

Rechtsbescherming van de leerling of de student in Nederland, in het bijzonder ten aanzien van examens

*J.S. Buiting**



De rechtsbescherming van de leerling of student in Nederland is complex en kan verschillen per onderwijssector en naargelang de school openbaar of bijzonder is. Uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de vaststelling van de uitslag van een examen aangemerkt moet worden als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In het primair en voortgezet onderwijs staat echter geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen beoordelingsbeslissingen en is de bestuursrechter derhalve niet bevoegd. In deze sectoren is de burgerlijke rechter bevoegd. Mede door een recente wetwijziging kan in het hoger en middelbaar beroepsonderwijs via een omweg wel beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld tegen de vaststelling van de uitslag van een tentamen of examen. Zowel de bestuurs- als de burgerlijke rechter toetsen beslissingen inzake examens evenwel terughoudend, zij gaan namelijk uit van de deskundigheid van de leraar.

I. Inleiding

De rechtsbescherming van de leerling en student in Nederland is volop in beweging. In 2023 treedt namelijk een wetwijziging in werking waarmee studenten in het middelbaar beroepsonderwijs voortaan met geschillen terecht kunnen bij de bestuursrechter. Ook wordt met dit wetsvoorstel het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) – een bijzondere bestuursrechter voor het hoger onderwijs – opgeheven¹. Daarnaast oordeelde de

Hoge Raad in 2019 dat de vaststelling van de uitslag van een centraal examen in het voortgezet onderwijs aangemerkt moet worden als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht². Dit had tot gevolg dat in beginsel het bestuursrecht van toepassing is op een dergelijk besluit.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de rechtsbescherming van de leerling in het primair en voortgezet onderwijs (ofwel het basis en secundair onderwijs) en de student in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs (ofwel het secundair onderwijs gericht op de praktijk en het hoger onderwijs), waar bovenstaande ontwikkelingen een voorbeeld van zijn. Daartoe wordt eerst de rechtsbescherming van de leerling en student in het algemeen toegelicht (§ II). Vervolgens wordt nader ingegaan op de rechtsbescherming inzake examens. Met examens

* Job Buiting is als wetgevingsjurist werkzaam bij het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en schrijft een proefschrift over de autonomie van de leraar bij het nemen van examenbeslissingen. Deze bijdrage is gebaseerd op een hoofdstuk uit zijn proefschrift en is op persoonlijke titel geschreven. In deze bijdrage wordt op de in Nederland gebruikelijke wijze verwezen naar onder meer literatuur en rechtspraak.

1 *Staatsblad (Stb.)* 2022, 134 en *Kamerstukken II* 2020/21, 35 625, nrs. 1-3.

2 Hoge Raad 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1243.

worden in deze bijdrage de beslissingen bedoeld waarmee het onderwijs in een bepaalde sector wordt afgesloten; een examen kan bestaan uit meerdere deexamens of tentamens. Meer specifiek valt onder een examen in deze bijdrage het schooladvies in het primair onderwijs, de examens in het voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs en de tentamens in het hoger onderwijs. Om vast te stellen of op een examen het bestuurs- of burgerlijk recht van toepassing is, moet eerst worden onderzocht of de vaststelling van de uitslag van een examen een besluit is in de zin van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht (Awb) (§ III). Vervolgens wordt toegelicht dat in beginsel geen beroep openstaat bij de bestuursrechter als het gaat om een beslissing inzake de beoordeling van een leerling of een student (§ IV). In § V wordt toegelicht wat dit in de verschillende onderwijssectoren betekent voor de bevoegdheid van de bestuurs- en burgerlijke rechter. Ten slotte wordt in § VI beschreven welk toetsingskader deze rechters hanteren bij de verschillende examens.

II. Rechtsbescherming van de leerling of de student in het algemeen

II.1 Primair en voortgezet onderwijs

Nederland heeft een uit artikel 23 van de Grondwet voortvloeiend duaal onderwijsbestel met zowel openbare als bijzondere scholen. Openbare scholen zijn van overheidswege ingesteld en geven neutraal onderwijs. Deze scholen worden in stand gehouden door een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtspersoon³. Daarnaast zijn er bijzondere scholen, opgericht vanuit een privaatrechtelijke rechtspersoon, die een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke richting aanhangen. Het voorgaande is van belang omdat het soort school bepalend kan zijn voor de vraag welke rechter bevoegd is bij een geschil met een leerling.

Een school wordt in stand gehouden of bestuurd door het bevoegd gezag⁴. Voor de openbare scholen die uitgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon, geldt dat het bevoegd gezag een zogenaamd *a-orgaan* in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder a van de Awb is. Dit betekent dat deze school voor al haar handelen wordt aangemerkt als bestuursorgaan waarop de Awb van toepassing is. De leerling dient tegen beslissingen van een openbare school die een uitoefening zijn van openbaar gezag, waarbij eenzijdig de rechtspositie van de leerling wordt bepaald, beroep in te stellen bij de bestuursrechter.

³ Zie bv. art. 1 Wet op het voortgezet onderwijs 2020 (Wvo 2020).

⁴ Art. 1 Wpo, art. 1 Wvo 2020, art. 1.1.1, onder w Web. In de Whw wordt het begrip ‘instellingsbestuur’ gehanteerd in de plaats van ‘bevoegd gezag’ (art. 1.1 Whw). Ten behoeve van de leesbaarheid wordt in deze bijdrage consequent gesproken over ‘bevoegd gezag’.

Dit is bijvoorbeeld het geval bij toelating, schorsing of verwijdering van een leerling⁵. Dit geldt eveneens voor openbare scholen die in stand worden gehouden door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Het bevoegd gezag wordt in dat geval met betrekking tot alle taken en bevoegdheden die het heeft op grond van de wet aangemerkt als bestuursorgaan⁶. De onderwijswetten zijn namelijk, voor wat betreft het openbaar onderwijs, aan te merken als algemeen verbindende voorschriften⁷.

Bijzondere scholen worden in stand gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen. De onderwijswetten zijn voor bijzondere scholen voorwaarden om voor bekostiging in aanmerking te komen; hier kunnen dan ook in beginsel geen publiekrechtelijke bevoegdheden aan ontleend worden. De verhouding tussen het bevoegd gezag en de leerling op een bijzondere school wordt daarnaast in beginsel beheerst door de privaatrechtelijke rechtsverhouding die tussen hen bestaat. Toelating, schorsing of verwijdering van een leerling van een bijzondere school wordt, anders dan bij een openbare school, niet als besluit in de zin van de Awb aangemerkt⁸. Deze beslissingen worden namelijk beheerst door het privaatrecht, ook is de burgerlijke rechter bevoegd bij geschillen hierover. Een bijzondere school wordt in enkele gevallen wel aangemerkt als bestuursorgaan, namelijk in zoverre specifiek sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid met extern rechtsgevolg. Zoals toegelicht, wordt in § III dit bijvoorbeeld het geval bij het vaststellen van de uitslag van een examen.

