



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

6 | Slotbeschouwing

6.1 UITGANGSPUNT EN VRAAGSTELLING

In dit proefschrift heb ik de overeenkomst als kwalificatie van de rechtsverhouding tussen school, leerlingen en eventueel hun ouders voorop gesteld – als grondslag van de verbintenissen van partijen over en weer – om vervolgens te laten zien wat een contractenrechtelijk perspectief voor deze verhouding in het primair en voortgezet onderwijs meebrengt en te bieden heeft.

In deze slotbeschouwing wil ik de toepassing van het contractenrechtelijke instrumentarium in het onderwijs op waarde schatten. Hiertoe zal ik in vogelvucht de bevindingen uit de hoofdstukken 2 t/m 5 presenteren (par. 6.2). Vervolgens ga ik nader in op de bezwaren die in de literatuur zijn aangevoerd tegen het aannemen van een overeenkomst in het onderwijs (par. 6.3), gevolgd door enkele aanvullende observaties ten aanzien van toepassing van het contractenrecht in het onderwijs (par. 6.4). Ook verken ik of het aangewezen is een regeling in Boek 7 BW op te nemen (par. 6.5) en rond af met enkele aanbevelingen voor de wetgever en voor degenen die het onderwijsrecht bestuderen (par. 6.6).

6.2 DE TOEPASSING VAN HET CONTRACTENRECHT IN HET PRIMAIR EN VOORTGEZET ONDERWIJS

Totstandkoming

Uit hoofdstuk 2 volgt dat het vermogensrechtelijke kader betreffende de totstandkoming van een overeenkomst zonder problemen kan worden gehanteerd in de context van het onderwijs. De aanmelding en toelating kunnen langs de lat van de artikelen 6:217 en 3:33 (jo. 3:35) BW worden gezien in termen van aanbod en aanvaarding. Scholen doen door middel van open dagen en via uitwerking van hun onderwijsvisie in schoolplannen en -gidsen een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Ouders en/of het kind doen vervolgens desgewenst een aanbod door het kind aan te melden en de school kan of moet dit aanbod aanvaarden door het kind toe te laten.

Rondvraag onder ouders van schoolgaande kinderen leert dat bij het aangaan van de onderwijsverhouding niet in termen van aanbod en aanvaarding wordt gesproken. Dat is niet verwonderlijk, nu dat bij wel meer situaties het geval is. Niettemin sluit het model van aanbod en aanvaarding aan bij

aanmelding en toelating van een kind en laten aanmelding en toelating zich goed vertalen in termen van aanbod en aanvaarding. Zo bekeken levert het contractenrechtelijke kader omtrent totstandkoming wellicht weinig nieuws op.

De beperkte contractsvrijheid die ouders en kinderen ervaren omdat een kind verplicht is naar school te gaan en die sommige scholen treft omdat zij slechts beperkt kinderen als leerlingen mogen weigeren, staat aan de totstandkoming van een onderwijsovereenkomst niet in de weg. Een contracteerplicht, ook in de vorm van een mogelijke acceptatieplicht, doet aan het ontstaan van een contract en de toepassing van het contractenrecht niet af. Van enigerlei mate van contractdwang is bovendien vaker sprake in verband met goederen en diensten die essentieel zijn in het maatschappelijk leven.

Hoofdstuk 2 laat zien dat het vermogensrechtelijk totstandkomingskader toch iets te bieden heeft. Het kan helpen de positie van betrokkenen vast te stellen, in het bijzonder of de ouders handelen voor zichzelf of als wettelijk vertegenwoordiger van hun kind dan wel in beide hoedanigheden tegelijk. Buiten het vermogensrecht ontbreekt een dergelijk kader.

Op grond van de algemene regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten (de artikelen 3:33, 3:35 en 6:217 BW) komt het bij deze vaststelling aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid. Dit geldt niet alleen voor de vraag of er sprake is van een geldige overeenkomst, maar ook voor de vraag tussen wie die overeenkomst geldt. Voor zover partijen zich bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst in het geheel niet hebben uitgelaten over de hoedanigheid van de ouders (*pro se, q.q.*, of beide tegelijk) zou de door de Hoge Raad in het *Baby Joost*-arrest uitgezette lijn kunnen worden gevolgd: de school mag er in een dergelijk geval vanuit gaan dat ouders als wettelijk vertegenwoordigers in naam van hun kind handelen. Gevolg hiervan is dat het kind partij wordt en (in beginsel) niet mede de ouders. Beogen ouders en school dat ouders wel partij worden, dan verdient het aanbeveling dat zij zich hier over uitlaten en dit expliciet afspreken.

Van belang is ook dat het vermogensrechtelijk kader voor de vraag wie partij is ruimte biedt om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Dit brengt mee dat er recht kan worden gedaan aan datgene dat zich tussen betrokkenen heeft voor gedaan en aan hun verwachtingen. Het kader dat wordt gevolgd sluit ook aan bij de ontwikkeling van kinderrechten. Het kind komt een eigen juridische positie toe. De wettelijke vertegenwoordiging stelt ouders in staat de overeenkomst te sluiten in naam van het steeds zelfstandiger handelende kind.

Inhoud

Het contractenrecht biedt een specifiek kader om de inhoud van de rechtsverhouding vast te stellen. Hoofdstuk 3 geeft de lijnen waarlangs de rechten en verplichtingen van partijen over en weer worden bepaald. Een dergelijk kader is in een buitencontractuele benadering niet voor handen. Het contractenrechtelijke kader geeft houvast, in de vorm van beoordelingscriteria en bronnen waarop moet worden teruggevallen, en brengt een zekere systematiek mee, gelet op het drieluik van uitleg, aanvulling en beperking.

