

Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering



Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering

Symposiumbundel 2018
Nederlandse Vereniging
voor Onderwijsrecht

Deel 38 in de serie Onderwijsrecht van
de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht

Pieter Huisman
Stefan Philipsen
Ben Vermeulen

Joke Sperling
Annie Wigger

Miek Laemers (red.)

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2018

Secretariaat NVOR:
mr. Pauline Demacker
St. Canisiussingel 19f
Postbus 1126
6501 BC Nijmegen
website: www.nvor.nl

ISBN: 9789012403405
NUR: 840
© NVOR
© 2018, Sdu Uitgevers bv, Den Haag

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 99 11
Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op www.sdu.nl.

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoudsopgave

Voorwoord / 9

Prof. mr. M.T.A.B. Laemers

Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering / 13

Prof. mr. P.W.A. Huisman, mr. dr. S. Philipsen en prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

- 1 Aanleiding en centrale onderzoeksvraag / 13
 - 1.1 Aanleiding: toenemende juridische toets bij toetsing / 13
 - 1.1.1 VMBO-Maastricht: het schoolexamen onder de loep / 13
 - 1.1.2 Toetsing en examinering: belangrijker onderdeel van het onderwijs, meer actoren betrokken / 15
 - 1.1.3 Juridische vragen en spanningsvelden rond toetsing, beoordeling en examinering / 16
 - 1.1.4 Toetsing en de positie van leerlingen en studenten met een beperking / 17
 - 1.2 Afbakening, centrale vraag, definities / 18
 - 1.2.1 Afbakening / 18
 - 1.2.2 Zelfstandig preadvies over toetsing en leerlingen/studenten met een beperking / 19
 - 1.2.3 Leidende vraagstelling / 19
 - 1.2.4 Definities / 19
 - 1.3 Leeswijzer / 20
- 2 Wetgeving over beoordeling, toetsing, bevordering en examinering / 21
 - 2.1 Vooraf: internationaalrechtelijk en grondwettelijk kader / 21
 - 2.1.1 Internationaal recht: recht op afronding van gevolgd onderwijs / 21
 - 2.1.2 Grondwet: vrijheid van toetsmethoden / 22
 - 2.1.3 Examens: rol van de overheid en wetgever in de borging van civiel effect; de Nota Examens in het voortgezet onderwijs / 24
 - 2.2 Wettelijk kader primair onderwijs / 26
 - 2.2.1 Historie / 26
 - 2.2.2 Schooladvies / 27
 - 2.2.3 Centrale eindtoets / 28
 - 2.2.4 Professioneel statuut en beoordelingsvrijheid / 29
 - 2.3 Wettelijk kader voortgezet onderwijs / 30
 - 2.3.1 Historie / 30
 - 2.3.2 Bepalingen over bevordering / 30
 - 2.3.3 Regeling van het eindexamen / 31
 - 2.3.4 Inspectiekader / 35

- 2.3.5 Docenten / 36
- 2.3.6 College voor Toetsen en Examens / 36
- 2.4 Wettelijk kader middelbaar beroepsonderwijs / 38
 - 2.4.1 Historie / 38
 - 2.4.2 Bepalingen over examinering in de WEB / 40
 - 2.4.3 Inspectiekader / 41
 - 2.4.4 Bindend studieadvies / 42
 - 2.4.5 Toetsing in en van de praktijk / 42
- 2.5 Hoger onderwijs / 44
 - 2.5.1 Historie / 44
 - 2.5.2 Accreditatie en examinering / 44
 - 2.5.3 Bepalingen in de WHW / 46
 - 2.5.4 Centrale rol examencommissie / 46
 - 2.5.5 Bindend studieadvies / 48
- 2.6 Afronding: een uitgebreid wettelijk kader, maar is het ook sluitend? / 49
 - 2.6.1 Deelname aan het centraal examen; een ‘hard recht’? / 49
 - 2.6.2 Sectorale verschillen en overeenkomsten in regelgeving / 50
 - 2.6.3 Complexe ‘examen-governance’ / 51
- 3 Rechtsbescherming: juridische kwalificatie en toetsing van beoordelingsbeslissingen / 52
 - 3.1 Inleiding / 52
 - 3.2 Beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs een besluit? / 53
 - 3.2.1 Onderscheid in a- en b-organen / 53
 - 3.2.2 Beoordelingsbeslissingen in het openbaar en bijzonder hoger onderwijs: besluiten? / 54
 - 3.2.3 Beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs: geen besluiten, behalve bij getuigschriftverlening / 55
 - 3.2.4 Strijdpunten opgelost: beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs (besluiten of niet) zijn appellabel bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs / 58
 - 3.3 De betekenis van de ‘kennen en kunnen’-uitzondering in het hoger onderwijs / 59
 - 3.4 De betekenis voor de andere onderwijssectoren van de hoger onderwijs-jurisprudentie inzake het besluitbegrip en de ‘kennen en kunnen’-exceptie / 64
 - 3.5 De rechtsbescherming in de verschillende sectoren / 65
 - 3.5.1 Primair onderwijs / 65
 - 3.5.2 Voortgezet onderwijs / 67
 - 3.5.3 Middelbaar beroepsonderwijs / 68
 - 3.5.4 Hoger onderwijs / 69
 - 3.6 De (jurisprudentie inzake de) toetsingsmaatstaven bij de beoordeling van beoordelingsbeslissingen / 70
 - 3.6.1 Globale schets / 70
 - 3.6.2 De zorgvuldigheidsnorm toegepast / 72

- 3.6.3 De zorgvuldigheidsnorm toegepast op overgangsbepalingen / 74
- 3.6.4 Toetsing in het hoger onderwijs / 76
- 3.6.5 Hoger onderwijs: Vlaanderen vergelijkend onderwijs / 80
- 4 Fraude / 82
 - 4.1 Fraude in de onderwijswet- en regelgeving / 82
 - 4.2 Wat is fraude? / 83
 - 4.3 Herstel van de onregelmatigheden en het bestraffen van de fraude / 87
 - 4.4 Fraude en proportionaliteit / 89
 - 4.5 Drempels van de bewijslast / 90
- 5 Slotbeschouwing. Afsluitende gedachten over de beginselen en principes rond toetsing, examinering, diplomering en de bijbehorende rechtsbescherming / 90
 - 5.1 Het belang van examinering en diplomering voor het civiel effect / 90
 - 5.2 Diploma: eens gegeven blijft gegeven? / 92
 - 5.3 Toetsing getoetst; algemene beginselen van behoorlijke toetsing, beoordeling en examinering / 93
 - 5.3.1 Beginselen van behoorlijke toetsing en bejegening / 93
 - 5.3.2 Uitsluiting van willekeur en ruimte voor maatwerk in examinering / 96
 - 5.3.3 Adequate vormgeving van de ‘examen-governance’: naar een Toets- en Examenbesluit in het voortgezet onderwijs en een aanscherping van de positie van de examinator in het hoger onderwijs / 97
 - 5.3.4 Rechtsbescherming / 99
 - 5.3.5 Naar een uniforme, gespecialiseerde rechtsgang? / 100
 - 5.4 Afsluiting / 101

Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering van leerlingen en studenten met een beperking / 103

Mr. J. Sperling en mr. A.M.T. Wigger

- 1. Inleiding / 103
- 2. Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap / 104
- 3. Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte / 105
- 4. Primair en voortgezet onderwijs / 110
- 5. MBO / 116
- 6. Hoger onderwijs / 119
- 7. Conclusies / 120

Expertisecentrum handicap + studie / 123

*Bijlage bij preadvies J. Sperling en A.M.T. Wigger
L. Schlundt Bodien, coreferent*

Verslag NVOR jaarsymposium 2017 / 125

Mr. H. ten Cate



Voorwoord

Het thema van het jaarsymposium 2018 van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht, 'Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering', werd gekozen in de bestuursvergadering van 13 februari van dit jaar. Het is een uitgesproken onderwijsrechtelijk onderwerp, waarover al jarenlang veel publicaties en jurisprudentie verschijnen en dat ook sterk in de belangstelling staat van scholieren en studenten, docenten en het bevoegd gezag. Dat de belangstelling voor het thema door de gebeurtenissen bij het vmbo in Maastricht in de eindexamenperiode van juni 2018 zo'n hoge vlucht zou nemen was echter niet voorzien. De Maastrichtse situatie, die overigens misschien wel niet zo uniek is als je zou kunnen afleiden uit de geconcentreerde aandacht van de media voor deze casus, heeft de gemoederen flink beziggehouden en de keuze voor het thema rond diplomering nog meer gerechtvaardigd. Over talrijke onderwijsrechtelijke vragen hebben velen zich sinds het debacle afgelopen zomer inmiddels het hoofd gebroken: hoe moet het probleem van 354 leerlingen met hun wegens ontbrekende schoolexamens ongeldig verklaarde diploma's opgelost worden, wie is de veroorzaker van het probleem en wie draagt daarvoor de verantwoordelijkheid, wat is de rol van het schoolbestuur en de Inspectie van het Onderwijs in deze kwestie en *last but not least*, wie zijn aansprakelijk te stellen voor de door de leerlingen (en hun ouders) geleden schade?

Stukje bij beetje wordt het probleem aangepakt: minister Slob grijpt – in weerwil van de ter zake geldende examenregels – vrij snel in door te stellen dat de cijfers van het centraal examen tot 1 januari 2019 geldig zullen blijven. In allerijl wordt een externe examencommissie opgetuigd die moet inventariseren welke hiaten er precies zijn. Twee onderzoekscommissies, ingesteld door de VO-Raad en de Inspectie van het Onderwijs gaan aan de slag om de ontstane situatie te onderzoeken. Er komt een zelfevaluatie van het schoolbestuur in opdracht van de Inspectie van het Onderwijs en daaruit blijkt wat er intern in de school mis ging: hoog ziekteverzuim, waardoor veel lessen uitvielen en docenten er niet aan toekwamen om toetsresultaten te genereren en/of goed in te vullen. Hoewel het bestuur gedeeltelijk de hand in eigen boezem steekt wordt bijvoorbeeld ook de gedetailleerdheid van het Plan voor Toetsing en Afsluiting (PTA) als een schuldig element aangemerkt.