II.2 Middelbaar beroeps- en hoger onderwijs

De wetgever heeft voor het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs een eigen rechtsgang voor de student gecreëerd⁹. Voor de rechtsgang van de student is daardoor niet relevant of het een openbare of een bijzondere school betreft en of deze school in stand wordt gehouden door een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtspersoon. Ten aanzien van de rechtsbescherming van de student worden in 2023 een aantal belangrijke

⁵ B.P. VERMEULEN en P.J.J. ZOONTJENS, “Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht” in C.A.J.M. KORTMANN e.a., *De Awb en de bijzondere wetgeving*, VAR reeks 124, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2000, p. 103.

⁶ P.J.J. ZOONTJENS, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2019, p. 439, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3128 en ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885.

⁷ J.A. DE BOER e.a., *Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving*, Leiden 2013, p. 11.

⁸ Zie bv. Rb. Midden-Nederland 20 juni 2022, ECLI:NL:RBME:2022:2442.

⁹ Zie hoofdstuk 7, titel 4 Whw en hoofdstuk 7, titel 5 Web. Deze bijzondere rechtsgang wordt voor het middelbaar beroepsonderwijs per 1 augustus 2023 van kracht.

wijzigingen doorgevoerd. Met ingang van 1 januari 2023 wordt het CBHO opgeheven en per 1 augustus 2023 wordt de rechtsbescherming in het middelbaar beroepsonderwijs grotendeels geharmoniseerd met de rechtsbescherming in het hoger onderwijs¹⁰. In deze bijdrage wordt uitgegaan van de regelgeving zoals die luidt per 1 augustus 2023.

De rechtsgang van de student wijkt op een aantal punten af van de Awb. Er hoeft namelijk geen sprake te zijn van een besluit in de zin van de Awb om in bezwaar en beroep te gaan. Voor bepaalde beslissingen is daarnaast een bijzondere vorm van administratief beroep opengesteld. Hierna wordt ingegaan op het instellen van administratief beroep, het indienen van bezwaar en het instellen van beroep bij de bestuursrechter.

II.2.a Intern beroep bij het Cbe

Alvorens beroep in te stellen bij de bestuursrechter moet de student ten aanzien van bepaalde beslissingen eerst administratief beroep instellen bij het college of de commissie van beroep voor de examens¹¹. Beide worden in het vervolg Cbe genoemd. Het Cbe oordeelt in een bijzondere vorm van administratief beroep. Bij administratief beroep beslist een ander orgaan van de rechtspersoon in beroep over de rechtmatigheid van de betreffende beslissing¹². Administratief beroep bij het Cbe leidt tot een nieuwe beslissing waartegen vervolgens beroep ingesteld kan worden bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling). Het Cbe kan beslissingen enkel geheel of gedeeltelijk vernietigen¹³. Zijn eigen beslissing kan het Cbe dan ook niet in de plaats stellen van de beslissing van bijvoorbeeld de examencommissie. Wel kan het Cbe bepalen dat bijvoorbeeld een tentamen of een examen opnieuw wordt afgenomen onder door het Cbe te stellen voorwaarden.

Bij het Cbe kan zowel in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs beroep worden ingesteld tegen beslissingen van de examencommissie of de examinator¹⁴. Hieronder vallen de vaststelling van de uitslag van tentamens en examens, maar ook beslissingen over bijvoorbeeld fraude en vrijstellingen. Ook staat bij het Cbe beroep open tegen beslissingen inzake het bindend studieadvies¹⁵. Het Cbe in het hoger onderwijs is ten slotte onder meer bevoegd ten aanzien van het aanvullend onderzoek in het kader van

nadere vooropleidingseisen en beslissingen die zien op de toelatingseisen van masteropleidingen¹⁶.

II.2.b Bezwaar bij bevoegd gezag

Tegen beslissingen van het bevoegd gezag jegens een student waartegen geen administratief beroep openstaat bij het Cbe, kan de student in bezwaar bij het bevoegd gezag¹⁷. Bij administratief beroep oordeelt een ander orgaan van de rechtspersoon over de rechtmatigheid van het betreffende besluit, terwijl bij bezwaar het orgaan dat de primaire beslissing heeft genomen, volledig heroverweegt of dit besluit juist is. Het bevoegd gezag dient binnen tien weken na ontvangst van het bezwaarschrift te beslissen. Anders dan het Cbe kan het bevoegd gezag dan ook zelf direct een inhoudelijk andere beslissing nemen. De ratio hierachter is dat het bevoegd gezag in bezwaar opnieuw beslist over zijn eigen beslissing, terwijl het Cbe beslist over een beslissing van een ander orgaan van de instelling. Het Cbe kan niet zelf in de zaak voorzien omdat het de beoordelingsvrijheid van het andere orgaan moet respecteren. Alvorens het bevoegd gezag beslist op het bezwaar brengt een geschillenadviescommissie advies uit aan het bevoegd gezag over de bezwaren; ook gaat deze commissie na of een minnelijke schikking mogelijk is.

II.2.c Beroep op de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

Op grond van de Awb staat in beginsel enkel beroep open bij de bestuursrechter tegen besluiten in de zin van de Awb¹⁸. Daarvan is in het onderwijs maar in een beperkt aantal gevallen sprake. In het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs worden echter, voor wat betreft een beroep van de student op de bestuursrechter, beslissingen van het bevoegd gezag jegens de student op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw) en de Wet educatie en beroepsonderwijs (Web) aangemerkt als besluiten in de zin van de Awb¹⁹. Tegen deze beslissingen kan dan ook beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. Alvorens beroep in te stellen dient de student naargelang de beslissing eerst administratief beroep in te stellen bij het Cbe of bezwaar te maken bij het bevoegd gezag. Tegen de beslissing van het Cbe of de beslissing op bezwaar staat beroep open bij de bestuursrechter. Deze bestuursrechter was voor studenten in het hoger onderwijs tot 1 januari 2023 het CBHO. Dit was een bijzondere bestuursrechter die enkel bevoegd is ten aanzien van geschillen tussen studenten

10 Stb. 2022, 134 en 264.

11 Art. 7.60 t.e.m. 7.63 Whw en art. 7.5.3 t.e.m. 7.5.4 Web. In het hoger onderwijs wordt het Cbe voluit College van beroep voor de examens genoemd; in het middelbaar beroepsonderwijs wordt het Cbe voluit Commissie van beroep voor de examens genoemd.