Artikel 6:248 lid 1 BW bepaalt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst voortvloeien uit wat partijen zijn overeengekomen, als ook uit de wet, gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid, in aanmerking genomen de aard van de overeenkomst.

Wat partijen zijn overeengekomen wordt vastgesteld door uitleg van hun afspraken, aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf. Hierbij spelen onder andere de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol. Zo geldt ook voor het uitleggen van de tussen leerling en school overeengekomen rechtsgevolgen een flexibele en subtiele maatstaf waarbinnen rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het voorliggende geval, met de context van het onderwijs en met de belangen van de leerling en die van overige leerlingen, leerkrachten of de school. Deze belangen kleuren de verwachtingen van partijen in. De mogelijkheid van 'dynamische uitleg' geeft daar waar de verhouding tussen kind en school zich ontwikkelt ruimte om de overeenkomst mee te laten ontwikkelen.

Artikel 6:248 lid 1 BW legt ook een verbinding tussen de overeenkomst en de wet. In hoeverre onderwijswetgeving de overeenkomst, en daarmee de rechten en verplichtingen van partijen over en weer, in- of aanvult is afhankelijk van de formulering en strekking van de desbetreffende bepaling. Indien een bepaling uit de onderwijswetgeving zich leent voor de rechtsverhouding tussen de leerling en de school dan zal deze, wanneer partijen niets (anders) hebben afgesproken, de overeenkomst aanvullen. Zijn partijen iets overeengekomen dat afwijkt van de bepalingen in de onderwijswetgeving dan rijst de vraag of en in hoeverre er sprake is van regelend of dwingend recht. Is een wettelijke bepaling van dwingend recht dan kan er niet van worden afgeweken. Op dit punt is de onderwijswetgeving alles behalve toegesneden op de eventuele contractenrechtelijke gevolgen. Zij maakt niet duidelijk of strijd met de wet nietigheid of vernietigbaarheid van een van een beding of de overeenkomst meebrengt, dan wel of strijd met de wet anderszins wordt gesanctioneerd. De geldigheid van contractuele bedingen zal moeten worden beoordeeld aan de hand van artikel 3:40 BW. Het is de onderwijswetgever dan ook aan te bevelen stil te staan bij de eventuele privaatrechtelijke gevolgen van overtreding van onderwijswetgeving.

De overeenkomst kan ook worden aangevuld door de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hierbij kan met name rekening worden gehou-

den met de belangen van betrokkenen, zowel van de leerling als van overige leerlingen, leerkrachten en het bevoegd gezag (art. 3:12 BW). Aanvulling door middel van de redelijkheid en billijkheid ligt dicht tegen uitleg aan, maar de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ook zelfstandig een rol spelen, bijvoorbeeld wanneer uitleg geen duidelijkheid oplevert of na uitleg sprake is van een leemte in het contract die noopt tot aanvulling.

Ten slotte biedt artikel 6:248 lid 2 BW de mogelijkheid de vastgestelde rechtsgevolgen van de overeenkomst te beperken. Een regel die als gevolg van een onderwijsovereenkomst tussen partijen geldt, is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo kan ingegrepen worden wanneer zich onaanvaardbare bedingen in een onderwijsovereenkomst voordoen of hieruit onaanvaardbare gevolgen dreigen voort te vloeien.

Kortom, het kader helpt vast te stellen wat partijen hebben afgesproken en mogen verwachten, vult indien nodig aan wat partijen ongeregeld hebben gelaten en geeft de mogelijkheid in te grijpen indien dit noodzakelijk is.

Dit contractenrechtelijke kader voor het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding is flexibel en subtiel. Doordat het bij uitleg aankomt op de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, kan rekening worden gehouden met de context van het onderwijs, met de omstandigheden van het voorliggende geval en aldus met de feitelijkheden in het onderwijs. Er is voldoende gelegenheid om rekening te houden met de belangen van de leerling. Daarbij komt dat ook de belangen van overige betrokkenen, zoals medeleerlingen, leerkrachten en het bevoegd gezag niet over het hoofd worden gezien. Bij uitleg spelen immers de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol, waarbij rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Ook kan recht worden gedaan aan de vrijheid van onderwijs en dan met name aan het deelaspect van de vrijheid van inrichting die een school toekomt, haar pedagogische autonomie. In eerste instantie kunnen scholen en leerlingen zelf de inhoud van een onderwijsovereenkomst bepalen, zij het binnen bepaalde grenzen. Tevens kan er binnen het contractenrechtelijke kader ruimschoots rekening worden gehouden met publiekrechtelijke normering. Zo is er duidelijk een plaats ingeruimd voor aanvulling op grond van de wet, waaronder de onderwijswetgeving. Maar ook via andere routes kan onderwijswetgeving haar gelding hebben en van invloed zijn, doordat zij de rechten en verplichtingen van partijen nader in- en aanvult. Dit kan via uitleg en de aanvullende maar ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De rechten en verplichtingen van partijen over en weer zullen conform artikel 6:248 lid 1 BW worden vastgesteld. Ze zijn daarmee mede afhankelijk van wat partijen in een concreet geval voor ogen hadden en wat zij daaromtrent aanvoeren. Het is daarom niet mogelijk in algemene zin 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst te benoemen. Ik heb mij dan ook niet ten doel gesteld op zoek te gaan naar 'de' inhoud van de onderwijsovereenkomst. Wel

heb ik een inventarisatie gemaakt van de mogelijke hoofdverplichtingen en -rechten die in veel gevallen uit een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs zullen voortvloeien. Ook heb ik het rechtskarakter hiervan onderzocht en de overige karakteristieken van een onderwijsovereenkomst verkend. Inzicht in de hoofdverplichtingen en de karakteristieken van de overeenkomst is nodig met name om de toepassing van contractenrechtelijke remedies te kunnen onderzoeken. Zo is het voor de vraag hoe de opschortingsbevoegdheid of de ontbindingsbevoegdheid kan worden toegepast nodig te weten of de rechten en verplichtingen als 'verbintenis' kunnen worden aangemerkt en of de onderwijsovereenkomst als een 'wederkerige overeenkomst' kan worden gezien.