Inmiddels hebben de meeste leerlingen een geldig diploma: een eerste groep van 42 leerlingen kreeg dat op 18 juli 2018 en 243 leerlingen op 31 augustus 2018, zo lieten verschillende media weten. Op 5 oktober 2018 bericht het NRC dat de Inspectie in een eerste onderzoeksrapport concludeert: 'De schoolleiding en docenten van VMBO-Maastricht hielden zich niet aan de regels voor school- en eindexamens.' In het inspectierapport staat inderdaad dat de school zich bij de

schoolexamens niet gehouden heeft aan het zelf vastgestelde Programma van Toetsing en Afsluiting en de regels uit het eigen examenreglement. Ook zijn de regels uit het wettelijke Eindexamenbesluit niet allemaal gevolgd. Dat wisten we natuurlijk al, maar wat waarschijnlijk veel lezers van dit boekje (nog) niet weten is, hoe die regels luiden, hoe beoordelingsbeslissingen juridisch geduid moeten worden en welke toepassing ze vinden in de praktijk en jurisprudentie. De preadviseurs Pieter Huisman, Stefan Philipsen en Ben Vermeulen hebben zich tot doel gesteld in die kennisleemte te voorzien en een richtpunt te geven voor de verdere juridische inrichting van toetsing en examinering. Hoewel ook zij de chaos bij VMBO-Maastricht dankbaar als aangrijpingspunt nemen, vermelden ze nog enkele andere belangrijke oorzaken of aanleidingen voor de toenemende belangstelling voor toetsing en beoordeling. Zo wijzen ze op de belangstelling van de wetgever, bijvoorbeeld in het geval dat ter zake van het voornemen tot wettelijke regeling van doorstroom(recht) van de ene sector naar de andere, door ouderorganisaties lastige vragen werden gesteld over de juridische status van een doorstroom- of overgangsbeslissing.

Na een inleidend hoofdstuk beschrijven ze in hoofdstuk 2 – voorafgegaan door een voor onderwijsjuristen immer noodzakelijke beschouwing over de grenzen van de wetgever bij het stellen van regels in het kader van de grondwettelijke vrijheid van onderwijs – op hoofdlijnen de wetgeving die van toepassing is bij toetsing, beoordeling en examinering in de verschillende sectoren. In hoofdstuk 3 behandelen de preadviseurs de thematiek van de rechtsbescherming met betrekking tot beoordelingsbeslissingen die in de verschillende sectoren van het door de overheid bekostigde onderwijs genomen worden. Het gaat daarbij primair om de toetsing door andere instanties van primaire beoordelingsbeslissingen in het bekostigde primair-, voortgezet-, beroeps- en hoger onderwijs: cijfers, tentamen- en examenbeslissingen, stage-beoordelingen, zak-/slaagbeslissingen en dergelijke. In dit hoofdstuk gaan de auteurs in op de kwalificatie van besluiten rond toetsing, beoordeling en examinering, diplomering (verstrekking en intrekking) en de wijze van rechtsbescherming. Ook verschijnen patronen die volgen uit de jurisprudentie van het College van beroep voor het hoger onderwijs (CBHO) waarin beoordelingsbeslissingen (juridisch) worden getoetst. In hoofdstuk 4 staat fraude centraal en in hoofdstuk 5 is een slotbeschouwing opgenomen die ongetwijfeld aanknopingspunten biedt voor verdere discussie.

In het tweede deel van het preadvies behandelen Joke Sperling en Annie Wigger de wettelijke bepalingen die een school of onderwijsinstelling in staat stellen leerlingen en studenten met een lichamelijke of psychische beperking de mogelijkheid te geven hun potentieel te bereiken. Met andere woorden, hoe is de toetsing, examinering en beoordeling van leerlingen en studenten met een beperking juridisch geregeld? De auteurs bespreken wetgeving en jurisprudentie. Aan het slot van hun bijdrage pleiten de auteurs voor een uniforme, laagdrempelige geschillenregeling tussen ouders en leerlingen enerzijds en scholen (en samenwerkingsverbanden) anderzijds. Argumenten daarvoor vinden ze in het gegeven dat de uniformiteit in rechtsbescherming zal leiden tot specialistische kennis bij de rechter en rechtseenheid in uitspraken.

Dit boekje is niet compleet zonder het verslag van het jaarsymposium 2017. We zijn Hester ten Cate veel dank verschuldigd voor haar nauwgezette verslaglegging. Het is een vreugde om opnieuw kennis te kunnen nemen van de inhoudelijke discussie die een jaar geleden is gevoerd.

Veel dank gaat natuurlijk ook naar de vijf preadviseurs die ondanks hun drukke bestaan tijd hebben vrijgemaakt om dit preadvies te realiseren en daarmee de belangrijkste voorwaarde te scheppen voor een geslaagd NVOR-symposium 2018.

Miek Laemers, voorzitter NVOR



Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering

*Prof. mr. P.W.A. Huisman, mr. dr. S. Philipsen en
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen*

1 AANLEIDING EN CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG

1.1 Aanleiding: toenemende juridische toets bij toetsing

1.1.1 VMBO-Maastricht: het schoolexamen onder de loep

Vlak voor de zomervakantie van 2018 ontstond grote commotie in de media en de Tweede Kamer: van 354 eindexamenkandidaten op de vmbo-locaties van het Sint-Maartenscollege en het Porta Mosana College in Maastricht werden de gemaakte centrale examens door de inspecteur-generaal van het Onderwijs ongeldig verklaard. Aanleiding vormde een signaal aan de Inspectie door een klokkenluider, waarbij een leerling een vak voor het grootste gedeelte van het schoolexamen niet had afgerond, maar wel had deelgenomen aan het centraal examen in dat vak. De school had wel een cijfer voor het schoolexamen (SE-cijfer) geregistreerd in BRON (het landelijke basisregister waarin gegevens zijn opgenomen over o.a. examens en diploma's), maar dat was gebaseerd op slechts een beperkt onderdeel van het schoolexamen. Uit het vervolgonderzoek in de weken daarna bleek dat van alle eindexamenkandidaten op het betreffende vmbo een of meerdere schoolexamens bij een of meer vakken onvolledig waren afgerond. Wanneer niet alle onderdelen van het programma van toetsing en afsluiting (PTA) van de school zijn afgesloten, had volgens de minister er nooit een schoolexamencijfer vastgesteld kunnen en mogen worden door de school.¹

Begin juli volgde een overleg van de Vaste Kamercommissie voor onderwijs met de minister.² Alle fracties hadden vragen over hoe dit had kunnen gebeuren, en wie verantwoordelijk was. Wat was de rol van het bestuur? Van de Inspectie? Was die niet al eerder op de hoogte van klachten en waarom is daar toen niet op geacteerd? En hoe kon er nu voor gezorgd worden dat de tekortkomingen zo snel mogelijk zouden kunnen worden weggewerkt, zodat de leerlingen hun vervolgopleiding konden beginnen? De uitkomst van het debat was dat de Kamer niet alleen regelmatig op de hoogte zou worden gehouden van de ontwikkelingen, maar dat er ook een onderzoek zou worden gestart naar het handelen van de Inspectie zelf door de Auditdienst Rijk. Tevens zou – in eerste instantie door het veld zelf – een onderzoek in gang worden gezet naar de kwaliteitsborging van

1. *Kamerstukken II 2017/18, 30 079, nr. 73, p. 2.*

2. *Kamerstukken II 2017/18, 30 079, nr. 86.*

schoolexamens in het land.³ Want als er problemen waren in Maastricht, waarom zouden die ook niet op andere plekken kunnen voorkomen?

De casus VMBO-Maastricht zet een aantal (onderwijs)juridische vragen rond toetsing en examinering in het daglicht. Die vragen richten zich bijvoorbeeld op de juridische wie-vraag ‘Wie is waarvoor verantwoordelijk?’ Docenten voeren de toetsing uit en beoordelen in eerste instantie de leerling of student, maar (moeten) werken binnen wettelijke en institutionele kaders (zoals een onderwijs- en examenregeling, of examenreglement) en onder verantwoordelijkheid van (uiteindelijk) het bevoegd gezag. En dan is er het toezicht vanuit de overheid; kwaliteit van onderwijs houdt ook verband met kwaliteit van toetsing en borging van het civiel effect van het diploma.

Er is bij toetsing en examinering naast de wie-vraag ook de juridische hoe- en waar-vraag: welke juridische kaders zijn van toepassing, hoe werken die op elkaar in, wie zijn betrokken bij het opstellen en uitvoeren van die kaders, en waar duiken dan de problemen op, bijvoorbeeld als het gaat om de rechtsbescherming als studenten of leerlingen willen opkomen tegen de beoordeling van toetsen of examens. Opmerkelijk is in dit verband dat in Maastricht een ‘externe examencommissie’ is ingeschakeld.⁴ Een figuur die – in tegenstelling tot het mbo en h.o. – wettelijk niet in het voortgezet onderwijs voorkomt.

Een andere recente en exemplarische casus rond examens, die ook veel media-aandacht genereerde, betrof de zaak uit augustus 2017 waarbij een 18-jarige scholiere uit Breda nipt voor haar vwo-examen Frans zakte. Zij probeerde vervolgens via de rechter die uitslag te wijzigen. Als een bepaald antwoord in die toets namelijk met meer punten zou worden beloond, zou ze alsnog geslaagd zijn en naar de universiteit kunnen. Het examen Frans was toen al bekritiseerd door leraren Frans vanwege de verschillende fouten in het examen. Het College voor Toetsen en Examens (CvTE) had daarom al eerder de beoordeling voor Frans iets aangepast. Maar die aanpassing was net niet voldoende voor de leerling: door 0,05 punt tekort in het centraal examen liep ze haar diploma mis, aldus de advocaat van de leerling. Er volgde een zaak bij de civiele rechter, maar uiteindelijk wees Hof Arnhem-Leeuwarden in een uitvoerig gemotiveerd arrest de zaak naar de bestuursrechter.⁵ Ook op het punt van de rechtsbescherming en de juridische status van de correctievoorschriften (zijn het besluiten van algemene strekking?) zijn er genoeg vragen.