12 C.H. BANGMA en C.S. VALKENBURG, *Bezwaar en administratief beroep*, Deventer, Kluwer, 2005. p. 14.

13 Art. 7.61, vijfde lid Whw en art. 7.5.4, zesde lid Web.

14 Art. 7.61, eerste lid, onder e Whw en 7.5.4, eerste lid Web.

15 Art. 8.1.7a, vijfde lid Web en art. 7.61, eerste lid Whw.

16 Art. 7.61, eerste lid Whw.

17 Art. 7.5.7 en 7.5.8 Web en art. 7.63a en 7.63b Whw.

18 Art. 8.4, derde lid, onder b Awb.

19 Art. 7.5.9, eerste lid Web en art. 7.64, eerste lid Whw.

en instellingen voor hoger onderwijs²⁰. Het CBHO is per 1 januari 2023 opgeheven. Vanaf dit moment staat dan ook beroep open bij de Afdeling²¹. Studenten uit het middelbaar beroepsonderwijs kunnen per 1 augustus 2023 ook beroep instellen bij deze bestuursrechter tegen beslissingen van het Cbe of beslissingen op bezwaar.

De rechtsgang voor studenten in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs leidt er uiteindelijk toe dat de student beroep dient in te stellen bij een bestuursrechter. Dit is eigenaardig omdat een deel van de instellingen voor hoger onderwijs en alle mbo-instellingen in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen²². Deze instellingen hebben ook een privaatrechtelijke rechtsbetrekking met de student. Deze rechtsbetrekking wordt ingevuld door de onderwijswetten en de regels en het beleid van het bevoegd gezag²³. Van een overeenkomst tussen het bevoegd gezag en de student is in de praktijk dan ook geen sprake²⁴. Op de rechtsbetrekking tussen het bevoegd gezag en de student is het bestuursrecht in beginsel niet van toepassing. De wetgever heeft evenwel besloten om tegen alle beslissingen van het bevoegd gezag jegens de student beroep open te stellen bij de Afdeling, dit is een bestuursrechter. Hiervoor is gekozen omdat bij de Afdeling kennis van het onderwijsrecht is geconcentreerd binnen één rechterlijk college, deze rechtsgang minder formeel is, het griffierecht lager is en omdat de student in beginsel niet veroordeeld kan worden tot het vergoeden van de proceskosten van de wederpartij²⁵. Voor de student en het bevoegd gezag betekent dit dat tussen hen steeds het privaatrecht van toepassing is, tot het moment dat zij een geschil met elkaar hebben. Vanaf het moment dat de student beroep instelt bij de bestuursrechter, wordt de beslissing, die in geschil is, namelijk aangemerkt als besluit in de zin van de Awb. Vanaf dat moment is op de betreffende beslissing de Awb van toepassing en moet deze beslissing onder meer voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

III. Examens als besluiten in de zin van de Awb

III.1 Ontwikkeling van examens als besluiten in de zin van de Awb

In § II.1 is uiteengezet dat ten aanzien van beslissingen van het bevoegd gezag van openbare scholen vaak

de bestuursrechter bevoegd is. Terwijl ten aanzien van beslissingen van het bevoegd gezag van een openbare en bijzondere school, ingesteld krachtens een privaatrechtelijke rechtspersoon, doorgaans de burgerlijke rechter bevoegd is. Om te bepalen welke rechter in een specifiek geval bevoegd is, moet worden bepaald of sprake is van een besluit in de zin van de Awb. Dit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Is hier sprake van, dan in is in beginsel de bestuursrechter bevoegd.

Het was lange tijd onduidelijk of tentamens, toetsen of deelexamens die gezamenlijk het examen vormen, aangeduid kunnen worden als besluiten in de zin van de Awb. Daarbij stond de vraag centraal in hoeverre de vaststelling van de uitslag van het examen extern rechtsgevolg heeft. Om van een besluit in de zin van de Awb te kunnen spreken, moet de vaststelling van de uitslag van het examen namelijk rechtsgevolg hebben buiten de school of de instelling.

De jurisprudentie liet wat dit betreft een wisselend beeld zien. In 2000 bepaalde de Afdeling dat de examencommissie van een bijzondere instelling met openbaar gezag was bekleed bij het uitreiken van het getuigschrift²⁶. Dit gold ook voor de examinatoren die de tentamens beoordeelden. Het tentamen maakte namelijk onderdeel uit van het examen dat direct leidde tot het getuigschrift. Het getuigschrift brengt voor de student rechten met zich, zoals het recht om een titel of een graad op te nemen in zijn naamsvermelding. Zowel het uitreiken van het getuigschrift als de vaststelling van de uitslag van het tentamen was volgens de Afdeling daarom een besluit in de zin van de Awb. De bestuursrechter was dan ook bevoegd inzake examengeschillen. Het beroep van een student die in 2001 beroep instelde bij de burgerlijke rechter, werd niet ontvankelijk verklaard; de bestuursrechter was immers bevoegd²⁷.

In 2005 koos de Afdeling een andere lijn²⁸. Het ging *in casu* om de beoordeling van een stage in het hoger onderwijs. De beoordeling van een stage is een tentamen in de zin van de Whw. De Afdeling stelt vast dat de betreffende hogeschool een bijzondere instelling is, die uitgaat van een rechtspersoon die is ingesteld krachtens privaatrecht. De beoordeling van het tentamen wordt volgens de Afdeling daarom louter beheerst door de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de student en de hogeschool. Van een besluit in de zin van de Awb was dan ook geen sprake.

20 Art. 7.64 Whw.

21 Stb. 2022, 134 en 264.

22 Zie de bijlage bij de Whw en R. VAN SCHOONHOVEN, "De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet", *NTOR* 2019, nr. 2, p. 73-74.

23 Denk bv. aan de onderwijs- en examenregeling (art. 7.4.8 Web en 7.13 Whw).

24 De onderwijsovereenkomst die in het Mbo gebruikelijk is, verdwijnt per 1 augustus 2023 (zie art. 8.1.3 Web en Stb. 2022, 134).

25 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 625, nr. 3, p. 12.