De rechtsverhouding kent in de kern drie hoofdverplichtingen van de school, die nauw met elkaar samenhangen: het geven van onderwijs, ervoor zorgen dat dit van voldoende kwaliteit is en plaats heeft in een veilige en gezonde omgeving, en het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs en de toetsen e.d. Deze hoofdverplichtingen zijn als verbintenissen aan te merken. Met deze verplichtingen bestaan corresponderende rechten van de leerling.

Ook op de leerling rusten drie hoofdverplichtingen. Zo is de leerling verplicht tot het deelnemen aan het onderwijs, de lessen en toetsen, tot het zich goed gedragen en onthouden van ordeverstoring gedrag en rust op hem de verplichting zich in te spannen tijdens het volgen van het onderwijs. Ook de verplichtingen van de leerling kunnen gekarakteriseerd worden als verbintenissen.

Van de verplichtingen die rusten op de school kan de leerling in rechte nakoming vorderen. Ook de school kan in beginsel in rechte nakoming vorderen van de verplichtingen van de leerling; het praktische belang van deze mogelijkheid is evenwel niet groot, nu de school in praktijk eerder andere middelen zal aanwenden om de leerling aan zijn verplichtingen te houden.

De overige karakteristieken van de overeenkomst hangen weliswaar af van uitleg van de overeenkomst in de concrete omstandigheden van het geval, maar in algemene zin kunnen de door mij geschetste verbintenissen als inspanningsverbintenissen worden beschouwd en niet als resultaatsverbintenissen. Verder is een onderwijsovereenkomst in algemene zin als wederkerige overeenkomst te kwalificeren: de school en de leerling zijn over en weer gehouden tot prestaties. Ook betreft deze een duurovereenkomst. Dit sluit aan bij de praktijk in het onderwijs waarin de rechtsverhouding in beginsel voor een langere periode wordt aangegaan en het draait om voortdurende prestaties van partijen over en weer. Hoewel de kwalificatie als overeenkomst van opdracht niet is uitgesloten, rijmt deze mijns inziens niet met de context van het primair en voortgezet onderwijs.

Opschorting

In hoofdstuk 4 is gebleken dat en hoe de bevoegdheid tot opschorting van een verplichting uit een onderwijsovereenkomst kan worden gebruikt. In de praktijk ligt het voor de hand dat alleen een school van een opschortingsbevoegdheid gebruik kan maken en niet ook de leerling. Als een leerling zich 'misdraagt' zou de verplichting tot het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs kunnen worden opgeschort. De onderwijswetgeving kent een vergelijkbaar instrument, de schorsing van een leerling. De vraag is hoe opschorting en schorsing zich tot elkaar verhouden.

Een vergelijking van opschorting en schorsing laat zien dat tussen de bevoegdheden veel overeenkomsten bestaan. Zo kennen beide bijvoorbeeld geen specifiek toepassingsgebied, is het voor beide de keuze aan de school er al dan niet toe over te gaan, wordt bij beide instrumenten de toegang tot de reguliere les onthouden en zijn beide tijdelijk van aard. Er zijn ook verschillen. De schorsingsregeling schrijft bijvoorbeeld voor dat schorsing schriftelijk bekend moet worden gemaakt. Dit is voor een beroep op opschorting in zijn algemeenheid niet vereist. Maar, redelijkheid en billijkheid zullen in de context van het onderwijs anders meebrengen. Zo zal een school pas mogen opschorten indien is medegedeeld dat en waarom er wordt opgeschort. De schorsingsregeling beperkt schorsing voorts tot vijf dagen, opschorting kent een dergelijk voorgeschreven beperking niet. Wanneer de verhouding tussen beide wordt onderzocht blijkt dat de verschillen die er op het eerste gezicht lijken te bestaan door het privaatrecht worden ondervangen, zonder dat er afbreuk wordt gedaan aan mogelijke waarborgen uit de schorsingsregeling. Zo zal ook in geval van opschorting rekening moeten worden gehouden met de maximale termijn van vijf dagen, die voor schorsing geldt. Tot dit resultaat kan worden gekomen door middel van het leerstuk van samenloop, maar ook artikel 3:14 BW en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid waaraan opschorting onderhevig is brengen dit mee.

De opschortingsbevoegdheid (art. 6:262 en 6:52 BW) biedt een fijnmaziger juridisch kader dan de schorsingsregeling in de onderwijswetgeving (art. 40c Wpo en art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo), waarin de belangen van school en leerling, bij de niet-nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling, kunnen worden afgewogen. De bevoegdheid is ingebed in de redelijkheid en billijkheid, met als maatstaf dat de tekortkoming de opschorting moet rechtvaardigen. De proportionaliteit van de maatregel staat voorop. Ook geeft deze zakelijker weer wat de school in wezen doet: het opschorten van het verschaffen van de toegang tot de school en het daar geven van onderwijs. De regeling prent partijen in dat het niet tot de les toelaten slechts een tijdelijke maatregel is, die niet verder gaat dan nodig is, en biedt een duidelijke grondslag voor de verplichting om te voorzien in begeleiding ook al is de leerling fysiek niet aanwezig op school. Het gaat enkel om opschorting van de verplichting tot het laten deelnemen aan het onderwijs en daarmee de toelating tot reguliere lessen; aan onderliggende verplichtingen zoals het geven van huiswerk en

instructie moet wel voldaan blijven worden. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Er is alle ruimte rekening te houden met specifieke aspecten van onderwijswetgeving zoals de procedurele waarborgen en de maximale termijn van vijf dagen.