3. Door de VO-raad is een commissie ingesteld onder leiding van prof. G. ten Dam (UvA). De VO-raad heeft inmiddels ook een ‘zelfevaluatie’-instrument gepresenteerd. Zie het bericht <https://www.vo-raad.nl/nieuws/instrument-voor-zelfevaluatie-kwaliteitsborging-schoolexamens-beschikbaar>.
4. ‘Op mijn verzoek heeft het bestuur van de school een externe examencommissie ingesteld die – nadat de Inspectie haar onderzoek op de school had afgerond – het gemaakte werk van de leerlingen naast het bijgestelde Programma van Toetsing en Afsluiting (PTA, gebaseerd op de eindtermen) heeft gelegd en per leerling heeft bepaald welke (delen van) vakken zij of hij nog moest inhalen’, aldus de minister in *Kamerstukken II 2017/18*, 30 079, nr. 88, p. 1.
5. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1817.

1.1.2 *Toetsing en examinering: belangrijker onderdeel van het onderwijs, meer actoren betrokken*

Beoordeling, toetsing, en examinering zijn van oudsher het pedagogisch domein van de docent. In 2007 schreven wij in ons preadvies over de positie van de docent daarover nog dat de docent over een aanzienlijke mate van autonomie beschikt als het gaat om beoordelingsbeslissingen ten aanzien van leerlingen of studenten.⁶ Thans is dat principe in de sectorwetgeving voor het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs, in het voetspoor van de positionering van de examinerator in het hoger onderwijs, vastgelegd. Bepaald wordt nu dat ‘leraren (...) een zelfstandige verantwoordelijkheid [toekomt] als het gaat om het beoordelen van de onderwijsprestaties van leerlingen’.⁷ Die zelfstandige verantwoordelijkheid ligt tegelijkertijd echter in toenemende mate onder vuur. Niet alleen bij de toetsing en de beoordeling door de leraar, maar – zoals de casus hierboven laat zien – ook bij de toepassing van regels door instanties als het CvTE.

Het feit dat er nu een instantie is als het CvTE, geeft op zichzelf al aan hoeveel waarde wordt gehecht aan het borgen van toetsing en examinering. Wat dat betreft heeft de wetgever in de afgelopen jaren niet stil gestaan; het steviger positioneren van examencommissies in het hoger onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs, nadat grote twijfels waren gerezen of de uitgereikte diploma’s wel het niveau van de graad dekten, is daarvan een ander voorbeeld.

Het is hier niet de plaats om een uitgebreid exposé of verklaring te geven over de vraag waarom examinering en toetsing in toenemende mate aan zwaarte in het landelijk beleid en beleid van instellingen lijkt te winnen. Er zijn wellicht verklaringen vanuit de opkomst van het meritocratisch ideaal, en een zekere dominantie van het ‘meten is weten’ denkmodel in het onderwijsbeleid.⁸

Inmiddels zijn er overigens ook weer tegengeluiden te horen, die het doorgeschooten ‘toetsdenken’ althans op regelgevingsniveau weer proberen tegen te gaan.⁹ Het vraagstuk van de waarde van een diploma is in ieder geval zeer divers. Sommigen pleiten bijvoorbeeld voor een aanmerkelijke verruiming van de wettelijke kaders voor eindtoetsing in het voortgezet onderwijs, om daarmee ‘maatwerkdiploma’s’ mogelijk te maken. De Onderwijsraad heeft hier dan weer tegenover gezet dat daarmee risico’s ontstaan rond het civiel effect van het diploma, en dat dit kan leiden tot extra selectie en aanvullende toetsing bij vervolgopleiding.¹⁰

Het proces naar een (eind)examen of getuigschrift, het opstellen van toetsen, tentamens, beoordeling van (eind)werkstukken en scripties is in toenemende mate ook voorwerp van zorg geworden van een veelheid aan interne en externe

6. P.W.A. Huisman & B.P. Vermeulen, ‘De juridische positie van de leraar in balans’, in: F.H.J.G. Brekelmans, M.A.J.M. Buijsen, M. van Es, P.W.A. Huisman, B.P. Vermeulen, *De docent: onderdaan of autoriteit?*, Den Haag: Sdu 2007 (preadvies), p. 11-74.

7. Artikel 31a, lid 2, WPO en gelijkkluidend artikel in de WVO.

8. Zie hierover o.a. Lex Herweijer en Edith Josten, ‘Een ideaal met een keerzijde’, in: J.C. Vrooman, J. Boelhouwer, M. Gijsberts, *Vershil in Nederland*, Den Haag: SCP 2014, p. 69-101.

9. Zie de voornemens in *Kamerstukken II 2017/18*, 31 293, nr. 406 tot afschaffing van ‘schoolse’ kleuter-toetsen.

10. Onderwijsraad, *Maatwerk binnen wettelijke kaders: eindtoetsing als ijkpunt voor het funderend onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad 2015.

actoren zoals genoemde examencommissies, met specifieke toetscommissies, maar ook toetsende instanties die fungeren als rechtsbeschermingsweg voor leerlingen en studenten zoals een College van Beroep voor de Examens of klachtencommissies. Ouders, studenten en leerlingen vechten via die voorzieningen ook beoordelingen aan. Helaas zijn er weinig empirische cijfers in welke mate beoordelingen en toetsing voorwerp zijn van juridische geschillen, en in hoeverre nu sprake is van een trend. We kunnen alleen maar langs afgeleide weg voorzichtig zeggen dat vermoedelijk meer dan vroeger het inhoudelijk oordeel, of het nu gaat om het overgaan van een leerling naar een volgend studiejaar of de beoordeling van kennis of vaardigheden, juridisch aangevochten wordt.¹¹

Ook nu weer is het verleidelijk om oorzaken te benoemen; ouders zijn hoger opgeleid en weten zij het beter dan de leraar; is er gebrek aan gezag? Zijn scholen zelf strenger geworden in de overgangs- en studieadviesnormen, en lokt dat meer geschillen uit bij die gevallen die net niet de drempel halen?¹² Zijn verhoging van het studietempo of de studienorm, prestatiedruk en het afschaffen van de basisbeurs in het hoger onderwijs, factoren die maken dat onvoldoende beoordelingen worden aangevochten? Of is het feit dat toetsing, beoordeling en examinering in toenemende mate voorwerp zijn geworden van externe en interne regulering, gericht op het vergroten van transparantie, validiteit en betrouwbaarheid van toetsen, uit zichzelf misschien een reden dat er meer concrete aanknopingspunten voor juridisering worden geboden? Hoe meer formele en materiële eisen worden gesteld aan toetsing en examinering, hoe meer wellicht de kans dat in de opstelling, besluitvorming of beoordeling daarvan ook fouten zitten, die dan vervolgens bij verschillende instanties aan een (nieuwe) toetsing onderworpen kunnen worden.

1.1.3 *Juridische vragen en spanningsvelden rond toetsing, beoordeling en examinering*
De toenemende belangstelling voor toetsing en beoordeling, ook van de wetgever waar het bijvoorbeeld gaat om doorstroom(recht) van de ene sector naar de andere, brengt in ieder geval een waaier aan juridische vragen met zich mee.¹³ Zo werd in de inbreng voor het voorgenomen wetsvoorstel Wet gelijke kans op doorstroom vmbo-havo door Ouders & Onderwijs en de Onderwijsconsumentenorganisatie (OCO) een aantal vragen¹⁴ gesteld over de juridische status van een doorstroom- of overgangsbepaling: Wat is de aard van de beslissing? Wie neemt de beslissing en is er een bezwaarmogelijkheid? Is sprake van toelating tot een school of een schoolsoort? En omgekeerd: van een verwijdering op het moment dat een bevoegd gezag een beslissing neemt tot afstroom naar

11. Uit (lopend) onderzoek van Henk van Berkel inzake examinering in het hoger onderwijs is op te maken dat het aantal zaken bij de Colleges voor Beroep voor Examens in de instellingen stijgend is, alhoewel er wel (grote) verschillen zijn tussen instellingen, zie <https://www.nvexamens.nl/wp-content/uploads/2017/12/Henk-van-Berkel.pdf>.
12. Een bekend gegeven is de – inmiddels vanuit de politiek bekritiseerde – ‘nominaal is normaal’-regel van 60 ECTS aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het strenger worden van de normen heeft natuurlijk ook weer een reden zoals rendements- of (in positievere termen gevat) studie-succesdoelstellingen.
13. Gedoeld is hier op het doorstroomrecht van vmbo naar havo en het voorgenomen wetsvoorstel Wet gelijke kans op doorstroom vmbo-havo.
14. <https://www.internetconsultatie.nl/wetgelijkekansopdoorstroomvmbohavo/reactie/7d8fb7d2-be6d-4417-9d6b-d4c961bb638f>.

een andere afdeling, bijvoorbeeld van havo naar mavo?¹⁵ En is diploma-stapelen een bevorderingsbeslissing van de lerarenvergadering, en zo ja, is de lerarenvergadering autonoom, of heeft de schoolleiding of het bevoegd gezag daarin het laatste woord, of heeft de onderwijsinstelling de vrijheid hier zelf een keuze in te maken? Waar is de juridische beslissingsbevoegdheid van de vergadering verankerd? En hoe verhoudt een en ander zich tot het professioneel statuut?

