JA 2007, 129 en rechtbank Utrecht 25 juni 2008, JA 2008, 113). Deze zorgplicht

280 Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252 r.o. 4.2. Zie voor een opsomming Pajmans 2013, p. 123 ten aanzien van pesten, misbruik, geweld en ongevallen.

281 Rb. Groningen (vzr.) 20 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX2104, r.o. 4.7. Ook in het arrest Hof Arnhem 11 maart 2008 ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417, r.o. 2.7 wordt opgemerkt dat de school erop dient toe te zien dat pesten zoveel mogelijk wordt voorkomen.

is een inspanningsverplichting (zie ook rechtbank Zwolle 6 januari 2010, JA 2010, 33 en rechtbank Utrecht 27 oktober 2010, LJN: BO1935). (...).²⁸²

Niet alleen een school is gehouden zich op verschillende fronten in te spannen, een leerling is dit ook: een school heeft inspanningsverplichtingen maar daartegenover staat een inspanningsverplichting van leerling en ouders.²⁸³ Zo is ook een leerling waarmee afspraken worden gemaakt (in het kader van uitvoering van een handelingsplan) zelf mede verantwoordelijk voor het nakomen van die afspraken; door het maken van afspraken wordt de leerling duidelijk wat van hem wordt verwacht.²⁸⁴ Hierin kan een inspanningsverplichting rustend op de leerling worden teruggevonden. Deze verplichting komt in de rechtspraak sporadisch naar voren, waarschijnlijk omdat het geschil vaak draait om het al dan niet voldoende inspannen van de school (en niet van de leerling).

Wat betreft de zorgplicht die op de school rust zich in te spannen voor de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van de leerlingen, met andere woorden de derde hoofdverplichting, is duidelijk dat in de rechtspraak van een inspanningsverplichting wordt uitgegaan, in contractuele termen een inspanningsverbintenis. Ook kan van de zijde van de leerling inspanning worden verwacht. Over het karakter van de andere door mij geschetste hoofdverplichtingen die over en weer uit de overeenkomst kunnen voortvloeien, wordt in de uitspraken niet expliciet gesproken, zodat ik de vraag of deze verplichtingen in de rechtspraak als inspannings- of resultaatverbintenissen worden aangemerkt niet kan beantwoorden. Dit komt omdat ouders de school voor de rechter dagen en niet andersom. De school heeft andere middelen om nakoming van de verplichting van de leerling en/of ouders te bevorderen.

3.5.4 Vordering tot nakoming en afdwingbaarheid?

In de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden uit 1990 wijdt de rechter uitgebreid een overweging aan de mogelijkheid nakoming te vorderen:

‘Zoals zojuist is overwogen, is in casu sprake van een privaatrechtelijke overeenkomst. Indien een ouder meent dat het bevoegd gezag c.q. de school wanprestatie pleegt, kan hij zich terzake wenden tot de burgerlijke rechter. Hij kan nakoming

²⁸² Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.3.

²⁸³ Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38, m.nt. B.M. Pajmans, r.o. 4.10.

²⁸⁴ Rb. Amsterdam 27 juni 2012 ECLI:NL:RBAM:2012:BX4929 (met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787), r.o. 4.12.

van de onderwijsovereenkomst vorderen²⁸⁵ en daarbij aan de rechter vragen ter vaststelling van de (pretense) wanprestatie een deskundigenonderzoek te gelasten. (...) Onjuist acht de rechtbank derhalve het verweer van pcbo dat in geval van klachten van een ouder over het onderwijs dat aan zijn/haar kind wordt gegeven geen andere rechtsgang openstaat dan een klacht bij de onderwijsinspectie in te dienen of de medezeggenschapsraad en/of de oudercommissie te informeren. Pcbo lijkt voorts te miskennen dat een eventuele toewijzing van de gevorderde nakoming (op basis van het deskundigenonderzoek) kan leiden tot een verplichting tot aanpassing van het onderwijs. Eiser baseert echter in het onderhavige geval zijn vordering kennelijk niet op gepleegde wanprestatie maar wellicht in de toekomst door pcbo c.q. de school te plegen wanprestatie. Van toewijzing van de vordering op grond van een dergelijke vage stelling kan geen sprake zijn.²⁸⁶