Beëindiging

Hoofdstuk 5 gaat over de privaatrechtelijke beëindigingsmogelijkheden van ontbinding (art. 6:265 BW) en opzegging (niet als algemene bevoegdheid in het BW gecodificeerd) van de onderwijsovereenkomst. Zij kunnen dienen als aanvulling of alternatief voor de verwijdering van een leerling (art. 40 Wpo en art. 27 lid 1 jo. art. 14 Inrichtingsbesluit Wvo), althans voor zover de verwijdering de beëindiging van de overeenkomst impliceert.

Verwijdering staat uit de aard van de zaak alleen het bevoegd gezag ten dienste, terwijl ontbinding en opzegging in beginsel beide partijen toekomen, dus ook aan een leerling. Verwijdering, ontbinding en opzegging door de school zijn alle drie vergaande, ingrijpende middelen, omdat de relatie definitief zal worden beëindigd. De school heeft zelf de mogelijkheid te beslissen al dan niet de middelen in te zetten. Alle drie de bevoegdheden kennen wel een drempel voordat tot het middel kan worden overgegaan. Bij ontbinding is deze drempel duidelijk terug te vinden in de tenzij-clausule, bij opzegging bestaat deze in de gewichtige redenen die er moeten bestaan, bij verwijdering is evenwel geen drempel in de regeling zelf terug te vinden. Vanwege het ingrijpende van de maatregel kan er echter niet zomaar tot verwijdering worden overgegaan. Een school zal bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen.

In de onderwijswetgeving staan meerdere procedurele voorschriften ter bescherming van de belangen van de leerling. Verwijdering kan bijvoorbeeld niet plaatsvinden alvorens leerling en ouders te horen en alvorens een andere school is gevonden die bereid is de leerling toe te laten. Hoewel deze uiteraard niet worden genoemd in de ontbindings- of opzeggingsbevoegdheid, zullen zij ook bij uitoefening van deze contractenrechtelijke bevoegdheden in het onderwijs tot uiting komen en zijn deze als het ware inherent aan uitoefening van ontbinding en opzegging in het onderwijs. Zo zal bijvoorbeeld het verplicht horen van de leerkracht en de leerling en/of de ouders, het verplicht zoeken van een andere school en het niet mogen beëindigen wegens onvoldoende vorderingen in de loop van het jaar, reeds zijn opgenomen in respectievelijk de vraag of sprake is van een tekortkoming of van gewichtige redenen en het onderzoek dat daarvoor nodig is en de vraag of sprake is van ingrijpende gevolgen die aan ontbinding of opzegging in de weg zullen staan.

De onderwijswetgeving kent ook voorschriften die gelden nadat er tot verwijdering is besloten. Ook deze zullen bij gebruikmaking van ontbinding of opzegging niet over het hoofd kunnen worden gezien. Bijvoorbeeld de mogelijkheid na verwijdering in bezwaar te gaan zal bij ontbinding of opzegging zich uiten in de mogelijkheid een heroverweging te vragen. Hoewel deze

mogelijkheid niet inherent is aan de bevoegdheid tot ontbinding of opzegging zelf zal deze wel gelden op grond van de doorwerking van de onderwijswetgeving op het contract. Tot dit resultaat kan worden gekomen via het samenloopleerstuk, in lijn met artikel 3:14 BW. Ook zal de aanvulling op grond van de wet dan wel op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat aan een leerling de mogelijkheid tot bezwaar in de zin van heroverweging verzoeken toekomt.

Een school heeft de mogelijkheid tot opzegging van de overeenkomst, hiervoor is het evenwel aangewezen deze mogelijkheid enkel open te stellen in geval van gewichtige redenen. Deze gewichtige redenen kunnen worden gevonden in het gedrag van de leerling, maar zij kunnen ook geheel en al bij de school zelf gelegen zijn. Voor ontbinding door de school is nodig dat een leerling achterblijft in de nakoming van zijn verbintenissen. De tekortkoming zal de ontbinding moeten rechtvaardigen. Hier ligt het voor de hand niet te snel aan te nemen dat er sprake is van een tekortkoming, om de leerling de ruimte te laten zich te ontwikkelen en te groeien. Ook zullen de 'geringe betekenis van de tekortkoming', 'de aard van de tekortkoming', 'de ingrijpende gevolgen' en breder genomen 'alle omstandigheden van het geval', waaronder 'de aard van de overeenkomst' betekenisvolle handvatten bieden om te voorkomen dat een school te snel of te gemakkelijk tot ontbinding overgaat, nu het om jonge leerlingen gaat die verplicht zijn onderwijs te volgen. Ontbinding kan in het onderwijs alleen ontbinding voor de toekomst betreffen, de verplichtingen die zien op het verleden blijven dan ook in stand en er worden geen ongedaanmakingsverbintenissen in het leven geroepen.