1.1.4 *Toetsing en de positie van leerlingen en studenten met een beperking*

Bij dit alles komt een complicerende factor, te weten dat bij toetsing, beoordeling en examinering (in toenemende mate) rekening moet worden gehouden met de individuele leerling of student en zijn individuele (on)vermogens om een toets of examen af te leggen, en daarbij wellicht ook op de juiste wijze ondersteund moet worden. Juridisch meer specifiek hebben we het over de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz). Juist op dit punt hebben we in het recente verleden een botsing gezien tussen twee normenstructuren. Illustratief was de casus met betrekking tot een leerlinge met dyscalculie uit 2011. Het betrof hier een vmbo-leerlinge die bij het eindexamen wiskunde en economie formulekaarten wilde gebruiken als hulpmiddel. De directeur van de school vroeg, conform het toen geldende artikel in het Eindexamenbesluit, om toestemming van de Inspectie voor het gebruik daarvan. De Inspectie wees echter het gebruik af bij het Centraal Schriftelijk Eindexamen omdat de leerlinge daardoor inhoudelijk voordeel zou hebben. Bij deskundigenbericht werd gesteld dat de kandidate geen extra voordeel zou halen uit de kaarten, maar door het gebruik van het hulpmiddel haar beperkingen in voldoende mate zou kunnen compenseren. De Inspectie wees echter op de regels gesteld door het ingestelde College voor Toetsen en Examinering, waarin de kaarten niet waren toegestaan. Tegen die mededeling maakten de ouders bezwaar, dat echter niet-ontvankelijk werd verklaard door de behandelende instantie (DUO) omdat er geen sprake was van een besluit in de zin van de Awb. Toen vervolgens de zaak aan de orde was bij het College voor de Rechten van de Mens (toen nog Commissie Gelijke Behandeling) in Utrecht werd door het bevoegd gezag naar voren gebracht dat het weliswaar zelf ook vond dat een formulekaart een goed hulpmiddel zou zijn, maar dat het – gegeven de antwoorden van de Inspectie – niet anders kon dan weigeren, om te voorkomen dat het examen ongeldig zou worden verklaard. De CGB oordeelde dat het bevoegd gezag voortvarender te werk had moeten gaan: het had het oordeel van de Inspectie (kennelijk) niet zomaar mogen overnemen, maar had intensiever moeten nagaan ‘waarop de mededeling van de Inspectie was gebaseerd’. Tegelijk merkte de Commissie op dat in het algemeen niet op basis van artikel 2 Wgbh/cz van een school kan worden verlangd dat zij aanpassingen verricht die afbreuk doen aan de exameneisen. Voor zover toetsing aan de Wgbh/cz betrekking heeft op exa-

15. De Geschillencommissie Passend Onderwijs (die over alle verwijderingen een advies kan geven) hanteert in ieder geval een brede definitie: een besluit waarbij een leerling op een ander niveau, een andere locatie, met een andere leerlingenpopulatie onderwijs volgt, stelt zij materieel gelijk met verwijdering. De GPO verklaart zich in die omstandigheden ontvankelijk. Zie GPO 2 oktober 2015 nr. 106948.

mens betreft het immers ‘het afnemen van toetsen’. Hieronder valt niet de inhoud van een examen.¹⁶

Het spanningsveld tussen de plicht (en het recht) op doeltreffende aanpassingen volgens de Wet Gelijke Behandeling Handicap of Chronische Ziekte en de exameneisen sudderde nog even door, zo blijkt ook uit Kamervragen bijna twee jaar later, waarbij opnieuw werd gevraagd naar het gebruik van formulekaarten door leerlingen met dyscalculie. Ook hier stelt de staatssecretaris dat de normen ter zake worden opgesteld door het College voor Toetsen en Examens, waarbij er grenzen (moeten) worden gesteld: ‘Het CvTE kan bepalen of door een hulpmiddel afbreuk wordt gedaan aan de voor iedereen geldende exameneisen, dan wel of het hulpmiddel de exameneisen intact laat, maar ertoe leidt dat de leerling met een beperking beter kan laten zien of hij aan de exameneisen voldoet.’¹⁷ Inmiddels zijn door het CvTE beleidsregels opgesteld rond toegestane hulpmiddelen, inclusief wat wel en niet is toegestaan voor kandidaten met dyscalculie.¹⁸ Er is daarbij sprake van toegestane (door het CvTE vastgestelde) reken/formule/eenhedenkaarten en afwijkende kaarten, waarvoor aparte toestemming nodig is. De zich uitbreidende regelgeving en mogelijke opvolging van beslissingen roept op zichzelf weer vragen op rond bijvoorbeeld de positie van het CvTE en de vraag wat de status is van deze beslissingen. Zijn dit Awb-besluiten of niet? Waar raken de juridische normenpatronen elkaar vanuit de Wgbh/cz en de (overheids- en instellings)verantwoordelijkheid met betrekking tot het stellen van een gelijke maatstaf in toetsing en examinering? Ook deze casus geeft de botsing weer tussen verschillende juridische kaders. Enerzijds zijn er de algemene kaders rond toetsing en examinering, die raken aan het civiel effect van een door de overheid gegarandeerde waarde van een diploma of getuigschrift, en anderzijds de rechten die onderwijsafnemers hebben om dat diploma te halen met de ondersteuning die nodig is om het onderwijs waar zij toegang toe hebben (en internationaalrechtelijk ook moeten hebben) ook af te sluiten met een diploma dat hen mogelijkheden biedt voor het volgen van een vervolgopleiding of kansen op de arbeidsmarkt.

1.2 Afbakening, centrale vraag, definities

1.2.1 Afbakening

De problematiek rond toetsing, beoordeling en examinering is zo rijk, zo complex, maar ook zo geschakeerd dat het zich naar onze mening goed leent voor een proefschrift. De ruimte en tijd voor dit preadvies noopt ons echter tot keuzes, tot het schetsen van hoofdlijnen voortvloeiend uit wetgeving, jurisprudentie en doctrine. We proberen in vogelvlucht een overzicht te geven van de kaders en ontwikkeling in alle sectoren, maar zullen – gegeven de actuele casus waarmee we dit preadvies begonnen – enigszins het accent leggen op het

16. CGB 2011-75, r.o. 3.15.

17. *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 2437.

18. Regeling van het College voor Toetsen en Examens van 27 juni 2016, nummer CvTE-16.01424, houdende vaststelling van toegestane hulpmiddelen voor de centrale examens van de eindexamens en de staatsexamens vo in 2018 (Regeling toegestane hulpmiddelen voor de centrale examens vo 2018).

voortgezet onderwijs. Dit betekent dat we belangrijke, aanverwante thema's zoals bijvoorbeeld internationale diploma-erkenning (dat bij het 'vertalen' van een diploma immers ook een beoordeling vergt) moeten laten liggen. Evenzo geldt dit voor een (uitgebreide) rechtsvergelijkende studie. Op enkele plaatsen verwijzen we wel naar de Vlaamse praktijk, met name in het hoger onderwijs, omdat zich daar gelijkaardige problemen voordoen en (zo lijkt het) al wat verdere gedachten zijn geformuleerd door toetsende instanties zoals de Raad voor de Betwistingen inzake Studievoortgangsbepalingen over het aanleggen van maatstaven voor (behoorlijke) beoordeling en toetsing.

Ons doel is een richtpunt te geven voor de verdere juridische inrichting van toetsing, en examinering. Een discussie daarover zal ongetwijfeld in de komende jaren nog verder gevoerd worden.

1.2.2 *Zelfstandig preadvies over toetsing en leerlingen/studenten met een beperking*
Zoals hiervoor is gesteld vormt een apart onderwerp de vraag hoe toetsing, beoordeling, bevordering en examinering moet worden gezien in het licht van passend onderwijs en de Wet gelijke behandeling handicap of chronische ziekte. Ten aanzien van leerlingen met een ondersteuningsbehoefte of studenten met een functiebeperking zijn speciale regelingen van toepassing en kunnen ook specifieke vragen worden gesteld over de spanning tussen het civiel effect dat geborgd moet worden, en de verplichtingen die gelden om leerlingen en studenten de juiste ondersteuning of doeltreffende aanpassing te bieden. Annie Wigger en Joke Sperling zullen in hun aansluitende preadvies ingaan op dit specifieke onderdeel.

1.2.3 *Leidende vraagstelling*

De centrale vraag die wij in dit preadvies stellen is deze: welke juridische principes of beginselen liggen ten grondslag aan de beoordeling van leerlingen en studenten? We nemen hierbij een ruim begrip van 'beoordeling' als uitgangspunt.

Voor (een begin van) een antwoord moeten we vaststellen:

- Welke wettelijke kaders er zijn in de verschillende sectoren ten aanzien van de beoordeling, bevordering en toetsing van leerlingen en studenten. We bezien daarbij ook de ruimte die er is voor docenten om tot een bepaalde beoordeling te komen.
- Wat de juridische kwalificatie is van een besluit tot toetsing, examinering en diplomering en hoe de rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen is geregeld (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk, bij welke instantie).
- Hoe geschilbeslechtende instanties beoordelingen in het onderwijs toetsen, en welke principes of uitgangspunten zij daarbij hanteren.
- Welke juridische kaders en richtlijnen er zijn bij fraude.
- Op welke punten de wetgeving inzake examinering en toetsing lacunes vertoont.

1.2.4 *Definities*

Bij de te hanteren definities zullen we ons richten op de definities zoals die in de wetgeving (en uitwerkingen daarvan) worden gehanteerd. Wat daarbij

voorschans opvalt is dat er geen eenduidige definities worden gehanteerd. In afgeleide zin kunnen we stellen dat toetsing gaat om het proces en de instrumenten waarmee een leerling/student wordt gemeten op kennis en vaardigheden. Daartoe wordt een programma of reglement vastgesteld. Beoordeling betreft in de kern *oordelen*: het vaststellen van een cijfer of andere vorm van waardering (onvoldoende/voldoende). Examens (en de procedure naar het examen) hebben vaak een specifieke betekenis, in de zin dat er een verbondenheid is met een wettelijke graad, de diplomering. In hoofdstuk 2 zullen we aan de hand van de besproken wet en wetsgeschiedenis in de verschillende sectoren nadere voorbeelden geven.

1.3 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 beschrijven we – na een korte beschouwing over de grenzen van de wetgever bij het stellen van regels in het kader van de grondwettelijke vrijheid van onderwijs – op hoofdlijnen de wetgeving die van toepassing is bij toetsing, beoordeling en examinering in de verschillende sectoren. Wat regelen de WPO, WVO, WEB en WHW ten aanzien van toetsing en beoordeling? Wie heeft welke bevoegdheden? Welke lijn zien we in de ontwikkeling van wet- en regelgeving op het gebied van toetsing en examinering?

Hoofdstuk 3 gaat vervolgens in op de kwalificatie van besluiten rond toetsing, beoordeling en examinering, diplomering (verstrekking en intrekking) en de wijze van rechtsbescherming. Bij wie kan wanneer de beoordeling worden getoetst? Wanneer is sprake van een Awb-besluit? Tevens beschrijven we in dit hoofdstuk de patronen die volgen uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) waarin beoordelingsbeslissingen (juridisch) worden getoetst. In welke mate is het professioneel oordeel toetsbaar en (on)aantastbaar? Wat is de lijn van de rechter en beroepscommissies?

In hoofdstuk 4 bespreken we fraude als een apart onderdeel. Wat wordt in de wet en in de jurisprudentie omschreven als fraude? Hoe moeten maatregelen tegen fraude gekwalificeerd worden? Hoe verhouden de fraudebepalingen zich ten opzichte van de overige regelingen rond toetsing en examinering?