26 ABRvS 17 juli 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6722, AB 2000, 446, m.nt. B.P. VERMEULEN. Zie ook P.W.A. HUISMAN en B.P. VERMEULEN, "De juridische status van examenbeslissingen in België en Nederland" in K. GEENS e.a. (ed.), *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, p. 135-142.

27 Rb. Arnhem 17 augustus 2001, ECLI:NL:RBARN:2001:AB6598.

28 ABRvS (vz.) 19 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4973, AB 2006, 35, m.nt. B.P. VERMEULEN.

Later in 2005 en 2006 bevestigde de Afdeling nogmaals dat examinatoren in het hoger onderwijs, inzake de beoordeling van tentamens, niet met openbaar gezag zijn bekleed²⁹. Het tentamen kon dan ook niet worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb. Enkel het uitreiken van een getuigschrift werd als besluit aangemerkt en niet de vaststelling van de uitslag van de tentamens die hieraan voorafgingen.

Na de uitspraak van de Afdeling werden zaken over examens doorgaans voorgelegd aan de burgerlijke rechter³⁰. Studenten in het hoger onderwijs konden daarnaast sinds 2010 met dergelijke geschillen terecht bij het CBHO. De vraag of een examen aangemerkt moest worden als een besluit in de zin van de Awb, werd echter weer actueel in 2019, toen een leerling in het voortgezet onderwijs tot de Hoge Raad procedeerde over de beoordeling van haar examen. De betreffende leerling had voor haar centraal eindexamen Frans een 4,0 behaald, terwijl ze met een 4,1 zou zijn geslaagd³¹. De Hoge Raad moest onder meer beoordelen of de bestuurs- of de burgerlijke rechter in dit geval bevoegd was.

In zijn advies aan de Hoge Raad stelde de advocaat-generaal dat beslissingen van het bevoegd gezag van een bijzondere school in beginsel privaatrechtelijk van aard zijn³². Tenzij het bij de betreffende beslissing gaat om uitoefening van openbaar gezag en aan die beslissing extern rechtsgevolg kleeft. Daarvan is volgens de advocaat-generaal bij het centraal examen sprake. Het afnemen van dit examen heeft namelijk een wettelijke grondslag. Ook bepaalt dit examen volgens de advocaat-generaal *rechtstreeks* de rechtspositie van de kandidaat, omdat het cijfer bepalend is voor de vraag of een diploma kan worden verstrekt. De Hoge Raad volgt het advies van de advocaat-generaal en stelt vast dat de vaststelling van de uitslag van het centraal examen een besluit in de zin van de Awb is. Zoals toegelicht zal worden in § IV, betekent dit overigens niet dat de bestuursrechter ook bevoegd is.

III.2 Eindexamen in het voortgezet onderwijs

Uit het voorgaande blijkt dat de vaststelling van de uitslag van het centraal examen aangemerkt moet worden als besluit in de zin van de Awb. Het eindexamen in het voortgezet onderwijs bestaat echter niet enkel uit een centraal examen, maar ook uit een schoolexamen. Voor vakken die zowel bestaan uit een school- en een centraal examen, wordt het cijfer gevormd uit het gemiddelde cijfer. Het centraal examen wordt opgesteld door het College voor Toetsen en Examens (CvTE), ook stelt het CvTE de beoordelingsnormen op. Het is vervolgens aan het bevoegd gezag om het examen af te nemen en te beoordelen met een leraar van een andere school. Het schoolexamen wordt daarentegen louter opgesteld en beoordeeld door het bevoegd gezag. Mijns inziens is de vaststelling van de uitslag van het schoolexamen, net als van het centraal examen, evenwel een besluit in de zin van de Awb. De bevoegdheid om de uitslag van dit examen vast te stellen, berust immers op een wettelijke grondslag en de uitslag van het schoolexamen is, net als van het centraal examen, bepalend voor de vraag of het diploma verstrekt kan worden.

III.3 Schooladvies en doorstroomtoets in het primair onderwijs

Het primair onderwijs wordt niet afgesloten met een examen, maar met het schooladvies³³. Het schooladvies komt tot stand uit een weging van de leerresultaten en de (sociaal-emotionele) ontwikkeling van de leerling over de afgelopen jaren. Met het schooladvies wordt bepaald tot welk niveau van voortgezet onderwijs de leerling toegelaten moet worden³⁴. Het schooladvies kan door het bevoegd gezag naar boven worden bijgesteld als de resultaten op de doorstroomtoets hoger uitvallen dan het schooladvies³⁵. Het bevoegd gezag stelt het schooladvies vast op grond van artikel 45b, eerste lid van de Wet op het primair onderwijs (Wpo). De vaststelling van het schooladvies is dan ook gebaseerd op een publiekrechtelijke grondslag. Om van een besluit in de zin van de Awb te kunnen spreken, moet daarnaast sprake zijn van extern rechtsgevolg. Daarvan is bij het schooladvies sprake. Het bevoegd gezag van de school voor voortgezet onderwijs moet de toelating van een leerling tot deze school baseren op het definitieve

29 ABRvS 21 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU8466, AB 2006, 58, m.nt. B.P. VERMEULEN en ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273, m.nt. B.P. VERMEULEN. Zie ook B.P. VERMEULEN, "De Awb en het onderwijsrecht" in T. BARKHUYSEN e.a. (ed.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 393.

30 Zie bv. Rb. Gelderland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4052; Rb. Arnhem 9 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP8106 en Rb. Rotterdam 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6729.

31 Zie over deze zaak ook N.C. ENGEL en M.S.P. VAN DEN HOVE, "Geslaagd of afgewezen? De juridisch juiste rechtsingang bij een geschil over de inhoudelijke beoordeling van het eindexamen", *School en Wet* 2022, nr. 4, p. 11- 18. en B. VORSTERMANS, "Kroniek: Toetsing, beoordeling en examinering", *School en Wet* 2022, nr. 4, p. 19-27.

32 Concl. Adv. Gen. De Bock 19 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:509.

33 Art. 45d Wpo (*Stb.* 2022, 135). Met ingang van het schooljaar 2023-24 wordt het schooladvies gewijzigd en verandert de eindtoets in de doorstroomtoets. In dit artikel wordt aangesloten bij de wijzigingen die vanaf dat moment van kracht worden. Zie hierover uitgebreider J.S. BUITING, "Wetsvoorstel doorstroomtoetsen: verbetering voor de overgang van po naar vo", *School en Wet* 2021, nr. 2, p. 15-21 en J.S. BUITING, "Wetsvoorstel doorstroomtoetsen (deel II), is het schooladvies niet langer leidend?", *School en Wet* 2022, nr. 2, p. 5-11.

