

Verschillende zorgplichten – welke zorg?

School en Wet 2025/109

Het privaatrecht kent al heel lang het fenomeen ‘zorgplicht’, veelal gemaskeerd als een bepaalde mate van zorg die moe(s)t worden betracht. Volgens het BW uit 1838 moest de huurder het gehuurde als een goed huisvader gebruiken en moest de bewaarnemer voor de bewaarde zaak dezelfde zorg aanwenden als voor eigen zaken. Ook het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht draait in de kern om de vraag of voldoende zorg was betracht.

Deze zorgplichten zijn open normen, die voor de concrete situatie steeds opnieuw moeten worden ingevuld; inspanningsverplichtingen, geen resultaatsverbintenis. Zo ook in het civiele aansprakelijkheidsrecht in het onderwijs. Bij letselschade overwegen rechters dat op een school een zorgplicht rust onder meer ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen. En als het om studievertraging gaat, leggen de rechters de zorgplicht veelal uit als de zorg die van een redelijk bekwame en redelijk handelende onderwijsinstelling mocht worden verwacht, de zorgplicht uit de beroepsaansprakelijkheid.

Voor de nadere invulling van de zorgplicht van scholen is uiteraard een grote rol weggelegd voor de onderwijswetgeving. Als het bevoegd gezag een onderwijsrechtelijke verplichting niet nakomt, is dat een indicatie voor onrechtmatig handelen door de school. Het is echter geen vast gegeven. Voor de beoordeling is met name relevant of de onderwijsrechtelijke norm voldoende concreet genoeg is en of de norm strekt tot bescherming van de betrokken leerling. Is dat het geval, dan zal de schending van een onderwijsrechtelijke verplichting door het bevoegd gezag, ook een schending zijn van de civielrechtelijke zorgplicht van de school en leiden tot aansprakelijkheid van de school voor de schade van de leerling.

Enkele tientallen jaren geleden is ‘de zorgplicht’ ook in het publiekrecht beland. De wetgever gebruikt hiervoor vaak open normen, zodat de ‘normadressaat’ van de zorgplicht keuzevrijheid toekomt. Ook de onderwijswetgever maakt gebruik van dit, door Mentink genoemde ‘zorgplichten-model’, waarover Mentink¹ zelf dan weer zijn zorg uitte. Een van de laatst ingevoerde zorgplichten is die van passend onderwijs. In de memorie van toelichting overweegt de wetgever dat voor de bevoegde gezagsorganen in het funderend onderwijs *een zorgplicht* werd ingevoerd voor leerlingen met een specifieke ondersteuningsbehoefte. Hij licht vervolgens toe dat met de term ‘zorgplicht’ wordt bedoeld op de specifieke zorg (of ondersteuning) die het bevoegd gezag moet bieden aan de leerling met een extra ondersteuningsbehoefte.² De wetgever wilde op dat punt het bevoegd gezag de ruimte laten om zelf te bepalen welke ondersteuning de leerling nodig heeft; vandaar deze open norm.

Helaas is deze zorgplicht een eigen leven gaan leiden. Het woord ‘zorgplicht’ is namelijk niet in de sectorwetten opgenomen, maar is waarschijnlijk wel de meest gehoorde term in de onderwijs- en rechtspraktijk. Gedoeld wordt dan echter niet op de zorg die aan de leerling moet worden geboden, zoals de wetgever dat bedoelde, maar op de onderzoeksplicht en aanbodverplichting van het bevoegd gezag ten opzichte van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte, en in de sliptestroom ervan de verplichting om bij leerlingen die extra ondersteuning behoeven, een ontwikkelingsperspectief (opp) op te stellen en uit te voeren.

Deze onterechte koppeling is niet alleen onjuist, maar wekt ook verwarring. Het gebruik van de term ‘zorgplicht’ veronderstelt immers een keuzevrijheid, terwijl de drie voormelde wettelijke verplichtingen die niet bieden, want het zijn simpelweg wettelijke verplichtingen. Het bevoegd gezag moet op grond daarvan onderzoeken of een leerling extra ondersteuning heeft, hij moet de leerling toelaten of een andere school daartoe bereid vinden en hij moet

1 D. Mentink, ‘Nieuw beleids- en wetgevingsconcepten: nieuwe voorkeuren en verwachtingen’, *School en Wet* 2006-1, p. 10-14.

2 *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 3.

een opp opstellen als een leerling een extra ondersteuningsbehoefte heeft. Uiteraard ontstaan in deze situaties wel nadere vragen, zoals of (en zo ja, wanneer) een wettelijke verplichting ontstaat, maar *als* de wettelijke bepalingen van passend onderwijs van toepassing zijn, dan moet het bevoegd gezag de wettelijke verplichtingen nakomen. Dat staat niet ter discussie. Zou je zeggen.

Helaas laat de praktijk anders zien, zoals in het vonnis van de Rechtbank Amsterdam.³ Hierin werd de onderwijsrechtelijke 'zorgplicht' passend onderwijs beoordeeld in *het kader van* de civielrechtelijke zorgplicht van de school, aangezien de ouders schadevergoeding vorderden. Ouders stelden dat de school onrechtmatig had gehandeld door pas in 2021 een opp voor hun zoon op te stellen, terwijl hiervoor al in 2018 aanleiding was. De rechtbank lijkt de ouders impliciet gelijk te geven in deze stelling, maar overweegt dat het erom gaat of de school 'feitelijk' perspectief aan de leerling heeft geboden. Vervolgens beoordeelt de rechtbank de inspanningen van de school en beslist zij dat *"de school voldoende stappen heeft gezet, daarmee heeft voldaan aan haar zorgplicht en passend onderwijs heeft geboden. Door dit ook steeds te documenteren en met de ouders te delen, was er voldoende duidelijkheid en perspectief over de onderwijssituatie van [jongmeerderjarige]. Daardoor is het niet opstellen van een opp niet onrechtmatig."*

Ook de rechtbank maakt de voormelde onjuiste koppeling (r.o. 4.4) en legt art. 2.44 WVO 2020 vervolgens uit als een open norm, waaraan het bevoegd gezag zelf invulling mag geven. Dat is mijns inziens onjuist; die keuzevrijheid is er niet. Bovendien is deze onderwijsrechtelijke verplichting zodanig concreet geformuleerd en strekt deze tot de bescherming van de belangen van de leerling, dat schending hiervan mijns inziens leidt tot schending van de civielrechtelijke zorgplicht. Beoordeeld had daarom moeten worden of de school inderdaad eerder had moeten overgaan tot het opstellen van een opp en als daarvan sprake was, had dat moeten leiden tot het oordeel dat art. 2.44 WVO 2020 was geschonden en het bevoegd gezag onrechtmatig had gehandeld. In tweede instantie zou uiteraard aan de orde komen of er causaal verband bestaat tussen dit nalaten en de gestelde schade, maar dat had de vervolgvraag moeten zijn, niet de primaire vraag.

Door de primaire vraag over te slaan, krijgen de ouders niet de mogelijkheid om het causaal verband te bewijzen, al dan niet bewijsrechtelijk geholpen door proportionele aansprakelijkheid of verlies van een kans. Maar vooral krijgt het bevoegd gezag ten onrechte het rechterlijke signaal dat het een *keuze* zou zijn om al dan niet aan de wettelijke bepalingen van passend onderwijs te voldoen, in dit geval een opp op te stellen, en dat was nu juist *niet* de bedoeling van de wetgever. Het gebruik van de term 'zorgplicht' in het kader van passend onderwijs is dus verre van passend.

³ Rb. 9 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7003.