In essentie is nakoming vorderen mogelijk, is de op de school rustende verplichting afdwingbaar, en kan een leerling naar de rechter stappen. Hoe de vordering wordt ingestoken is evenwel afhankelijk van het voorliggende geval en van wat de leerling en/of ouders in een procedure willen bereiken. Dit bepaalt of er daadwerkelijk nakoming van de overeenkomst wordt gevorderd of dat er bijvoorbeeld schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming centraal staat. Ook uit de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding in te stellen bij de rechter blijkt de afdwingbaarheid van de verplichting. Als het om schadevergoeding gaat is het de vraag of de school al dan niet tekortgeschoten is in haar verplichting voldoende inspanningen te leveren om bijvoorbeeld kwalitatief deugdelijk onderwijs te verzorgen en dus of de vordering tot het betalen van schadevergoeding wordt toegewezen of niet. Een nakomingsactie of bevel tot nakoming is in dergelijke zaken niet snel terug te vinden. Dat is anders wanneer de vordering direct ziet op bijvoorbeeld nakoming van de verplichting voldoende inspanningen te verrichten in de loop van het huidige schooljaar bijvoorbeeld.

Ook wanneer er bijvoorbeeld expliciet toegang wordt gevorderd nadat de school besloten heeft een leerling te verwijderen of wanneer de school voornemens is een dependance te sluiten kan nakoming naar voren komen. Een dergelijke vordering tot toelating of tot continuering van de lessen kan in termen van nakoming worden gezien, in die zin dat de school bij toewijzing haar verplichting uit overeenkomst dient na te komen. De vraag is evenwel of leerling en ouders hun vordering met dergelijke bewoordingen inkleden en rechters vervolgens zich ook in dergelijke termen uitlaten. Dit is niet steevast het geval, maar een vordering of veroordeling tot nakoming kan in uitspraken wel worden ontwaard. Bijvoorbeeld in een uitspraak van de Recht-

285 Hierbij zij overigens aangetekend dat nakoming vorderen ook kan zonder dat er van wanprestatie sprake is; nakoming wordt gevorderd op basis van de overeenkomst zelf.

286 Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437 (volledige tekst van het vonnis opgevraagd bij de Rb. Noord-Nederland, rolno. H 345/89).

bank Breda uit 2008.²⁸⁷ Voor de rechter wordt wedertoelating tot het reguliere havo-onderwijs gevorderd, onder andere omdat de school volgens eisers de onderwijsovereenkomst niet naar behoren nakomt. De school wordt veroordeeld de leerling inderdaad weer toe te laten: dit zou als nakoming kunnen worden bestempeld – ware het niet dat de rechter de kwalificatie van de rechtsverhouding onbenoemd laat.

3.5.5 Karakteristieken: wederkerigheid, duur, opdracht?

Een duidelijk voorbeeld waarin de wederkerigheid van de onderwijsovereenkomst in rechtspraak wordt belicht, biedt het al meerdere keren aangehaalde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden inzake kort gezegd de internaatsverplichting (waarover in par. 4.5 meer). Volgens het hof is er geen twijfel dat ten aanzien van een onderwijsovereenkomst sprake is van een wederkerige overeenkomst:

‘(...) Op grond van een overeenkomst tussen de school en een leerling rusten niet alleen op de school verplichtingen maar ook op de leerling. Waar de school gehouden is deugdelijk onderwijs te verschaffen, dient de leerling zich te houden aan de binnen de school geldende regels. De school heeft daar uiteraard groot belang bij. Dat de leerling daar ook zelf belang bij heeft, zoals eisers opmerken, betekent

287 Bijv. Rb. Breda (vzr.) 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015. Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7977 over een vordering tot toelating tot havo 4 ondanks doubleren. Eiser merkt het weigeren van toelating als tekortkoming in de nakoming van de verbintenis van de onderwijsinstelling jegens leerling aan. Zie in ander verband bijv. Rb. Breda (vzr.) 26 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB6539, eisers vorderen de school die voornemens is een dependance te sluiten te gebieden tot continuering van de lessen, met als grondslag toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de onderwijsovereenkomst althans onrechtmatig handelen. Dit is m.i. opvallend, de grondslag nakoming van de onderwijsovereenkomst zou geschikter zijn. Vgl. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:655, er wordt terugplaatsing naar de eerdere schoollocatie gevorderd, hieraan wordt ten grondslag gelegd dat de stichting tekortschiet in de nakoming van de onderwijsovereenkomst dan wel onrechtmatig want onzorgvuldig handelt. Vgl. in het mbo: Rb. Arnhem (vzr.) 17 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI4332, de rechter ‘veroordeelt [onderwijsinstelling] uit hoofde van de nakoming van de onderwijsovereenkomst, om [eiseres], na betekening van het vonnis, per direct weer onvoorwaardelijk toe te laten tot de onderwijsactiviteiten en alle daarbij behorende faciliteiten.’; Rb. Limburg (vzr.) 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280, de vordering tot nakoming van de onderwijsovereenkomst en het direct weer toelaten van de leerling wordt afgewezen omdat de stichting niet tekortgeschoten is in de nakoming van de krachtens de met de leerling gesloten onderwijsovereenkomst op haar rustende verbintenissen; Rb. Overijssel (vzr.) 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3790; Rb. Rotterdam (vzr.) 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6137 in beide gevallen wordt de instelling veroordeeld de onderwijsovereenkomst na te komen.