34 Art. 45d, eerste lid Wpo (*Stb.* 2022, 135) en art. 8.6, tweede lid Wvo, 2022.

35 Art. 45d, tweede lid Wpo (*Stb.* 2022, 135).

schooladvies³⁶. Het definitieve schooladvies is dan ook een besluit in de zin van de Awb³⁷.

III.4 Examens in het middelbaar beroepsonderwijs en tentamens in het hoger onderwijs

Het examen in het middelbaar beroepsonderwijs bestaat, net als het examen in het voortgezet onderwijs, uit een centraal examen en een examen dat door de instelling wordt opgesteld en afgenomen³⁸. Het met goed gevolg afleggen van deze examens leidt tot een diploma waarmee de student bijvoorbeeld kan doorstromen naar een andere vorm van onderwijs. Deze examens hebben dan ook extern rechtsgevolg en moeten worden aangemerkt als besluiten in de zin van de Awb. Dit geldt tevens voor de tentamens in het hoger onderwijs. In het hoger onderwijs vormen alle tentamens van de opleiding gezamenlijk het examen. Het vaststellen van de uitslag van het tentamen berust op een wettelijke grondslag en de uitslag van elk tentamen is bepalend voor de vraag of een diploma, waarmee de student bepaalde rechten krijgt, verstrekt kan worden³⁹. Ook de vaststelling van de uitslag van een tentamen in het hoger onderwijs moet dus als een besluit in de zin van de Awb worden aangemerkt. In de praktijk is het voorgaande echter nauwelijks van belang voor de student. Uit de Web en de Whw vloeit namelijk rechtstreeks voort dat een beslissing van de instelling jegens de student, voor wat betreft het beroep bij de Afdeling, wordt aangemerkt als besluit in de zin van de Awb⁴⁰.

IV. Beoordelingsbeslissingen in het bestuursrecht

Hiervoor is beschreven dat het schooladvies, de examens in het voortgezet en het middelbaar beroepsonderwijs en de tentamens in het hoger onderwijs aangemerkt moeten worden als besluiten in de zin van de Awb. Tegen dergelijke besluiten staat normaliter beroep open bij de bestuursrechter. In de Awb is echter bepaald dat tegen besluiten inzake het kennen of het kunnen van een leerling geen beroep openstaat bij de bestuursrechter. Deze besluiten worden ook wel beoordelingsbeslissingen genoemd.

Dat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open zou moeten staan tegen beoordelingsbeslissingen, werd door

de wetgever in 1976 bepaald in de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet AROB)⁴¹. De wetgever maakte in de toelichting bij de Wet AROB niet duidelijk waarom hiervoor is gekozen. In de memorie van toelichting staat slechts dat *het duidelijk is* dat de betreffende beslissingen zich niet lenen voor beoordeling door de administratieve rechter⁴². Uit de literatuur van destijds blijkt evenwel dat dit geenszins duidelijk was⁴³. STEENBEEK schrijft dat mogelijk voor deze uitzondering is gekozen om te voorkomen dat te veel zaken worden aangespannen over beoordelingsbeslissingen⁴⁴. Het is STEENBEEK echter niet duidelijk waarom geen beroep open zou kunnen staan indien een student bij het examen onbehoorlijk wordt behandeld of in het geval dat de beoordeling bij een toets duidelijk willekeurig is⁴⁵. Onder de Wet AROB zijn slechts vijf uitspraken gepubliceerd over de vraag of tegen een bepaald besluit beroep openstaat bij de bestuursrechter, omdat het een beslissing inzake het kennen of het kunnen van iemand zou betreffen. Geen van deze zaken had betrekking op de beoordeling van een leerling of een student; de onderwijswetten waren namelijk middels een ‘negatieve lijst’ uitgezonderd van de Wet AROB⁴⁶. De bestuursrechter nam aan dat van een beoordelingsbeslissing sprake was bij de verlening van een rijbewijs, een besluit over de bevoegdheid tot het geven van rijles, het beëindigen van de proeftijd van een ambtenaar en een besluit over het opnemen van een bejaarde in een verzorgingshuis⁴⁷.

In 1992 werd de Wet AROB vervangen door de Awb. In tegenstelling tot haar voorgangers kent de Awb geen negatieve lijst. Alle (onderwijs)wetten vallen in beginsel dan ook onder de werkingssfeer van de Awb. Ook heeft de wetgever met de Awb verduidelijkt dat de regel, dat geen beroep openstaat tegen beoordelingsbeslissingen, enkel van toepassing is op kandidaten en leerlingen die ter zake zijn geëxamineerd of op enigerlei andere wijze zijn getoetst⁴⁸. Blijkens de memorie van toelichting bij de Awb zou deze regel zien op een beoordeling die ten grondslag ligt aan intellectuele en fysieke vaardigheden die door studie of oefening verkregen kunnen worden⁴⁹. Enkel beslissingen over diegenen die zijn “opgegaan voor

36 Art. 8.6 Wvo 2020.

37 Zie hierover ook J.S. BUITING, 2021, p. 16 en *Kamerstukken II* 2020/21, 35 671, 3, p. 3, vn. 9.

38 Art. 7.4.3a Web en art. 3, derde lid Examen- en kwalificatiebesluit Web.

39 Art. 16 Examen- en kwalificatiebesluit Web en art. 7.4.6, tweede lid Web.

40 Art. 7.5.9, eerste lid Web en art. 7.63, eerste lid Whw (*Stb.* 2022, 134).

41 Art. 6, tweede en derde lid Wet AROB.

42 *Kamerstukken II* 1970/71, 11 279, 3, p. 10.

43 P.J.J. ZOONTJENS, “Rechtsbescherming bij beoordelingsbeslissingen door de onafhankelijke rechter”, *School en Wet* 1989, nr. 6, p. 114.

44 J.H. STEENBEEK, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, 's-Gravenhage, Vuga, 1988, p. 188.

45 J.H. STEENBEEK, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, 's-Gravenhage, Vuga, 1979, p. 113.

46 Art. 6, eerste lid Wet AROB.

47 ABRvS (vz.) 13 juni 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AM963; ARRvS 8 september 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN3466, m.nt. A.F.M. BRENNINKMEIJER; ARRvS 25 september 1978, ECLI:NL:RVS:1978:AM4487 en ARRvS 3 januari 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4643.

48 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 2.