Hoofdstuk 5 ten slotte bevat een slotbeschouwing, waarin we de hoofdvraag in enkele grove contouren proberen te beantwoorden. Hier adresseren we het fundamentele probleem van de ruimte die er moet zijn voor de docent enerzijds en het recht van de student/leerling op een faire beoordeling anderzijds. Tevens gaan we in op de rol van ‘toezichtsorganen’, zoals examencommissies, en de juridische beginselen die ten grondslag (zouden moeten) liggen aan toetsing, beoordeling, examinering en diplomering.

Inhoudelijk is dit preadvies afgerond 1 oktober 2018. Met nadien verschenen Kamerstukken, literatuur en uitspraken is, een enkele uitzondering daargelaten, geen rekening gehouden.

2 WETGEVING OVER BEOORDELING, TOETSING, BEVORDERING EN EXAMINERING

In dit hoofdstuk behandelen we in grote lijnen het wettelijk kader rond toetsing en examinering. Begonnen wordt in par. 2.1. met een schets van het internationale recht en de Grondwet, meer bepaald artikel 23 Grondwet. In welke mate zijn toetsing, beoordeling en examinering onderdeel van het recht op onderwijs of de vrijheid van onderwijs en aan wie behoren die rechten? Wat zegt het constitutionele recht over de afsluiting van onderwijs als onderdeel van recht op (het geven van) onderwijs?

Vervolgens gaat par. 2.2 in op het wettelijk kader in het primair onderwijs, waarbij we de bepalingen behandelen die kaders stellen of verplichtingen opleggen aan onderwijsinstellingen in het primair onderwijs, met name de afsluitende eindtoets en het onderwijskundig rapport. Par. 2.3 bevat de beschrijving voor wat betreft het voortgezet onderwijs, par. 2.4 voor het middelbaar beroepsonderwijs en par. 2.5 voor het hoger onderwijs. Par. 2.6 rondt dit hoofdstuk af met een korte beschouwing over de patronen in het wettelijk kader en de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden op de genoemde onderdelen: hoe wordt de beoordeling en toetsing juridisch ingekaderd? Centraal in dit hoofdstuk staan de kaders die van toepassing zijn bij toetsing en beoordeling van leerlingen en studenten.¹⁹ In dit verband stellen we niet de materiële normen centraal (de deugdelijkheidseisen: wat moeten leerlingen bijvoorbeeld kennen en kunnen, zoals bijvoorbeeld geregeld in de kerndoelen), maar specifiek de formele voorschriften rond (landelijke) examens, toetsing en diplomering en de daarbij betrokken interne en externe organen.

2.1 Vooraf: internationaalrechtelijk en grondwettelijk kader

In deze paragraaf beschouwen we de reikwijdte van de wetgever om regels te stellen ten aanzien van toetsing en examinering. In welke mate mag de wetgever regels stellen ter zake van de inrichting van toetsen, examens, beoordelingen (bevorderingen) en diploma's? Valt dit binnen de constitutionele bescherming van instellingen of is er juist een verplichting voor de staat om toetsing (wettelijk) te borgen of regels te stellen ten aanzien van diploma's? En wat heeft de wetgever gesteld omtrent de functie en doel van toetsing en examens?

2.1.1 *Internationaal recht: recht op afronding van gevolgd onderwijs*

Het internationale recht waarborgt het recht van 'eenieder' (vgl. artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM) op onderwijs, maar borgt het internationale recht nu ook een recht op (het doen van) examens? Of het behalen van een diploma? Wanneer we kijken naar de letterlijke tekst van verdragen zoals het EVRM of IVESCR (artikel 13, lid 2, IVESCR) wordt daar niet het recht op het afronden van een studie of onderwijs als specifiek recht benoemd. Toch houdt het recht op

19. Er is uiteraard ook veel te zeggen over toetsing of examinering van docenten. In historische zin waren bijvoorbeeld in de Lager Onderwijswet 1920 verschillende bepalingen met name gericht op het examineren van (potentiële) leerkrachten en niet zozeer van leerlingen. Het 'vergelijkende examen' was een van de eerste methoden om een landelijke standaard voor onderwijzers, en dus voor het nationale onderwijs neer te zetten.

onderwijs niet alleen een recht in om toegang tot een bepaalde vorm van onderwijs te krijgen, maar ook het recht om die opleiding, binnen een redelijke termijn, af te ronden met een officiële kwalificatie.²⁰ Zoals het Europese Hof in de Belgische taalzaak dit omschreef: ‘For the “right to education” to be effective, it is further necessary that, inter alia, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed.’²¹ Hier wordt dus de term ‘officiële erkenning’ gebruikt.

In het verlengde hiervan werd in een uitspraak van Rechtbank Den Haag vastgesteld ‘dat de personen die onderwijs volgen een officiële erkenning kunnen krijgen van het feit dat zij hun opleiding hebben voltooid. In het Nederlandse onderwijs moet een diploma als een officiële erkenning worden aangemerkt’.²² Het betrof een uitspraak over een mbo-student, die vanwege het feit dat hij geen verblijfstitel had, niet in staat bleek zijn opleiding af te ronden.²³ De stage die de student wilde doen was een verplicht onderdeel van de mbo-opleiding. Hij had van deze opleiding al wel alle theoretische onderdelen succesvol afgesloten. Het afronden van het praktijkdeel, te weten het lopen van een stage van vijf maanden bij een bank, was evenwel problematisch, omdat deze stage werd gekwalificeerd als ‘arbeid’ in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Dit had tot gevolg dat voor deze stage een tewerkstellingsvergunning was vereist. Deze tewerkstellingsvergunning werd hem echter niet verstrekt, omdat hij illegaal in Nederland verbleef. Het gevolg van deze onmogelijkheid om aan zijn stageverplichtingen te voldoen was, dat eiser de door hem gevolgde opleiding niet met een diploma kon afsluiten. De rechtbank stelde met zijn uitspraak de wet en praktijk van de Wav op dit punt op scherp. Mbo-instellingen konden wel schoolverklaringen afgeven, maar geen diploma. De minister was op dat moment niet bereid om de Wav aan te passen.²⁴ In die zin lijkt er sprake te zijn van een scherpe scheiding tussen het recht op onderwijs voor minderjarige, in dit geval illegale, vreemdelingen en het ontbreken van een ‘kwalificatierecht’ na het bereiken van de meerderjarige leeftijd.

2.1.2 *Grondwet: vrijheid van toetsmethoden*

Vanuit de nationale grondwet bezien staat het geven van onderwijs (historisch) centraal (artikel 23, lid 2, Grondwet). In de jurisprudentie en de doctrine is de vrijheid van de bestuurlijke entiteit (rechtspersoon) om een school op te richten en in te richten, uitgangspunt.²⁵

20. Vgl. P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens, *Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving*, Rotterdam/Tilburg, NCOR 2016, p. 35.

21. EHRM 23 juli 1968, Series A, Vol. 6 (Belgische Taalzaak); zie ook P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs: op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 50.

22. Vgl. Rb. Den Haag 2 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4736.

23. Zie hierover nader P.W.A. Huisman & J.C. de Wit, ‘Hoe ver reikt het recht op onderwijs voor illegalen?’, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten / NJCM Bulletin*. 2013, 38 (1), p. 19-32.

24. *Kamerstukken II 2011/12*, 32 144, nr. 11.

25. Zie P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud* (oratie ESL), Den Haag: Sdu 2011.

Wie en wat beschermt de Grondwet als het gaat om toetsing, beoordeling en examinering? Artikel 23 Grondwet heeft twee gezichten: enerzijds bevat het klassieke afweerrecht ten opzichte van de overheid, zoals de vrijheid van richting voor het bijzonder onderwijs in het vijfde lid, anderzijds ook het sociale grondrecht, de aanhoudende zorg der regering voor het onderwijs in het eerste lid. In de Nederlandse context is het bevoegd gezag, de rechtspersoon, van oudsher de primaire drager van de onderwijsvrijheid, en niet de onderwijsafnemer of de ouder. Wel is volgens de Grondwet het onderwijs voorwerp van aanhoudende zorg van de regering (eerste lid), moet (mede) met het oog op de ontvanger van onderwijs toezicht gehouden worden (tweede lid), moet de wetgever deugdelijkheidseisen stellen (vijfde en zesde lid) en moet voor de leerplichtige fase gezorgd worden voor algemeen-toegankelijk openbaar onderwijs (vierde lid) en volledige bekostiging (zevende lid).

In (recente) wetgeving is te zien dat de zorg van overheid en ‘de verantwoordelijkheid voor het stelsel’ als legitimatie wordt gebruikt om normen te stellen ten aanzien van toetsing en examinering, zie aldus bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij de introductie van de centrale eindtoets en het leerlingvolgsysteem in het primair onderwijs.²⁶ De systematiek van het stellen van exameneisen en eisen aan toetsing volgt hier het grondwettelijke spoor van de mogelijkheid tot het stellen van deugdelijkheidseisen door de wetgever. De overheid kan dus eisen stellen, maar is daarbij op de eerste plaats begrensd door de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs, en het beginsel van pedagogische autonomie van het openbaar onderwijs.²⁷ Bij de introductie van de verplichte eindtoets in het basisonderwijs merkte de regering op: ‘Het staat voorop dat scholen een eigen, gelijkwaardige en vrije keuze kunnen maken tussen de centrale eindtoets en beschikbare andere eindtoetsen. Onder gelijkwaardigheid is ook begrepen dat scholen geen financieel nadeel ondervinden van de eventuele keuze voor een andere eindtoets. Dit alles is in lijn met de grondwettelijke inrichtingsvrijheid en financiële gelijkstelling.’²⁸

Artikel 23, lid 6, Grondwet beschermt expliciet de keuze der leermiddelen. Dit omvat niet alleen het leermateriaal en de methoden van onderwijs, maar ook de keuze voor toetsmethoden. In het stellen van examen- of toetsvoorschriften, met name op de inhoud (wat moet getoetst worden aan het eind van het basisonderwijs en het voortgezet onderwijs), heeft de wetgever zoveel ruimte als hij heeft bij het stellen van deugdelijkheidseisen: immers, die voorschriften bepalen in belangrijke mate wat onderwezen wordt. Tot hoever de ruimte van de wetgever gaat varieert echter in de tijd. In de WVO en in het Eindexamenbesluit was vroeger de mogelijkheid opgenomen om bij richtingbezwaren tegen de opgaven voor toetsing in de basisvorming eigen opgaven te maken of vrijstelling van deelname in ‘identiteitsgevoelige vakken’ zoals geschiedenis en maatschappijleer te vragen. Deze mogelijkheden zijn in het voortgezet onderwijs echter vervallen.²⁹

26. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 157, nr. 3, p. 40.