niet dat hij niet jegens de school verplicht is zich aan de schoolregels te houden. (...).'²⁸⁸

Over de vraag of sprake is van een duurovereenkomst zijn in uitspraken minder aanknopingspunten te vinden. Wel wordt in uitspraken bijvoorbeeld benoemd dat in de schoolgids wordt verwezen naar een tijdvak van acht aaneensluitende jaren waarin de leerling in beginsel de basisschoolperiode kan doorlopen en dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen meemaken.²⁸⁹

Dat de onderwijsovereenkomst in het primair of voortgezet onderwijs aangemerkt zou kunnen worden als overeenkomst van opdracht ben ik in de door mij onderzochte uitspraken nergens tegengekomen. Wel is er een voorbeeld in het particulier voortgezet onderwijs.²⁹⁰ Deze voorbeelden bestaan ook in het beroeps- of hoger onderwijs. Daar wordt in verschillende uitspraken de voorliggende onderwijsovereenkomst wel als overeenkomst van opdracht gekwalificeerd en aan de regelgeving daaromtrent getoetst.²⁹¹

288 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.8. Vgl. in het mbo: Rb. Limburg (vzr.) 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280, r.o. 4.3.4: '(...) Overigens rusten op grond van de onderwijsovereenkomst tussen de onderwijsinstelling en een leerling niet alleen verplichtingen op de onderwijsinstelling, maar ook op de leerling. Terwijl de onderwijsinstelling gehouden is deugdelijk onderwijs te verschaffen en voldoende begeleiding en ondersteuning te bieden, dient de leerling zich te houden aan de binnen de school geldende regels, zoals bijvoorbeeld de regels ter zake verzuim.'

289 Bijv. Rb. Amsterdam 29 juli 1999, AB 2000, 105 m.nt. B.P. Vermeulen. Vgl. bijv. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o. 4.4 aangaande het particulier onderwijs.

290 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746, r.o. 4.6: 'De schoolfee is een essentiala van de tussen school en ouders te sluiten overeenkomst, die overigens kwalificeert als een onderwijsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht.'

291 HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775 in cassatie op Hof Den Haag 8 maart 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:486 (Tio Teach B.V.): De Hoge Raad overweegt dat het hof de overeenkomst als overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 lid 1 BW heeft aangemerkt en voegt daaraan toe 'hetgeen in cassatie terecht niet wordt bestreden', r.o. 3.3.3. Uit de formulering kan vermoedelijk worden afgeleid dat de Hoge Raad het eens is met de kwalificatie als overeenkomst van opdracht. Zie over de overeenkomst van opdracht sub 2.7 van de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2017:889). Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het hof dat sprake is van een onredelijk bezwarend beding waarvoor aansluiting is gezocht bij art. 7:411 BW, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zie hierover Boom 2017, p. 300-302. Voor andere voorbeelden: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARNL:2014:326 (Stichting PTC+); Rb. Amsterdam 1 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4647 (Tio Teach B.V.) (met vervolg Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1419); Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3001 (beroepsonderwijs); Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5331 (NCOI opleidingsgroep B.V.); Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2980 (Avans Hogeschool B.V.) Het kwalificeren als overeenkomst van opdracht kan meebrengen dat de student wordt beschermd ten aanzien van de door onderwijsinstellingen gehanteerde annuleringsbedingen die meebrengen dat studenten kosten verschuldigd zijn bij voortijdige beëindiging: de annuleringsbedingen kunnen, naast als mogelijk onredelijke bezwarende bedingen, aangemerkt worden als strijdig met art. 7:408 lid 1 en lid 3 (jo. 7:413)