49 Deze formulering is afkomstig uit de noot van J.H. VAN DER VEEN bij de Afdeling Rechtspraak 9 augustus 1982, AB 1982, nr. 538.

een proef of een examen [cursivering komt voort uit de betreffende memorie van toelichting]” dienen dan ook onder de uitzondering geschaard te worden⁵⁰.

Van een beoordelingsbeslissing is sprake als de beslissing 1) een oordeel inhoudt over het kennen of kunnen 2) van een leerling of een student 3) aan de hand van een proef⁵¹. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een tentamen, een (deel) examen, de toelating van een leerling tot een school of een opleiding of de bevordering van een leerling naar een volgend schooljaar. Van een beoordelingsbeslissing is geen sprake bij een beslissing inzake fraude bij een tentamen of een examen of het verlenen van een vrijstelling op basis van reeds behaalde resultaten⁵². In die gevallen is namelijk geen sprake van een *directe* toets van het kennen of het kunnen van de leerling of de student.

In de Awb is tevens bepaald dat geen beroep bij de bestuursrechter openstaat tegen de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor examinering of toetsing⁵³. Een uitspraak van de bestuursrechter, lang na afloop van het examen, zou volgens de wetgever namelijk tot grote praktische problemen kunnen leiden. Het zou dan volgens de wetgever vrijwel ondoenlijk zijn om de examens in het algemeen te herzien; dit zou de leerling, die inmiddels aan een vervolgopleiding is begonnen, voor grote problemen stellen.

De uitzondering voor beoordelingsbeslissingen in de Awb luidt momenteel als volgt:

“3. Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit:
[...]
b. inhoudende een beoordeling van het kennen of het kunnen van een kandidaat of een leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst, dan wel inhoudende de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor die examinering of toetsing.”⁵⁴

Onder de Awb is de ratio achter de regel, dat geen beroep ingesteld kan worden tegen beoordelingsbeslissingen, duidelijker geworden. DE BOER e.a. nemen aan dat de ratio

hierachter vermoedelijk is geweest dat de rechter weinig kan toevoegen aan de inhoudelijke beoordeling van de leerling door de leraar⁵⁵. NOORLANDER gaat ervan uit dat het oordeel over bijvoorbeeld een examen overgelaten moet worden aan de deskundige; hierbij verwijst hij naar de pedagogische (beoordelings)vrijheid van de leraar⁵⁶. In 2001 bepaalde de Afdeling dat deze regel bedoeld is om het oordeel over bijvoorbeeld een examen over te laten aan de deskundige, namelijk de leraar⁵⁷. De Afdeling oordeelt dat dit een beperking tot de toegang tot de bestuursrechter inhoudt, maar dat deze beperking een legitiem doel dient. Dit draagt er namelijk aan bij dat het oordeel over het kennen of het kunnen van een leerling of een student wordt overgelaten aan personen die daartoe de vereiste deskundigheid bezitten. De bestuursrechter mengt zich dan ook niet in beoordelingsbeslissingen omdat het nemen van dergelijke beslissingen primair de taak van de deskundige leraar is.

V. De bevoegde rechter bij de verschillende examens

In § III is toegelicht dat het schooladvies, examens en tentamens aangemerkt moeten worden als besluiten in de zin van de Awb. Vervolgens is in § IV toegelicht dat tegen dergelijke besluiten in beginsel geen beroep openstaat bij de bestuursrechter. Dit is het geval ten aanzien van het schooladvies in het primair onderwijs en het centraal- en het schoolexamen in het voortgezet onderwijs. Ten aanzien van die besluiten staat op grond van artikel 8.4, derde lid, onder b van de Awb *jo.* 7.1, eerste lid van de Awb immers geen bezwaar en geen beroep open. Dit betekent niet dat voor de leerling tegen deze beslissingen geen rechtsbescherming openstaat. De burgerlijke rechter is namelijk als ‘restrechter’ bevoegd in zaken waar de bestuursrechter niet bevoegd is. Op het toetsingskader van de burgerlijke rechter ten aanzien van examens wordt dieper ingegaan in § VI.1.

Net als in het primair en voortgezet onderwijs staat er in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs in principe geen beroep open op de bestuursrechter ten aanzien van beoordelingsbeslissingen⁵⁸. Alvorens beroep in te stellen bij de bestuursrechter dient de student, zoals toegelicht in § II.3.a, echter op grond van de Web of de Whw eerst administratief beroep in te stellen bij het Cbe. Het Cbe beslist vervolgens of de beoordelingsbeslissing in strijd met het recht tot stand is gekomen. Tegen die beslissing

50 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 105.

51 J.S. BUITING, “Beoordelingsbeslissingen in het bekostigd hoger onderwijs”, *NTOR* 2018, p. 15. Deze criteria zijn ontleend aan art. 8:4, derde lid, onder b Awb.

52 ABRvS 23 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1287; Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3552 en ABRvS 18 december 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF3098, *JB* 1998/31, m.nt J.M.E.D.

53 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 258, nr. 5, p. 82 en HUISMAN e.a., 2018, p. 60.

54 Uit art. 8:4, derde lid Algemene wet bestuursrecht vloeit voort dat geen beroep ingesteld kan worden tegen beoordelingsbeslissingen. Aangezien tegen deze beslissingen geen beroep openstaat, kan ook geen bezwaar worden ingesteld (art. 7:1, eerste lid Algemene wet bestuursrecht).

55 DE BOER e.a. 2013, p. 25.

56 C.W. NOORLANDER, “Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs. Over de problematiek van het besluitbegrip in het onderwijsrecht”, *JBplus* 2007, p. 51-52.

57 ABRvS 13 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1795, *AB* 2002, 384, m.nt B.P. VERMEULEN.

58 Art. 8.4, derde lid, onder b Awb.

van het Cbe kan wel beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. De Afdeling heeft namelijk geoordeeld dat, nu het beroep is gericht op een beslissing, genomen in administratief beroep, waarbij het Cbe geen eigen besluit in de plaats had kunnen stellen van het primaire besluit, de bestuursrechter niet oordeelt over het kennen of het kunnen van de leerling⁵⁹. De bestuursrechter toetst namelijk enkel of het besluit van het Cbe, over de rechtmatigheid van de primaire beoordelingsbeslissing, juist is. Door het instellen van beroep tegen een in administratief beroep genomen beslissing kan dan ook geen oordeel van de bestuursrechter worden verkregen over het kennen of het kunnen van de leerling als zodanig⁶⁰. In het hoger en middelbaar beroepsonderwijs kan de student dan ook in beroep gaan bij de bestuursrechter tegen een door het Cbe in administratief beroep genomen beslissing over de rechtmatigheid van een beoordelingsbeslissing, zoals de vaststelling van de uitslag van een examen of een tentamen.