27. Daarover P.W.A. Huisman, ‘De vrijheden van het openbaar onderwijs’, in: M.T.A.B. Laemers (red.), *De houdbaarheid van het duale bestel. Overeenkomsten en verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs 100 jaar na de Pacificatie*. Den Haag: Sdu 2017.

28. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 157, C, p. 22.

29. *Stb. 1997*, 588 en *Kamerstukken II 1996/97*, 25 168, nr. 5, p. 23-24.

2.1.3 *Examens: rol van de overheid en wetgever in de borging van civiel effect; de Nota Examens in het voortgezet onderwijs*

In de *Nota Examens in het voortgezet onderwijs* uit begin jaren tachtig van de vorige eeuw wordt geschetst welke functies examens hebben vanuit overheidsperspectief.³⁰ Deze (uitvoerige) nota geeft goed weer wat de legitimiteit is van de overheid bij het reguleren van examens en toetsing en welke principes daaraan ten grondslag liggen. Daarom verdient dit document het er wat uitgebreider bij stil te staan. Het examen heeft op de eerste plaats de *paspoortfunctie*: ‘Het meest zichtbare gevolg van het examen is, dat kandidaten een document kunnen verwerven – diploma – waaraan ze bepaalde mogelijkheden kunnen ontlenuen.’³¹ De regering ziet diplomering in dit verband als ‘een uiterst belangrijke functie in de verdeling van (ex)leerlingen over maatschappelijke posities en in het bijzonder ook in de mogelijkheden voor vervolgonderwijs. Dat heeft enerzijds grote voordelen boven oudere mechanismen voor toewijzing van posities zoals geboorte, nepotisme, macht, enz., anderzijds zijn er ook nadelen aan verbonden.’ Onder deze noemer wordt geschetst dat het categoriaal stelsel van scholen beperkingen met zich brengt, en dat diploma’s verschillende waarderingen met zich brengen. Dit ziet op de vraag hoe ‘breed’ of ‘smal’ het diploma is en welke toegang het geeft tot vervolgonderwijs.

Bij het noemen van de tweede functie, *kwaliteitscontrole*, wordt verwezen naar de noodzaak om deugdelijkheidseisen te stellen en wordt het dilemma geschetst van de spanning tussen vrijheid en verantwoordelijkheid: wat moet de overheid regelen, wat is aan scholen zelf? En welke eisen moeten worden gesteld, en zijn die eisen misschien niet te eenzijdig (cognitief)? De regering schetst hier dat het daarom van belang is een balans te vinden tussen de vrijheid en eigen invulling enerzijds, en de externe, maatschappelijke eisen waar de overheid voor verantwoordelijk is, anderzijds: ‘Wanneer het examen geheel beperkt blijft tot een extern examen, dan is het gevaar te groot dat de genoemde beperking tot het klaarstomen van het examen hier en daar zal optreden. Daarom is het van groot belang dat de scholen zelf een gedeelte van het examen in handen houden.’³²

Een derde functie wordt gezien in de *regulering binnen het schoolstelsel*. De nota verbindt dit nadrukkelijk met het toelatingsrecht of de toelaatbaarheid in vervolgonderwijs. Er is in dit kader een eindverantwoordelijkheid van het bevoegd gezag, maar de toelatingsvoorwaarden voor het hbo en mbo moeten wel nader gereguleerd worden, zo wordt opgemerkt. Toelaatbaarheid gaat in dit geval over de kwalificaties die een kandidaat moet hebben om in ieder geval te worden toegelaten tot de vervolgonderwijs; toelatingsrecht gaat over het recht van de kandidaat om – als voldaan wordt aan de voorwaarden – ook daadwerkelijk te worden toegelaten. Er is dan nog slechts een beperkte ruimte voor het bevoegd gezag om nadere eisen te stellen (bijvoorbeeld in de sfeer van een extra toelatingstest).³³ Examens bepalen dus voor een belangrijk deel ook

30. *Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2.*

31. *Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 10.*

32. *Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 12.*

33. Zie in dit kader het recent geregelde toelatingsrecht in de WEB.

de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor het vervolgonderwijs en de marges voor selectievrijheid (de keerzijde van toelatingsrecht) voor het bevoegd gezag. De laatste functie van examens die de nota beschrijft is de *operationalisatie van doelstellingen*, die bijvoorbeeld in het schoolplan is opgenomen. Het examen biedt de mogelijkheid om abstracte doelen te vertalen in concrete streefnormen. Samenvattend wordt gesteld dat examens een *selecterende functie* hebben (toegang tot vervolgonderwijs of tot bepaalde sectoren in de maatschappij), een *kwalificerende* (een bewijs 'iets te kunnen en te kennen') en een *informerende* functie (aan de maatschappij en de leerling): het geeft aan of en hoe doelen van het onderwijs bereikt zijn.³⁴

Daarnaast wordt de regelgevende bevoegdheid van de wetgever voor wat betreft examinering aan de orde gesteld, waarbij tevens sprake kan zijn van horizontale delegatie. In de nota is sprake van delegatie aan de Kroon (regering): 'Deze heeft in diverse eindexamenbesluiten regelingen gegeven, waarbij de examens vaak worden verdeeld in een centraal schriftelijk examen en een schoolonderzoek. Dit betekent dat de Kroon ook, zolang zij daarbij niet in strijd komt met Grondwet en wet, de bevoegdheid heeft om een centraal schriftelijk examen in te stellen in een sector waar tot dan toe een schoolonderzoek bestond of om bij een bestaand schoolonderzoek nadere reglementering te geven. Overwogen kan echter ook worden in de toekomst de examens voortaan bij wet te regelen.'³⁵

Door de introductie van centraal schriftelijke, landelijke examens bij de invoering van de WVO in 1968 heeft de overheid een toenemende invloed op de examens gekregen. De nota gaat in dat verband ook in op de overwegingen betreffende de scheiding tussen schoolonderzoek en schriftelijk examen, waaraan aspecten die te maken hadden met uitvoerbaarheid, meetbaarheid en (toebedeling van) vrijheid ten grondslag lagen (zie verder par. 2.3). 'De verantwoordelijkheid van de overheid voor examens kan in een tweetal begrippen worden samengevat: kwaliteit en doeltreffendheid. Kwaliteit heeft betrekking op de vraag welke doelstellingen worden nagestreefd. Doeltreffendheid verwijst naar de mate waarin deze doelstellingen worden gerealiseerd.'³⁶ In de nota wordt ook gewezen op een alternatief, namelijk stringenter 'inputnormen' (gebruiken van methoden, groepsvormen en leermiddelen), maar dat zou weer te zeer een inbreuk vormen op de inrichtingsvrijheid. Daarom is het stellen van normen aan examens belangrijk in de waarborg 'van overheidswege' voor deugdelijk onderwijs.³⁷

De rol van de overheid ziet op het belang van het bewaken van de balans tussen uniformiteit en pluriformiteit: examens als factor in het bevorderen van sociale cohesie. De (ook toen al zichtbare) ontwikkeling naar meer pluriformiteit in de maatschappij³⁸ betekende volgens de regering dat het belang van (uniformerende) examens toenam: 'Te ver toegeven aan de pluriformiteit vermindert deze bete-

34. Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 17.

35. Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 16.

36. Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 30.

37. Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 31.

38. 'Deze vraag klemte te meer, daar de culturele eenheid die voor het stellen van uniforme deugdelijkheidseisen wordt verondersteld, duidelijk afneemt.'

kenis [van het diploma] en daarmee de mogelijkheden die de leerling met zijn diploma verwerft; de overgangen binnen het onderwijs zijn zeer gediend met uniformiteit. Daar waar het onderwijs zeer pluriform is, bij voorbeeld in de USA, krijgt het vervolgonderwijs de neiging eigen toelatingsexamens te gaan instellen; binnen het Nederlands stelsel zijn die er niet meer en (...) die [dienen] er ook niet (...) te komen.³⁹ De trend naar verdere individualisering en de vraag naar onderscheiden niveaus binnen de sector werd al opgemerkt, en gesteld werd – bijna profetisch gezien de huidige discussies over de mogelijkheden van ‘maatwerkdiploma’s – dat er grenzen zijn die in acht genomen moeten worden om genoemde functies van het examen niet te verliezen: ‘Gaat men uit van het individualiseringsprincipe, dan zijn er redenen om het aantal mogelijk te onderscheiden niveaus zeer groot te nemen. Deze onderwijskundige individualisering wordt echter beperkt door de hanteerbaarheid van het niveaustelsel in het maatschappelijke verkeer. Juist gezien het feit dat het hier om eindpunten van gevolgd onderwijs gaat die voor de maatschappij en het vervolgonderwijs van belang zijn, zal men de te onderscheiden niveaus in verband met maatschappelijke herkenbaarheid en transparantie zo beperkt mogelijk dienen te houden.’⁴⁰

In de wisselwerking tussen inhoud en examinering is er van oudsher sprake van gescheiden verantwoordelijkheden: het leerplan werd opgesteld door het bevoegd gezag, terwijl de examenprogramma’s over het algemeen werden vastgesteld door de minister, in samenspraak met het veld. Dit werd in de nota toegelicht met het voorbeeld van het onderdeel letterkunde Frans; het programma van eindexamens mavo-havo-vwo ging uit van een door de kandidaat gelezen letterkundig werk en stelde dus in die zin een wettelijke randvoorwaarde. *Welke* letterkundige werken al dan niet konden worden gelezen, welke aspecten uit de theorie en geschiedenis van de letterkunde werden behandeld en geëxamineerd, was echter een leerplanmatige aangelegenheid en lag dus binnen de inrichtingsvrijheid van het bevoegd gezag. Kortom, de overheid kon en kan niet alles vangen in landelijke examens. Zo zijn er bij ‘geëxamineerde vakken (...) onderdelen die om levensbeschouwelijke, ethische of toetstechnische redenen niet voor examinering in aanmerking komen.’⁴¹

2.2 Wettelijk kader primair onderwijs

2.2.1 *Historie*

We beginnen met een korte historische noot. De Wet op het basisonderwijs (WBO) had geen bepalingen specifiek rond toetsing of beoordeling. Wel bevatte artikel 26 WBO een voorschrift over het onderwijskundig rapport voor het einde van de basisschool. Een dergelijk voorschrift was al eerder opgenomen in de Lager Onderwijswet 1920. In het rapport zouden onderwijsresultaten moeten worden opgenomen, de houding van de leerling ten aanzien van het onderwijs, welke voorkeuren voor het voortgezet onderwijs ‘de voorkeur

39. *Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 33.*

40. *Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 47.* Een vergelijkbare redenering en kritiek in het advies van de Onderwijsraad, *Maatwerk binnen wettelijke kaders*, Den Haag: Onderwijsraad 2015.