3.5.6 Afronding jurisprudentie

De civielrechtelijke jurisprudentie inzake onderwijszaken geeft een divers beeld. In verschillende uitspraken waarin van een onderwijsovereenkomst sprake is, komt het gehele kader of komen facetten van artikel 6:248 BW naar voren. Er wordt dus reeds door rechters van het contractenrechtelijke kader ter vaststelling van de inhoud voor de rechtsverhouding in het onderwijs gebruik gemaakt. De onderwijswetgeving krijgt duidelijk een plaats bijvoorbeeld via uitleg of aanvulling op grond van de wet. In de gevallen waarin de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden wordt gelaten, wordt niet toegekomen aan het contractenrechtelijke kader voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst. Hoewel rechters de systematiek uit artikel 6:248 BW niet met zoveel woorden hanteren, passen sommige overwegingen echter wel probleemloos binnen dit kader. Duidelijk is geworden dat ook in die gevallen doorwerking van de desbetreffende bepalingen uit de onderwijswetgeving zich voordoet, denk aan kwaliteitseisen en verplichtingen omtrent het opnemen van informatie in een schoolplan en een schoolgids, het rapporteren over de vorderingen aan de ouders e.d. Ongeacht of sprake is van een overeenkomst vult de wet de rechtsverhouding in. Dus ook als inderdaad sprake is van een contractuele rechtsverhouding worden desbetreffende bepalingen uit de onderwijswetgeving geïncorporeerd in de overeenkomst. De wijze waarop deze doorwerking dan plaatsvindt is uit die rechtspraak evenwel niet helder af te leiden.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de zorgplicht die rust op de school betreffende de kwaliteit van het onderwijs en de veiligheid en gezondheid van leerlingen wordt aangemerkt als een inspanningsverplichting. In contractuele termen: een inspanningsverbintenis.

Het vorderen van nakoming is met name terug te zien in de gevallen waarin een reeds toegelaten leerling aan wie de school de toegang ontzegt of onthoudt voor de rechter wedertoelating vordert. Uit de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen bijvoorbeeld wegens het ontvangen van kwalita-

BW over opzegging zonder dat schadevergoeding verschuldigd is, en zijn daarmee op grond van art. 3:40 lid 2 BW vernietigbaar. Vgl. Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2303. Zie over de vraag of een onderwijsovereenkomst met een hogeschool uit België valt onder de werking van Richtlijn 93/13/EEG oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten: Conclusie van A-G E. Sharpton, 30 november 2017, Zaak C-147/16.

Anders bijv.: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:10363, r.o. 4.3: 'Gesteld noch anderszins is gebleken dat [appellant] gedurende zijn opleiding jegens AIS een instructiebevoegdheid (vgl. art. 7:402 BW) toekwam. Reeds op deze grond vormt de overeenkomst geen overeenkomst van opdracht.' In een ander geval verloopt het geschil aangaande een beëindigingsbeding via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zonder dat daarbij de kwalificatie als overeenkomst van opdracht aan bod komt: Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2719.

tief ondeugdelijk onderwijs kan worden afgeleid dat in de rechtspraak wordt aangenomen dat van een afdwingbare verplichting sprake is.

Voorbeelden waarin in rechtspraak in het primair en voortgezet onderwijs wordt uitgegaan van een overeenkomst van opdracht heb ik niet aangetroffen. Ook over het eventuele duurkarakter van een onderwijsovereenkomst in het funderend onderwijs is in rechtspraak weinig informatie terug te vinden. Wel is er een uitspraak voor waarin expliciet wordt weergegeven dat sprake is van een wederkerige overeenkomst tussen leerling en school, die voor beide partijen verplichtingen in het leven roept.

3.6 AFRONDING

Het algemeen contractenrechtelijke kader uit artikel 6:248 BW kan worden toegepast om de inhoud van de rechtsverhouding tussen leerling en school vast te stellen. Civiele rechters passen soms voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding dit kader reeds toe of gebruiken facetten eruit. In diverse gevallen wordt, als gevolg van het in het midden laten van de kwalificatiekwestie, bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst en het kader dat artikel 6:248 BW hiervoor biedt evenwel niet met zoveel woorden stilgestaan. De rechter heeft weliswaar artikel 6:248 BW niet nodig – ook door middel van een buitencontractuele benadering kan tot de vaststelling van rechten en verplichtingen over en weer worden gekomen – maar dit artikel geeft wel een overzichtelijk kader dat in een buitencontractuele benadering ontbreekt. Het contractenrechtelijk kader geeft houvast, in de vorm van beoordelingscriteria en bronnen waarop teruggevallen moet worden. Ook brengt het een zekere systematiek mee, gelet op het drieluik van uitleg, aanvulling en beperking.