VI. Rechterlijke toetsing van examens

VI.1 Toetsing van examens door de burgerlijke rechter

Zoals beschreven in § V kan de leerling in het primair voortgezet onderwijs die opkomt tegen respectievelijk het schooladvies of de uitslag van een examen beroep instellen bij de burgerlijke rechter. Ten aanzien van zowel het schooladvies als de beoordeling van een examen stelt de burgerlijke rechter zich terughoudend op. De burgerlijke rechter lijkt hierbij aan te sluiten bij de regel in het bestuursrecht dat in beginsel geen beroep openstaat tegen een beoordelingsbeslissing. Zo oordeelde de Rechtbank Haarlem in 1991 al het volgende in een zaak over een examen Frans:

*“Uitgangspunt in een geschil als het onderhavige, waar het gaat om de toetsing van een beslissing, inhoudende een (vakdeskundige) beoordeling van het kennen en/of het kunnen van een examenkandidaat moet zijn dat de rechter in kort geding zich uiterst terughoudend dient op te stellen.”*⁶¹

Dat de burgerlijke rechter zich terughoudend dient op te stellen, is inmiddels vaste rechtspraak geworden⁶². Net als

de bestuursrechter gaat de burgerlijke rechter namelijk uit van de deskundigheid van de leraar. De bevoegdheid om een examen te beoordelen is daarnaast door de wetgever opgedragen aan het bevoegd gezag en niet aan de rechter⁶³. De burgerlijke rechter kan daarom enkel treden in een beoordeling, als sprake is van een uiterst of apert onzorgvuldige beoordeling⁶⁴. Of sprake is van een dergelijke onzorgvuldige beoordeling, moet worden aangetoond door de leerling⁶⁵.

Examinatoren moeten bij de beoordeling van een centraal examen het correctievoorschrift in acht nemen. Dit verandert de toetsingsmaatstaf van de burgerlijke rechter echter niet. Ook in dat geval komt aan de examinerator namelijk, binnen de kaders van het correctievoorschrift, beoordelingsvrijheid toe⁶⁶. In een zaak over een centraal examen Nederlands oordeelde de rechtbank dat de beoordeling van een dergelijk examen niet op basis van exacte maatstaven kon plaatsvinden⁶⁷. De examinatoren moesten namelijk onder meer de inhoud, de opbouw, verbanden en het taalgebruik in hun beoordeling betrekken; daarom kwam aan hen een ruime mate van beoordelingsvrijheid toe. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2018 dat, hoewel de beoordelingsruimte van de examinatoren wordt beperkt door het correctievoorschrift, dit geen andere toetsingsmaatstaf met zich brengt voor de rechter⁶⁸.

Anders dan bij een examen, wordt bij het schooladvies in het primair onderwijs de leerling niet beoordeeld aan de hand van een of meer toetsen, maar door een weging op basis van zijn leerprestaties en zijn (sociaal-emotionele) ontwikkeling gedurende zijn schoolloopbaan⁶⁹. Deze brede weging maakt dat de vaststelling van het schooladvies zich slecht leent voor toetsing door de rechter⁷⁰. De rechter heeft, anders dan de leraar, immers geen beeld van de ontwikkeling van de leerling over de afgelopen jaren. Bovendien komt de bevoegdheid om het schooladvies vast te stellen toe aan het bevoegd gezag⁷¹. Bij het schooladvies is enkel ruimte voor rechterlijk ingrijpen als het bevoegd

2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3064 en Rb. Noord-Holland 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6600.

63 Rb. Den Haag 9 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9429.

64 Rb. Arnhem 14 juni 2001, ECLI:NL:RBARN:2001:AB2173; Rb. Roermond 5 september 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AU1994; Rb. Breda 22 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT2355; Rb. Arnhem 9 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP8106; Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:6261; Rb. Zeeland-West-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5496; Gerechtshof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3064 en Rb. Noord-Holland 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6600.

65 Rb. Zeeland-West-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5496.

66 Rb. Noord-Holland 30 augustus 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:7418.

67 Rb. Breda 22 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT2355.

68 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5125.

69 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 157, 3, p. 15.

70 Rb. Gelderland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4052. Zie over deze zaak ook J.S. BUITING, 2022, p. 8.

71 Art. 45d, derde lid Wet op het primair onderwijs.

59 ABRvS 26 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN5981, AB 1999, 231, m.nt. M. SCHREUDER-VLASBLOM.

60 ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2160.

61 Rb. Haarlem 17 september 1991, rolnr. KG 1297/1991 (zie *Jurisprudentie onderwijswetten*, afl. 1992/1, p. 7-9).

62 Zie bv. Rb. Arnhem 14 juni 2001, ECLI:NL:RBARN:2001:AB2173; Rb. Roermond 5 september 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AU1994; Rb. Breda 22 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT2355; Rb. Arnhem 9 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP8106; Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:6261; Rb. Zeeland-West-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5496; Gerechtshof Den Haag 31 oktober

gezag niet in redelijkheid tot het schooladvies heeft kunnen komen.

Op de regel dat de burgerlijke rechter zich in principe niet mengt in beoordelingsbeslissingen zijn in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter enkele uitzonderingen te vinden. In 1994 kwam de Rechtbank Utrecht bijvoorbeeld tot de conclusie dat zij zelf een meerkeuze-examen publiekrecht zou kunnen beoordelen⁷². Aangezien het *in casu* ging om een juridisch examen, achtte de rechter zichzelf deskundig. Aangenomen kan worden dat dit een rechterlijke mislag was; de beoordeling van de onderwijsprestaties van de leerling of de student moet immers worden overgelaten aan de vakdeskundige examinator. Relevanter was een zaak uit 2017 over een examen Wiskunde waarbij de leerling aan de hand van drie verklaringen van hoogleraren Wiskunde kon onderbouwen dat zijn examen niet juist was beoordeeld⁷³. De rechtbank oordeelde dat het examen apert onzorgvuldig was beoordeeld. Het bevoegd gezag moest het examen daarom opnieuw laten beoordelen. Het is ook in een dergelijk geval niet aan de rechter om zelf het examen te beoordelen.