De beëindigingsmogelijkheden laten zich kneden of vormen naar de bijzondere onderwijsverhouding. Het contractenrecht is in beginsel flexibel genoeg om ontbinding of opzegging toe te kunnen passen in het onderwijs. De vraag rijst wat de privaatrechtelijke beëindigingsmogelijkheden te bieden hebben voor de verhouding in het onderwijs. Al met al kan ontbinding met de tenzij-clausule waarin aanknopingspunten of wegingsfactoren staan om te beoordelen of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, tegemoet komen aan het gebrek van dergelijke handvatten in de onderwijswetgeving, zonder dat hiermee de vrijheid van een school te zeer zou worden bekneld en met voldoende oog voor de belangen van de leerling. Ten aanzien van de leerling zou aansluiten bij opzegging 'te allen tijde' door de leerling het 'gat' kunnen vullen dat nu in principe bestaat wanneer een leerling 'opstapt'.

6.3 REFLECTIE: TERUG NAAR HET DEBAT IN DE LITERATUUR

In het inleidende hoofdstuk van dit proefschrift stond ik stil bij het debat in de literatuur over de kwalificatie van de rechtsverhouding in het onderwijs en de daarin genoemde bezwaren tegen het aannemen van een overeenkomst.

De vraag is of de analyse van de toepassing van het contractenrecht in het primair en voortgezet onderwijs die bezwaren in een ander perspectief zet.¹

Zowel voor het bijzonder als het openbaar onderwijs wordt de *vergaande publiekrechtelijke normering* als bezwaar aangevoerd. Uit de toepassing van alle behandelde leerstukken blijkt dat er met deze publiekrechtelijke normering in het contractenrecht ruimschoots rekening kan worden gehouden. Zo kan bij de totstandkoming van de overeenkomst publiekrechtelijke regelgeving haar uitwerking vinden in het model van aanbod en aanvaarding. Ouders moeten hun leerplichtige kind aanmelden, sommige scholen moeten een kind accepteren: het gaat om contracteerplichten. Bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst komt de onderwijswetgeving tot haar recht doordat het BW zelf voorziet in aanvulling van het door partijen overeengekomene door de wet (art. 6:248 lid 1 BW). Maar ook de leerstukken van uitleg, aanvulling en beperking van het overeengekomene op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen dienen als doorgeefluik van publiekrecht, waardoor bepalingen uit onderwijswetgeving doorklinken in de overeenkomst. Verder zal ook bij de uitoefening van de bevoegdheden die het contractenrecht biedt, rekening worden gehouden met voorschriften uit de onderwijswetgeving. Zo moet bijvoorbeeld bij opschorting rekening worden gehouden met de waarborgen uit de publiekrechtelijke schorsingsregeling, zoals de maximale schorsingstermijn van vijf dagen. En ook bij ontbinding en opzegging zal bijvoorbeeld de publiekrechtelijke geregelde mogelijkheid tot bezwaar en heroverweging in acht moeten worden genomen. De invloed die het publiekrecht kan uitoefenen hoeft aldus niet aan de kwalificatie als overeenkomst in de weg te staan.

Ook wordt het ontbreken van *wilsovereenstemming* aangevoerd als bezwaar tegen de kwalificatie als overeenkomst. Deze wilsovereenstemming zou ontbreken omdat ouders verplicht zijn hun kind op een school aan te melden en openbare scholen in beginsel elke leerling zouden moeten accepteren en ook bijzondere scholen soms geen mogelijkheid tot weigeren van een leerling hebben. Deze beperkte contractsvrijheid ofwel contractdwang die partijen ervaren staat aan het aannemen van een overeenkomst echter niet in de weg. Uit de schets ten aanzien van de totstandkoming blijkt dat ook wanneer de wil gestuurd wordt of ingegeven is om aan de dwang gehoor te geven een geldige rechtshandeling tot stand kan komen. Wil en verklaring stemmen immers (volgens het kader van de artikelen 6:217 en 3:33 (jo. 3:35) BW) overeen. Er is slechts vereist dat iemand een verklaring aflegt zoals hij die bedoelt. Dus ook wanneer iemand verplicht is een aanbod te doen of verplicht is een aanbod te aanvaarden kunnen deze rechtshandelingen geldig tot stand komen. Zo

1 Ik ga niet in op de bezwaren die op de kwalificatievraag zien, te weten het bezwaar betreffende het 'als zodanig' handelen van een openbare school, en het bezwaar dat toelating en verwijdering tot of van een openbare school publiekrechtelijke bevoegdheden zijn en leiden tot besluiten in de zin van de Awb, zodat er een publiekrechtelijke rechtsverhouding uit voortvloeit.

kan er dus ook een geldige onderwijsovereenkomst tot stand komen en wordt door contracteerplichten geen afbreuk gedaan aan het element van wilsovereenstemming.²

In de literatuur is – zie par. 3.2.7 – als voordeel van de overeenkomst aangemerkt dat ‘glashelder is welke afspraken tussen partijen gelden en wat zij (niet) van elkaar mogen verwachten’.³ Het maken van afspraken kan inderdaad helderheid verschaffen maar wel heeft als uitgangspunt 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’.⁴ Dit bezwaar geldt voor alle overeenkomsten, in welke context ook. Het is tegelijkertijd een geruststellende gedachte dat niet alles onder woorden behoeft te worden gebracht. Het burgerlijk recht is er juist op ingericht aan te vullen wat partijen ongeregeld laten.