41. *Kamerstukken II 1980/81, 16 590, nrs. 1-2, p. 36.*

genieten' en 'bijzondere aandachtspunten'.⁴² De regering vond het niet nodig nader te regelen hoe dit rapport tot stand zou komen, met welke criteria enzovoorts. Men achtte het voor de hand liggen dat het zou worden opgesteld in overleg met de leraren die het betreffende kind onder de hoede hadden gehad; maar ook dat werd niet nodig geacht wettelijk vast te leggen.

Dit is tegenwoordig wel anders. Thans stelt artikel 11 WPO dat het bevoegd gezag met inachtneming van het leerling- en onderwijsvolgsysteem, bedoeld in artikel 8, lid 6, WPO, aan de ouders rapporteert over de vorderingen van de leerling. Artikel 12, lid 4, onder a, WPO schrijft voor, dat het stelsel van kwaliteitszorg in elk geval omvat het 'bewaken dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen en dat het onderwijs wordt afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van leerlingen, bedoeld in artikel 8, lid 1, mede met behulp van het leerling- en onderwijsvolgsysteem.'

2.2.2 Schooladvies

Artikel 42, lid 2, WPO schrijft voor dat het bevoegd gezag ten behoeve van iedere leerling in het achtste schooljaar voor 1 maart een schooladvies vaststelt omtrent het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs als bedoeld in de Wet op het voortgezet onderwijs. Het schooladvies maakt onderdeel uit van het onderwijskundig rapport. Indien de leerling blijkt de uitslag van de centrale eindtoets of andere eindtoets beschikt over meer kennis en vaardigheden dan die waarop het schooladvies berust, heroverweegt het bevoegd gezag het schooladvies. Indien hierbij wordt afgeweken van de uitslag van de centrale eindtoets of andere eindtoets, wordt dit gemotiveerd.

Bij toelating tot het VO moet het bevoegd gezag zijn beslissing tot toelating baseren op het schooladvies (artikel 3, lid 4, Inrichtingsbesluit WVO). Door sommigen werd bestreden dat sprake zou zijn van bindend advies, c.q. dat er nog steeds ruimte zou zijn voor het bevoegd gezag om af te wijken van dat advies.⁴³ Een toelatingsbesluit is breder dan alleen de vraag of is voldaan aan de ingangseisen voor het voortgezet onderwijs; uiteraard kunnen ook zaken zoals de ondersteuningsbehoefte of het onderschrijven dan wel respecteren van de richting van de bijzondere school daarvan onderdeel uitmaken. Maar voor zover het gaat om het advies dat de basisschool heeft gegeven omtrent welk type vervolgonderwijs, kan toch wel worden uitgegaan van de veronderstelling en bedoeling van de wetgever dat dit oordeel van de basisschool leidend is.⁴⁴ De totstandkoming van het advies is niet nader wettelijk ingekaderd: 'De basisscholen zijn eigenaar van hun eigen schooladvies. Ze bepalen zelf hoe dit advies tot stand komt en welke gegevens ze daarbij betrekken. Het is aan hun professionele oordeel om te bepalen hoe toetsgegevens hierin meewegen', antwoordde de regering op Kamervragen.⁴⁵ Daarbij is wel de veronderstelling dat er verschil-

42. Kamerstukken II 1979/80, 14 428, nr. 12, p. 41.

43. R.Th.J. van 't Zelfde, 'Het schooladvies. Wel of niet bindend voor de middelbare school?', *NJB* 2015/593, afl. 12, p. 748 e.v.

44. Aldus ook *Aanhangsel Handelingen II*, 2014/15, 3237.

45. *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 259.

lende bronnen worden gebruikt; de entreetoets in groep 7, leerkrachtobservaties en gegevens uit het leerlingvolgsysteem.⁴⁶

2.2.3 Centrale eindtoets

De WPO kent op dit moment een bepaling over de centrale eindtoets taal en rekenen (artikel 9b WPO). De centrale eindtoets meet kennis en vaardigheden van de leerling op het terrein van Nederlandse taal en rekenen en wiskunde. Het bevoegd gezag kan bij een leerling tevens de toets voor de kennisgebieden voor geschiedenis, aardrijkskunde en natuur afnemen. Indien de leerling meervoudig gehandicapt is of zeer moeilijk lerend en het bevoegd gezag bepaalt dat er geen eindtoets wordt afgenomen, moeten de ouders geïnformeerd worden over de grond van niet-afname. Als de leerling vier jaar of korter in Nederland is en de taal niet spreekt, overlegt het bevoegd gezag hierover met de ouders. De eindtoets is nader wettelijk geregeld in het Toetsbesluit PO. Daarin staat onder meer dat het resultaat dat een leerling behaalt tot een eenduidig advies leidt omtrent het te volgen vervolgonderwijs en dat de toets inhoudelijk valide en betrouwbaar is en een deugdelijke normering heeft (artikel 4 a en b Toetsbesluit PO).

Artikel 5 Toetsbesluit PO stelt dat de directeur de toets afneemt onder eindverantwoordelijkheid van het bevoegd gezag, waarbij hij zijn taken ook kan overdragen aan toetsleiders.⁴⁷ De eindtoets wordt afgenomen in overeenstemming met de afnameaanwijzingen die zijn opgenomen in het toetsreglement bij de desbetreffende toets (dat reglement wordt vastgesteld door degene die de toets heeft verstrekt of gemaakt, dat wil zeggen het College voor Toetsen en Examen, het CITO of een andere aanbieder die gerechtigd is eindtoetsen te verstrekken). De directeur draagt zorg voor de geheimhouding van de toetsopgaven nadat deze hem door de toetsaanbieder ter beschikking zijn gesteld. Artikel 6 bevat bepalingen over gevallen wanneer sprake is van onregelmatigheid bij afname. Dat moet gemeld worden bij de Inspectie, maar of en welke maatregelen worden genomen is aan de directeur. De eindtoets is in ieder geval niet op regelmatige wijze afgenomen indien is gehandeld in strijd met het betreffende toetsreglement, aldus artikel 6, lid 2, laatste volzin, Toetsbesluit.

Het besluit bevat ook bepalingen voor de toetsaanbieder. Artikel 8, lid 1, Toetsbesluit PO schrijft voor dat de toetsaanbieder voor iedere leerling die de eindtoets aflegt een leerlingrapport opstelt, waarin ten minste het resultaat van de eindtoets, het niveau waarop de toets is afgelegd, een advies omtrent het vervolgonderwijs en een indicatie van de beheersing van de referentieniveaus Nederlandse taal en rekenen worden opgenomen. Volgens het Toetsbesluit heeft de aanbieder dus ook eigenstandige verplichtingen, die bij niet-nakoming in ieder geval kunnen leiden tot opschorting of intrekking van de subsidie.

46. Zie voor een bondige samenvatting van de lijn van de LKC: <https://onderwijsgechillen.nl/thema/het-schooladvies>.

47. Overdragen lijkt hier een niet juiste term, de eindverantwoordelijkheid blijft immers bij het bevoegd gezag. Bedoeld zal zijn: opdragen.

2.2.4 *Professioneel statuut en beoordelingsvrijheid*

Relevant voor de vrijheid van toetsing en beoordeling van docenten is artikel 31a, lid 2, WPO: 'Leraren komt een zelfstandige verantwoordelijkheid toe als het gaat om het beoordelen van de onderwijsprestaties van leerlingen.' Deze bepaling is in de wet gekomen door introductie van de Wet op het lerarenregister en het professioneel statuut van de leraar. De Raad van State merkte op dat het voorstel geen wijziging aanbrengt in de wettelijke regels die betrekking hebben op het beoordelen van de vorderingen van leerlingen, zoals de vaststelling van het onderwijskundig rapport en het schooladvies bij het verlaten van de school. De leraar heeft dus, anders dan het voorstel bepaalt, net als voorheen slechts een gedeelde verantwoordelijkheid. Omdat de grenzen daarvan worden bepaald door de ruimte die de wetgever en het bevoegd gezag aan de leraar gunnen, is het de vraag wat deze bepaling beoogt te regelen. In elk geval lijkt de bepaling niet afgestemd op de hiervoor genoemde wettelijke regels. De Afdeling adviseerde het artikel te heroverwegen.

Wat betekent hier overigens de term onderwijsprestaties? In hoeverre heeft dit begrip enkel betrekking op resultaten van opdrachten, toetsen en examens of kunnen hieronder bijvoorbeeld ook bevindingen geschaard worden inzake het functioneren van een leerling in de groep, zo wilden de leden van de SGP-fractie weten bij de behandeling van de wet. 'Onder het begrip "onderwijsprestatie" wordt hier verstaan het resultaat van het vakinhoudelijke, vakdidactisch en pedagogisch proces in de klas. Onder het pedagogische proces wordt ook geschaard het functioneren van de leerling in de groep', aldus de regering in haar antwoord.⁴⁸

In de nota naar aanleiding van het verslag over de autonomie van de leraar werd het volgende opgemerkt: 'De beoordeling van leerprestaties door de leraar komt derhalve niet in isolement tot stand maar in afstemming met relevante anderen in het team. Het behoort tot de professionaliteit van de leraar daar zorg voor te dragen.'⁴⁹ De leden van de SGP-fractie vroegen of de regering kon bevestigen dat de zelfstandige verantwoordelijkheid van de leraren niet onverkort betekent dat deze zelfstandig een doorslaggevende stem hebben in de bespreking van onderwijsprestaties, bijvoorbeeld als het gaat om de overgang naar een volgende groep. Er diende, aldus de regering, inderdaad onderscheid gemaakt te worden tussen het beoordelen van, adviseren en beslissen over de onderwijsprestaties van leerlingen. Het beoordelen van de onderwijsprestaties van leerlingen is de verantwoordelijkheid van de leraar. Het schooladvies van de basisschool en het vaststellen van het examenresultaat zijn voorbeelden van adviezen en beslissingen die op basis van de relevante wettelijke bepalingen onder de verantwoordelijkheid van schoolleiding en bevoegd gezag worden geschaard. 'Overigens ligt het voor de hand dat het adviseren en beslissen over de leerling is gegrond in het professionele oordeel van de leraar over de onderwijsprestaties van de leerling.'⁵⁰

48. *Kamerstukken II 2015/16, 34 458, nr. 6, p. 49.*

49. *Kamerstukken II 2015/16, 34 458, nr. 6, p. 26.*

50. *Kamerstukken II 2015/16, 34 458, nr. 6, p. 26.*

2.3 Wettelijk kader voortgezet onderwijs

De WVO kent een aantal bepalingen rond examinering en toetsing. Daarnaast is er een op de WVO gebaseerde algemene maatregel van bestuur voor het eindexamen, het Eindexamenbesluit VO.