VI.2 Toetsingskader van de bestuursrechter

Zoals toegelicht in § II.3.a, staat in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs bij de Afdeling beroep open tegen de in administratief beroep genomen beslissing van het Cbe, over de vaststelling van de uitslag van een tentamen of een examen. De bestuursrechter toetst in dat geval enkel of het besluit van het Cbe juist is. Door het instellen van beroep tegen een in administratief beroep genomen beslissing kan dan ook geen oordeel van de bestuursrechter worden verkregen over het kennen of het kunnen van de student als zodanig⁷⁴. De bestuursrechter veronderstelt daarnaast dat de examinator uit hoofde van zijn aanstelling deskundig is⁷⁵. De bestuursrechter kan de betreffende beslissing dan ook enkel terughoudend toetsen.

In 2005 bepaalde de Afdeling dat de bestuursrechter enkel kan beoordelen of de besluitvorming omtrent de beoordeling voldoet aan de bij of krachtens de wet gestelde voorschriften⁷⁶. Het CBHO volgde in haar vaste jurisprudentie de Afdeling en heeft bepaald dat zij bij een beoordelingsbeslissing enkel kan onderzoeken of de beoordeling voldoet aan de voorschriften van procedurele aard die bij de Awb, de Whw of enig andere wet in formele

zin zijn gesteld⁷⁷. Naast deze voorschriften betreft het CBHO ook de (ongeschreven) rechtsbeginselen in zijn oordeel⁷⁸. Een meer inhoudelijke toets van de examenbeslissing is uitgesloten omdat deze beslissing als zodanig is uitgezonderd van bestuursrechtelijke rechtsbescherming⁷⁹.

De bestuursrechter kan een beslissing van het Cbe over de rechtmatigheid van de vaststelling van de uitslag van een tentamen of een examen toetsen aan voorschriften van procedurele aard. Hieronder vallen onder meer de regels van de betreffende instelling. De examinator moet zich onder meer houden aan de in de onderwijs- en examenregeling (Oer) gestelde voorschriften⁸⁰. Hierdoor mocht een examinator bijvoorbeeld niet minder punten toekennen omdat de student vaak afwezig was geweest. In de betreffende Oer was namelijk bepaald dat het tentamen enkel kon bestaan uit een mondeling of een schriftelijk tentamen of een combinatie van beide⁸¹. In de Whw is bepaald dat het bevoegd gezag in de Oer moet vastleggen op welk moment de student de beoordelingsnormen behorende tot een examen kan inzien⁸². Dit zijn vaak nadere regels of richtlijnen, een beoordelingsformulier of een antwoordmodel⁸³. Een dergelijke beoordelingsnorm is doorgaans voldoende zorgvuldig. Het CBHO heeft geoordeeld dat het bijvoorbeeld bij tentamens in de rechtsgeleerdheid ondoenlijk is om alle mogelijke antwoorden in het antwoordmodel te zetten⁸⁴. Door de veelheid van mogelijke antwoorden hoeft ook niet in alle gevallen per vraag worden aangegeven hoeveel punten worden toegekend⁸⁵. De examinator moet de betreffende beoordelingsnorm wel toepassen; als hij dit strikt doet, kan dit hem niet worden aangerekend⁸⁶. Uit de jurisprudentie van het CBHO blijkt verder dat de beoordeling van een tentamen door één examinator in plaats van door twee examinatoren niet *de facto* onzorgvuldig is⁸⁷. In het hoger onderwijs bestaat namelijk geen rechtsregel op grond waarvan een tentamen zonder meer door twee examinatoren beoordeeld moet worden⁸⁸.

72 Rb. Utrecht 23 september 1994, ECLI:NL:1994:AH4732, KG 1994, 389; zie hierover ook B.P. VERMEULEN en P.J.J. ZOONTJENS, 2000, p. 168-169.

73 Rb. Rotterdam 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6729.

74 ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2160.

75 Zij bv. CBHO 31 oktober 2018, 2018/119 en CBHO 17 december 2018, 2018/15.

76 ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2160.

77 Zij bv. CBHO 31 oktober 2018, 2018/119 en CBHO 17 december 2018, 2018/15.

78 Zie bv. CBHO 9 juli 2019, 2019/024.

79 Art. 8.4, derde lid, onder b Whw.

80 Art. 7.13 Whw en art. 8.5a.9 Web.

81 CBHO 14 november 2016, 2016/069.

82 CBHO 10 juni 2020, 2019/204.

83 Zie CBHO 25 februari 2021, 2020/157, resp. CBHO 25 augustus 2021, 2021/096 en CBHO 1 september 2020, 2019/192.

84 CBHO 18 juli 2018, 2018/051.

85 CBHO 15 juni 2016, 2016/080.5.

86 CBHO 9 juli 2012, 2012/046.

87 CBHO 8 mei 2019, 2018/191. Zie uitgebreider J.S. BUITING, "Noot: eisen aan examinator (CBHO 2 augustus 2022, 2022/035)", *Lex Scholaris* 2022/3, raadpleegbaar via www.lexscholaris.nl/artikelen/noot-eisen-aan-examinator-cbho-2022/035.

88 CBHO 29 juli 2014, 2014/068.

VII. Conclusie

In hoeverre en bij welke rechter voor de leerling of de student rechtsbescherming openstaat, is afhankelijk van de onderwijssector die het betreft of de betreffende school openbaar of bijzonder is en of de betreffende beslissing aangemerkt kan worden als besluit in de zin van de Awb. Sinds een uitspraak van de Hoge Raad uit 2019 is duidelijk dat de vaststelling van de uitslag van een examen aangemerkt moet worden als een besluit in de zin van de Awb. Op grond van de Awb staat evenwel in beginsel geen beroep open bij de bestuursrechter ten aanzien van beslissingen die betrekking hebben op het kennen of het kunnen van de leerling. In het primair en voortgezet onderwijs is daarom de burgerlijke rechter bevoegd. In het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs kan wel beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld tegen een besluit waarmee de uitslag van een examen of een tentamen wordt vastgesteld. Door een wetswijziging die in 2023 van kracht wordt, dient de student in beide sectoren tegen dit besluit eerst administratief beroep in te stellen bij het Cbe. Vervolgens kan bij de bestuursrechter beroep in worden gesteld tegen de beslissing van het Cbe; hiermee kan evenwel geen oordeel van de bestuursrechter worden verkregen over het kennen of het kunnen van de leerling als zodanig. Ook de burgerlijke rechter toetst beslissingen inzake examens terughoudend. De burgerlijke rechter kan namelijk enkel ingrijpen als sprake is van een evident onzorgvuldige beoordeling. De rechtsbescherming van de leerling en de student ten aanzien van de beoordeling van een examen is in Nederland dan ook zeer beperkt.