In het kader van de publiekrechtelijke normering wordt verder gesteld dat het zwaartepunt van de rechtsverhouding wordt gevormd door een wettelijk bepaald standaardregime zodat een onderwijsovereenkomst niet meer is dan een ingang tot ‘een standaardregime van rechtstreekse en onrechtstreekse wettelijke rechten en verplichtingen’.⁵ Zelfs waar de onderwijswetgeving een belangrijke rol speelt bij het bepalen van de inhoud van een overeenkomst, is er met het systeem van 6:248 lid 1 BW ruimte voor partijen zelf en de redelijkheid en billijkheid om invulling te geven aan de rechtsverhouding, binnen de grenzen van dwingende wetbepalingen.⁶

Tot slot zou het begrip *verbintenis* op problemen stuiten vanwege het vermogensrechtelijke karakter dat aan dit begrip wordt toegekend, waaraan het in de onderwijsverhouding zou ontbreken. Hoewel de aarzeling begrijpelijk is, kan de rechtsbetrekking wel een vermogensrechtelijk karakter worden toegedicht. Bijvoorbeeld in de verplichting tot het geven van kwalitatief deugdelijk onderwijs en het daarmee corresponderend recht op het ontvangen ervan kan dit vermogensrechtelijke karakter worden herkend. Zo wordt er bijvoorbeeld een vergoeding voor deze prestatie gegeven, zij het niet door de leerling die de prestatie ontvangt maar door de Staat. Dat deze vergoeding niet van de leerling komt, doet aan het vermogensrechtelijke karakter niet af. Daarbij komt dat het geven en ontvangen van onderwijs een bepaalde vermogenswaarde vertegenwoordigt en dat leerlingen bijvoorbeeld bij het krijgen van ondeugdelijk onderwijs schade kunnen lijden. Hoewel voor het aannemen

2 Zie hierover par. 2.2-2.4.

3 Huisman (red.) 2017, p. 106 in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroeps-onderwijs.

4 Huisman (red.) 2017, p. 106, in het kader van de onderwijsovereenkomst in het beroeps-onderwijs.

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

6 Zie hierover par. 3.2.7.

van een verbintenis het zich voordoen van vermogenswaarde niet noodzakelijk is, geeft het wel een aanwijzing dat er van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking sprake is. Zo kan er van een verbintenisscheppende overeenkomst wel sprake zijn. Ook de andere geschetste hoofdverplichtingen en daarmee corresponderende rechten kunnen als verbintenissen voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden aangemerkt.⁷

De in de literatuur aangevoerde bezwaren ten aanzien van de toepassing van het contractenrecht blijven mijns inziens dus niet overeind. Daar voeg ik nog aan toe dat het contractenrechtelijk instrumentarium iets te bieden heeft en zich leent voor toepassing op de rechtsverhouding in het onderwijs, zoals uit de volgende paragraaf zal blijken.

6.4 AANVULLENDE OBSERVATIES

Zoals uit de behandelde leerstukken is af te leiden, biedt het contractenrecht kaders voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen school en leerling, en eventueel ook de ouders. Deze kaders ontbreken buiten het contractenrecht. Ze betreffen de gehele levensloop van de overeenkomst, van contractsluiting tot beëindiging.⁸ Ze geven bovendien houvast in de vorm van een systeem van materieelrechtelijke beoordelingscriteria en gezichtspunten, aan de hand waarvan vragen omtrent het partij zijn bij de onderwijsovereenkomst, de inhoud van de onderwijsovereenkomst en de uitoefening van bevoegdheden kunnen worden beantwoord.

De kaders zijn flexibel en subtiel. De open normen laten ruimte om rekening te houden met de bijzondere context van het onderwijs en er is ruimte om betekenis toe te kennen aan de omstandigheden van het concrete geval, of die nu betrekking hebben op het ontwikkelingsproces dat leerlingen meemaken of de specifieke belangen van een individuele leerling, dan wel de belangen van de medeleerlingen, de ouders, de school en haar leerkrachten. Er kan recht worden gedaan aan de beleidsvrijheid van een school, de aan een openbare school toekomende pedagogische en organisatorische autonomie en voor het bijzonder onderwijs aan de vrijheid van onderwijs, waaronder de inrichtingsvrijheid.

Gelet op de ruimte die het contractenrecht biedt om rekening te houden met de context van het primair en voortgezet onderwijs en de specifieke omstandigheden van het geval, ligt het voor de hand te concluderen dat het contractenrecht zich leent voor toepassing op de rechtsverhoudingen in het onderwijs. Waar in de rechtspraak de kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden wordt gelaten, zou voor de overeenkomst kunnen worden gekozen, zonder afbreuk te doen aan de betrokken belangen.

⁷ Zie hierover par. 3.3.3. e.v.

⁸ Het regelt de rechtsbetrekking tussen partijen in geheel. Vgl. Houben 2005, p. 222.

Toegegeven, ik heb mij niet gezet aan een meting van de effectiviteit of doeltreffendheid van enigerlei onderwijsovereenkomst. Ik heb geen empirische studie verricht naar de feitelijke gevolgen van het werken met een overeenkomst, bijvoorbeeld ter zake van het niveau van de inspanningen van de school en van de leerling, de leerresultaten of de betrokkenheid van de ouder. Toch veroorloof ik mij een enkele opmerking over wat men van een overeenkomst zou kunnen verwachten.