Bij het vaststellen van de inhoud van de onderwijsovereenkomst staan de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen voorop. Bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen zal het aankomen op de *Haviltex*-norm, met daarbinnen eventueel ruimte voor een meer objectieve benadering. Het komt daarbij onder andere aan op het gerechtvaardigd vertrouwen, hetgeen partijen over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Zo bestaat er voor het uitleggen van de tussen leerling en school overeengekomen rechtsgevolgen een flexibele en subtiële maatstaf waarbinnen voldoende rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval en, onder andere vanwege de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, voldoende met de context van het onderwijs en de belangen van overige leerlingen en leerkrachten. De mogelijkheid tot ‘dynamische uitleg’ geeft ruimte om daar waar het kind zich ontwikkelt de overeenkomst mee te laten ontwikkelen.

Vervolgens zal de overeenkomst kunnen worden aangevuld door de wet. Uit de rechtsverhouding in het onderwijs vloeien voor zowel de leerling als

de school rechten en verplichtingen voort, deze zullen mede worden bepaald door de onderwijswetgeving. Binnen het contract is hier voldoende ruimte voor. In hoeverre onderwijswetgeving de overeenkomst nader invult of aanvult is afhankelijk van de formulering en strekking van de desbetreffende bepaling. Of de bepaling ook ziet op de belangen van een leerling is niet altijd helder uit de bepaling zelf of parlementaire geschiedenis te destilleren. Wanneer partijen niets (anders) hebben afgesproken, zal een bepaling die inderdaad blijkt te strekken tot bescherming van de belangen van de leerling de overeenkomst aanvullen. Dit zal met name het geval zijn bij bepalingen die zijn te scharen onder de door mij genoemde categorieën ‘cognitieve aspecten’, ‘onderwijskundige uitgangspunten’ en ‘maatschappelijke aspecten’. Zijn partijen wel iets overeengekomen dat afwijkt van een bepaling uit de onderwijswetgeving dan rijst de vraag in hoeverre deze bepaling kan worden aangemerkt als van regelend of dwingend recht. Nu in de onderwijswetgeving zelf niet wordt stilgestaan bij de gevolgen van een eventuele contractuele afwijking zal via artikel 3:40 BW nagegaan moeten worden of de afwijking geldig is of leidt tot vernietigbaarheid of nietigheid. Dit zal geen sinecure zijn, onder andere omdat niet helder is in hoeverre de bepalingen uit de onderwijswetgeving reiken. Het is dan ook aan te bevelen dat de onderwijswetgever duidelijk stil staat bij de vraag in hoeverre de onderwijswetgeving gevolgen heeft voor de interne relatie tussen leerling en school en daarmee het contract, wil daarmee gewerkt worden.

Voorts dienen aanvulling op grond van de gewoonte en voornamelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid zich aan. Aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid ligt dicht tegen uitleg aan. Maar laten partijen een en ander ongeregeld, geeft uitleg geen duidelijkheid of blijkt na uitleg sprake van een leemte dan kan de aanvullende werking van het duo een zelfstandige rol spelen. Voor het vaststellen van wat de redelijkheid en billijkheid eisen kan artikel 3:12 BW worden geraadpleegd: er moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Tot slot kunnen de gevolgen van de onderwijsovereenkomst ook worden beperkt op grond van dit duo. Zo is een regel die als gevolg van de overeenkomst tussen school en leerling geldt, niet van toepassing, wanneer dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zie artikel 6:248 lid 2 BW.

De onderwijswetgeving heeft een plaats in het wettelijk kader voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding. Binnen een onderwijsovereenkomst bestaat ervoor voldoende ruimte. Er is een vrij prominente rol voor de onderwijswetgeving weggelegd. Artikel 6:248 BW biedt immers meerdere mogelijkheden of routes via welke de onderwijswetgeving een plaats kan krijgen in de overeenkomst. Dit kan allicht via aanvulling op grond van de wet, de overeenkomst kan worden aangevuld met een desbetreffende bepaling