Men zou kunnen vrezen dat het benadrukken van de rechtsverhouding tussen de school en de leerling en eventueel zijn ouders, ertoe leidt dat de verhouding tussen school, leerling en ouders verzakelijkt of verjuridiseert. Hiertegenin zou kunnen worden gebracht dat die juridisering zich lijkt te hebben voltrokken zónder een expliciete keuze voor de overeenkomst als grondslag. Voorts zou kunnen worden opgemerkt dat het benadrukken van de wederkerigheid van de overeenkomst de rechtsverhouding meer in balans brengt: het gaat niet alleen om wat de school geacht wordt te doen, maar ook om wat van de leerling en eventueel zijn ouders wordt gevergd. Als er al sprake is van juridisering, dan juist is het een pluspunt dat het contractenrecht een flexibel kader biedt om deze juridisering het hoofd te bieden. Ten slotte maakt het aanvaarden van een contractueel kader ook duidelijk welke rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan niet-nakoming of tekortkoming; die duidelijkheid zal per saldo de rechtspositie van alle betrokkenen versterken.⁹

Vragen rondom de rol van de ouders, ouderparticipatie, schooladviezen en druk op het onderwijs zullen ook met een keuze voor het contractenrecht de kop op steken. Het contractenrecht biedt wel aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag hoe hiermee om te gaan. Zo kan de vraag wie partij is bij de overeenkomst en wat scholen van ouders kunnen vergen, worden beantwoord aan de hand van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer, in het kader van de totstandkoming of de uitleg van de overeenkomst. Vragen over bejegening van leerkrachten en ouders over en weer, of over het gedrag van ouders op het schoolplein kunnen opgaan in de vraag of ouders partij zijn bij de overeenkomst en in hoeverre hun gedrag kan worden toegerekend aan de leerling. Juist op dit punt kunnen de rechten van het kind die de – in toenemende mate – zelfstandige positie van het kind benadrukken, richtinggevend zijn, met als gevolg dat ouders en school hun onderlinge problemen op een andere manier moeten oplossen dan via het contract waarbij in beginsel alleen de leerling partij is.

Toepassing van het contractenrecht biedt niet in alle gevallen meer helderheid. De onderwijswetgeving is niet toegesneden op het bestaan van een

9 Hierover is aarzeling in het beroepsonderwijs. De Onderwijsraad lijkt in 2001 te hebben geconcludeerd in het kader van de evaluatie in het mbo dat de positie van de onderwijsdeelnemer vooralsnog niet is versterkt, zie 'WEB: Werk in Uitvoering. Een voorlopige evaluatie van de Wet educatie en beroepsonderwijs', advies Onderwijsraad, september 2001, p. 29. Zie ook de verkenning van Baas e.a. 2017.

vermogensrechtelijke onderwijsovereenkomst – ook al wordt die bij scholen in het bijzonder onderwijs verondersteld – met als gevolg dat onduidelijk is of afwijkende bedingen geldig zijn of niet, en zo nee wat hiervan het gevolg is. Een ander voorbeeld kan de samenloop van bevoegdheden als schorsing en verwijdering enerzijds en opschorting, opzegging en ontbinding anderzijds zijn. Hoewel het verbintenissenrecht zoals getoond de potentie heeft de verhouding tussen al deze publieke en private bevoegdheden te regelen, toegesneden op het primair en voortgezet onderwijs, kan men het wenselijk achten in een specifieke regeling bij deze verhouding nader stil te staan. Dit roept de vraag op of er behoefte is aan een eigen regeling van de onderwijsovereenkomst, bijvoorbeeld in Boek 7 BW.

6.5 NAAR EEN REGELING IN BOEK 7 BW?

Is voor een onderwijsovereenkomst een regeling in Boek 7 BW aangewezen, zoals in de literatuur wordt opgemerkt? Volgens de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW is er aanleiding een bijzondere overeenkomst te regelen, als het gaat om een veel voorkomende overeenkomst en partijen kan worden bespaard telkens weer de inhoud van hun overeenkomst vast te stellen.¹⁰ De wetgever wordt geacht een duidelijke richtlijn neer te leggen, ter aanvulling van het overeengekomene. Voorts kan de wens één van beide partijen te beschermen aanleiding zijn te voorzien in de regeling van een bijzondere overeenkomst, door het bieden van dwingende wetsbepalingen.¹¹ Deze redenen gaan op voor de onderwijsovereenkomst. Hoewel het algemene contractenrecht alle mogelijkheden biedt om de rechtsverhouding tussen school, leerling en eventueel ouders te regelen, en waar nodig, de bijzondere belangen van partijen te beschermen, gaat het onmiskenbaar om een veelvoorkomende overeenkomst en lijkt het efficiënt ervoor te zorgen dat betrokkenen het wiel niet steeds opnieuw behoeven uit te vinden, in het bijzonder ter zake van de invloed van de specifieke onderwijswetgeving op de rechtsverhouding. Ten slotte zou een regeling het voordeel kunnen bieden van de zekerheid dat de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs een overeenkomst is.

Toch vraag ik mij af of de tijd rijp is voor een regeling in Boek 7 BW. Hoewel Boek 7 BW een plek kan zijn voor het regelen van specifieke zaken betreffende de onderwijsovereenkomst is het nog de vraag of aan een specifieke regeling ook behoefte is. Mijns inziens is het verstandig zich eerst bewust te worden van de werking van de contractenrechtelijke leerstukken zelf en hoe er in de onderwijsverhouding gewerkt kan worden met het algemene contractenrecht zoals dat is neergelegd in Boek 6 BW, voordat naar een regeling in

10 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, en 6 Boek 7 titels, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 3, 4.

11 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, en 6 Boek 7 titels, 1, 7, 9 en 14, 1991), p. 4, 6.

Boek 7 wordt gegrepen. De noodzaak of behoefte moet zich in die zin eerst nog bewijzen. De conclusie luidt dan ook dat de introductie van de overeenkomst in Boek 7 BW nog niet aangewezen is. De overeenkomst lijkt als instrument om de rechtsverhouding te regelen nog niet te zijn ingeburgerd. Het zou goed zijn om het contractenrechtelijk perspectief eerst te bevorderen, óók bij de wetgever, die duidelijkheid zou kunnen verschaffen over de vraag of en in hoeverre de specifieke onderwijswetgeving doorwerkt in de rechtsverhouding, voor wat betreft de inhoud van de overeenkomst en ter zake van de verschillende bevoegdheden zoals opschorting en schorsing of ontbinding, opzegging en verwijdering.

Zou er in de toekomst wel worden gekozen voor een regeling in Boek 7 BW dan zou bij de verhouding tussen genoemde bevoegdheden expliciet stil kunnen worden gestaan. In dit verband zou er ook kunnen worden stilgestaan bij de vraag in hoeverre besluiten van openbare scholen omtrent toelating, schorsing en verwijdering hun karakter als besluit in de zin van de Awb behouden of daarvan worden ontdaan wanneer zij worden genomen binnen een contractuele rechtsverhouding.¹² In hoeverre zou een beslissing aan toepasselijkheid van de Awb worden onttrokken op het moment dat er wordt uitgegaan van een overeenkomst en eventueel wordt gekozen voor opschorting, ontbinding of opzegging in plaats van toelating, schorsing of verwijdering? En welke gevolgen zou dit meebrengen voor de rechterlijke competentie bij geschillen hieromtrent? Naar mijn idee kan het toelatingsbesluit door een openbare school dat zich laat vertalen in aanvaarding als besluit blijven worden gezien. Ook blijven schorsing en verwijdering door deze scholen als besluiten aan te merken. De toepassing van opschorting of ontbinding zou mijns inziens door de civiele rechter kunnen worden opgepakt, ook nu is de civiele rechter reeds aangewezen zich te buigen over zaken omtrent het openbaar (bijvoorbeeld ten aanzien van schadevergoeding) en bijzonder onderwijs (zowel ten aanzien van schadevergoeding als ten aanzien van toelatings-, schorsings- en verwijderingsgeschillen). Men zou zich evenwel ook omgekeerd kunnen afvragen of uitoefening van de opschortingsbevoegdheid door een openbare school (tevens) een besluit zou opleveren, bijvoorbeeld omdat deze als een gemengd privaat- en publiekrechtelijke rechtshandeling zou kunnen worden beschouwd. Hiermee samenhangend rijst de vraag in hoeverre dit implicaties heeft voor de rechterlijke competentie. Dreigt er te veel versnippering te ontstaan op het terrein van de diverse kwalificaties van beslissingen van scholen, de verschillende bevoegdheden die scholen toekomen en de rechterlijke competentie, dan is het wenselijk dat de wetgever hierin duidelijkheid verschaft. Wordt gekozen voor een nadere regeling in Boek 7 BW dan zouden dit soort vragen daarin of in de toelichting hierop kunnen worden ondervangen.

12 Vgl. in dit kader Vermeulen & Zoontjens 2006, onder par. 7, p. 16.

Andere onderwerpen die bijvoorbeeld in een regeling in Boek 7 BW zijn terug te vinden zijn bepalingen omtrent de hoofdverplichtingen die op partijen rusten, de beëindiging van de rechtsverhouding en het dwingende karakter van sommige bepalingen. Hier zou de wetgever zich dus over het al dan niet dwingende karakter van bepalingen uit de onderwijswetgeving kunnen uitspreken, al is dit met het oog op het dynamische karakter van de onderwijswetgeving en de diversiteit aan bepalingen misschien niet goed uitvoerbaar. Wel zou er wellicht in algemene zin stil kunnen worden gestaan bij de implicaties van onderwijswetgeving voor het contract. Ook is echter denkbaar de onderwijswetgeving zelf als plaats aan te wijzen waarin hiervan rekenschap wordt afgelegd.

6.6 AFRONDING EN AANBEVELING

Het onderzoek heeft laten zien hoe kernleerstukken uit het contractenrecht kunnen worden toegepast in het primair en voortgezet onderwijs, wat het instrumentarium meebrengt en te bieden heeft. Bezwaren in verband met de interactie tussen de publieke onderwijswetgeving en het privaatrechtelijke contractenrecht kunnen worden overwonnen. Het contractenrecht biedt bovendien overzichtelijke kaders die houvast geven bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen, van totstandkoming tot beëindiging van de rechtsverhouding. De leerstukken bieden ruimte om rekening te houden met de bijzondere context van het onderwijs.

Het is de wetgever aan te bevelen duidelijk te maken in hoeverre de onderwijswetgeving doorwerkt in de relatie met de leerling. Mijns inziens raken bepalingen die duidelijk gericht zijn op de leerling, die aldus (mede) de belangen van de leerling beogen te beschermen, de interne relatie tussen leerling en school en zouden daarom hierin kunnen doorwerken. Het kan daarbij gaan om zowel concrete als open normen. Gedacht moet worden aan met name bepalingen uit de onderwijswetgeving die, zoals eerder door mij onderscheiden en in algemene zin geformuleerd, de cognitieve aspecten, onderwijskundige uitgangspunten en maatschappelijke aspecten beslaan.¹³ De wetgever zou de praktijk faciliteren als hij zich uitlaat over het effect van de onderwijswetgeving op de overeenkomst tussen school, leerling en eventueel de ouders, indien en voor zover deze wordt gehanteerd.

Ten slotte, waar dit boek geen uitsluitsel biedt over het antwoord op de vraag of de rechtsverhouding in het primair en voortgezet onderwijs een overeenkomst is, biedt het wel aanknopingspunten ter ondersteuning van een keuze voor de overeenkomst. Rechtspraak en literatuur zouden een stap kunnen zetten door het uitgangspunt van dit proefschrift – de aanname dat

¹³ Zie par. 3.2.6.

er sprake is van een onderwijsovereenkomst – te verheffen tot uitgangspunt van de rechtsverhouding tussen school, leerling en eventueel de ouders.