uit bijvoorbeeld de Wpo of de Wvo. Ook kan dit via uitleg van de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen en in dat licht door middel van de redelijkheid en billijkheid (waarvoor aansluiting bij artikel 3:12 BW kan worden gezocht en waarbinnen ook de onderwijswetgeving kan worden betrokken). Daarnaast kan ook via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid tot toepassing van een bepaling uit onderwijswetgeving worden geconcludeerd, zij het dat wanneer via uitleg en aanvulling op grond van de wet dit resultaat niet wordt bereikt dit zich wellicht ook niet snel via aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zal voordoen. Toch blijft de aanvullende werking van dit duo bij uitstek een vangnet. Daarnaast kan de beperkende werking aan toepassing van een contractuele regel in de weg staan wanneer toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht en daarbij bijvoorbeeld een bepaling uit de onderwijswetgeving wordt meegewogen.

Aan de hand van het besproken kader kunnen de rechten en verplichtingen van partijen over en weer worden vastgesteld. Het is dan ook niet mogelijk om 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst te schetsen. Om een algemeen beeld te krijgen en om in de volgende hoofdstukken het contractenrecht en haar remedies nader door te kunnen exerceren heb ik toch drie hoofdverplichtingen rustend op de school en drie hoofdverplichtingen rustend op de leerling geschetst, die over het algemeen zullen voortvloeien uit de onderwijsovereenkomst. Mijn exercitie naar de vraag wat het rechtskarakter van deze verplichtingen is, heeft geleid tot de mogelijkheid om deze aan te merken als verbintenissen uit overeenkomst. Van de verplichtingen van de school kunnen leerlingen in rechte nakoming vorderen. In beginsel kan ook de school van de verplichtingen van de leerling nakoming vorderen al is het praktische belang van een dergelijke vordering niet groot, daar de school in praktijk eerder andere middelen zal aanwenden. De overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst hangen af van uitleg en van het specifiek voorliggende geval. In algemene zin kunnen de door mij geschetste verbintenissen echter met name als inspanningsverbintenissen worden aangeduid. Daar ga ik in het vervolg vanuit. Voorts is de onderwijsovereenkomst in algemene termen te kwalificeren als een wederkerige overeenkomst en een duurovereenkomst. De kwalificatie als overeenkomst van opdracht is niet uitgesloten maar stemt mijns inziens niet overeen met de context van het primair en voortgezet onderwijs, zodat ik daar in het vervolg niet van uit ga.

Voor de in de volgende hoofdstukken te onderzoeken artikelen 6:262 en 6:52, 6:265 BW en hun werking of betekenis in het onderwijs zal ik uitgaan van de volgende verbintenissen – hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten – die rusten op de school en de leerling: de verplichting van de school tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs en het recht van de leerling op het krijgen van kwalitatief deugdelijk onderwijs; de verplichting tot het toelaten en laten deelnemen van de leerling aan de lessen en toetsen e.d. en het recht op toelating en deelneming; het voldoende inspannen dan

wel zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs, voor de veiligheid en gezondheid van de leerling en het recht op kwalitatief deugdelijk onderwijs in een veilige en gezonde omgeving; de verplichting van de leerling tot deelnemen aan het onderwijs, de lessen en toetsen en het recht van de school op het volgen van onderwijs door leerlingen; de verplichting tot het zich goed gedragen en onthouden van ordeverstoring gedrag en het recht op kort gezegd behoorlijk gedrag in de schoolomgeving; de verplichting tot inspannen tijdens het volgen van het onderwijs en het recht van de school daarop.

Het kader dat het overeenkomstenrecht meebrengt voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst laat zien dat er duidelijk een rol voor onderwijswetgeving is weggelegd. Dit kan de schroom wegnemen die er bestaat om van een overeenkomst te spreken (de schroom is voor een deel ingegeven door de publiekrechtelijke normering van de rechtsverhouding in het onderwijs). Daarnaast laat dit hoofdstuk zien dat artikel 6:248 BW een breder kader biedt en meer biedt dan alleen plek voor onderwijswetgeving. Verder blijkt uit de exercitie in dit hoofdstuk dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst verbintenissen uit een wederkerige duurovereenkomst kunnen zijn. Daarmee werk ik in de vervolghoofdstukken. Wat brengen de bevoegdheden tot opschorting en ontbinding en opzegging in het onderwijs? Het is de vraag of, uitgaande van een verbintenissenrechtelijke overeenkomst, deze bevoegdheden aan partijen toekomen, hoe deze kunnen worden toegepast en of deze in de context van het onderwijs passen.