2.3.1 *Historie*

Examens en de regeling daarvan hebben vanaf het begin van de regeling van het middelbaar onderwijs (de Middelbaar Onderwijswet van Thorbecke van 1863) onderdeel uitgemaakt van het wettelijk stelsel. Daarbij stonden twee zaken centraal. Ten eerste het (toelatings)recht tot het examen: aan hen die het onderwijs hebben bijgewoond ‘wordt eenmaal ’s jaars gelegenheid gegeven om ten gevolge van een examen een getuigschrift of een diploma te verkrijgen. Tot die examens worden ook toegelaten zij, die het onderwijs aan die scholen niet hebben bijgewoond. De examens worden in het openbaar gehouden.’⁵¹ Ten tweede was dat het toezicht: ‘De commissiën, bedoeld in art. 56, zenden een verslag van hare werkzaamheden aan den gemeenteraad en een afschrift daarvan aan den inspecteur of de inspecteurs met het toezigt op de burgerscholen belast.’ Onder de MO-wet was dus sprake van het afnemen van het examen door een (door de school te benoemen) commissie, waarin ook de leraren van de betreffende vakken zitting hadden.

In de Mammoetwet van 1968 werd in het ontwerp een grondslag opgenomen voor een regeling (een aparte AMvB) inzake het eindexamen. De wettelijke bepaling luidde: ‘Het eindexamen wordt afgenomen door de rector of de directeur en leraren van de school onder toezicht, behoudens in de nader bij algemene maatregel van bestuur, de Onderwijsraad gehoord, te noemen gevallen, van een of meer door Onze minister aan te wijzen geëngageerden.’⁵² Bij de behandeling waren vele discussies over de inrichting van de eindexamens, maar met name over de kwestie of het eindexamen moest worden afgenomen door externen. De minister vond van wel: ‘Hij achtte het dan ook in het algemeen voor de ontplooiing van het onderwijs een dragelijker verplichting slechts eenmaal — aan het einde van de cursus — de leerlingen ten overstaan van geëngageerden een proeve te laten afleggen van de bereikte resultaten van het onderwijs.’⁵³ Bij een groeiende leerlingenpopulatie zou dit echter moeilijk of niet meer uitvoerbaar zijn zo, erkende hij.

2.3.2 *Bepalingen over bevordering*

De huidige WVO kent verschillende verplichtingen voor het bevoegd gezag die raken aan toetsing en examinering. Zo legt artikel 23b WVO de (informatie)verplichting op dat het bevoegd gezag rapporteert over de vorderingen van de leerlingen aan hun ouders, voogden of verzorgers, dan wel aan de leerlingen zelf indien zij meerderjarig en handelingsbekwaam zijn. Artikel 27, lid 1, WVO geeft aan dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur ‘voor elke soort

51. Artikel 56 MO-Wet in *Kamerstukken II 1862/63*, kamerstuknummer XXXIX, ondernummer 2.

52. Artikel 27 in *Kamerstukken II 1958/59*, 5350, nr. 2.

53. *Kamerstukken II 1960/61* 5350, nr. 8, p. 30.

van scholen of voor aan scholen als bedoeld in artikel 10a verzorgde profielen voorwaarden voor de toelating en voorschriften omtrent verwijdering en voorwaardelijke bevordering worden vastgesteld’.

Over bevordering en het behalen van resultaten staat op meer plaatsen in wet en AMvB het een en ander.⁵⁴ De wet regelde voorheen ook de toelating tot hogere leerjaren, maar deze bepaling in artikel 10 WVO is vervallen. Artikel 10, lid 1, Inrichtingsbesluit WVO beschrijft het uitgangspunt, dat een leerling niet tot een hoger leerjaar dan het eerste toegelaten wordt dan nadat uit een door het bevoegd gezag ingesteld onderzoek is gebleken dat de leerling het onderwijs in het leerjaar waarvoor toelating wordt gevraagd, naar verwachting met voldoende resultaat zal kunnen volgen, ‘met dien verstande dat toelating van een leerling tot het tweede of derde leerjaar niet wordt geweigerd op de grond dat de leerling een of meer vakken niet heeft gevolgd’. Artikel 12 Inrichtingsbesluit stelt verder dat voorwaardelijke bevordering uitdrukkelijk op het eindrapport wordt vermeld. Bovendien wordt hiervan schriftelijk mededeling gedaan aan ouders, voogden of verzorgers, waarbij wordt vermeld het tijdstip waarop definitief omtrent de overgang zal worden beslist alsmede de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om te kunnen worden bevorderd. Dit tijdstip ligt tussen 1 oktober en 1 januari daarop volgend. Voorts is geregeld dat een leerling niet voorwaardelijk wordt bevorderd tot het hoogste leerjaar.

2.3.3 *Regeling van het eindexamen*

Bezien we nu de bepalingen rond toetsing en examinering. Het wettelijk kader beperkt zich grotendeels tot het eindexamen.⁵⁵ Artikel 29, lid 1, WVO bepaalt dat de leerlingen van de scholen voor vwo, havo en vmbo de gelegenheid wordt gegeven aan deze scholen een eindexamen af te leggen, tenzij in plaats daarvan de gelegenheid bestaat tot het afleggen van een eindexamen dat niet vanwege de school wordt afgenomen, en het bevoegd gezag in verband hiermee een eindexamen aan de school niet nodig oordeelt. Het eindexamen kan voor elk vak of ander programmaonderdeel bestaan uit een schoolexamen (SE), een centraal examen (CE), dan wel uit beide. Die mogelijkheid kan de minister aan scholen ontnemen op grond van artikel 29, lid 1a, WVO, namelijk in die situaties waarbij ten aanzien van een schoolsoort of leerweg het gemiddelde verschil tussen de cijfers van het centraal examen en het schoolexamen over een periode van drie jaren meer dan een half punt bedraagt. Dan kan de minister besluiten dat het bevoegd gezag voor een periode van twee jaren leerlingen niet in de gelegenheid stelt een eindexamen af te leggen.⁵⁶

Het eindexamen wordt afgenomen door de rector, de directeur, de conrector, de adjunct-directeur of een of meer leden van de centrale directie en leraren van

54. Er is ook nog een twintig jaar oude beleidsregel actief, te weten de beleidsregel Gedifferentieerde afsluiting en doubleren in de tweede fase vwo/havo (1998). Deze beleidsregel legt uit hoe gehandeld moet worden wanneer delen van het schoolexamen al zijn afgesloten voor het laatste jaar en wat er gebeurt als een leerling doubleert (blijven resultaten geldig).

55. Artikel 28 WVO inzake Diagnostische toetsen Nederlandse taal en rekenen is per 1 augustus 2018 vervallen.

56. Wel moet er eerst mogelijkheid zijn tot herstel (over een periode van drie jaar), volgens artikel 29, lid 1b, WVO.

de school, aldus artikel 29, lid 2, WVO.⁵⁷ Het eindexamen staat onder toezicht van een of meer gecommiteerden behoudens voor bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen examens en examenonderdelen.

De AMvB die dit alles regelt is uiteraard het Eindexamenbesluit VO. Dit besluit bevat verschillende onderdelen.⁵⁸ Zo gaat het onder meer over de toelating tot het eindexamen (artikel 2 noemt bijvoorbeeld ook extraneï). Artikel, 3 lid 1 gaat over de regeling van de bevoegdheid: de directeur en de examinatoren van een school voor voortgezet onderwijs nemen onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag het eindexamen of deeleindexamen af. Artikel 4 Eindexamenbesluit stelt dat het eindexamen of deeleindexamen voor ieder vak kan bestaan uit een schoolexamen, uit een centraal examen dan wel uit beide en dat het schoolexamen vwo, havo en vmbo mede een maatschappelijke stage kan omvatten. Ook wordt in dit artikel een omschrijving gegeven van een profielwerkstuk. Het profielwerkstuk is 'een werkstuk, een presentatie daaronder begrepen, waarin op geïntegreerde wijze kennis, inzicht en vaardigheden aan de orde komen die van betekenis zijn in het desbetreffende profiel'. Als examinator wordt in artikel 1 van het besluit gedefinieerd 'degene die is belast met het afnemen van het examen in een vak of de rekentoets'. In tegenstelling tot het hoger onderwijs wordt de examinator dus niet specifiek aangewezen (ook is voorshands niet helder door wie hij belast wordt; aangenomen kan worden dat dat het bevoegd gezag is). Die aanwijzing is wel geregeld ten aanzien van de secretaris (een van de personeelsleden door de directeur van de school).⁵⁹ Dit is van belang, omdat de uiteindelijke vaststelling van de examenuitslag een 'co-productie' is: de directeur en de secretaris van het eindexamen stellen in geval van een eindexamen de uitslag vast met inachtneming van de wettelijke kaders (artikel 48 Eindexamenbesluit).

Een belangrijk ander element van het Eindexamenbesluit is de regeling van het Examenreglement en het programma van toetsing en afsluiting (PTA). Het bevoegd gezag van een school voor voortgezet onderwijs, respectievelijk de examencommissie vavo, stelt een examenreglement vast. Het examenreglement bevat in elk geval informatie over de maatregelen die genomen worden wanneer sprake is van een 'onregelmatigheid als bedoeld in artikel 5 van het Besluit, en de toepassing daarvan, alsmede regels met betrekking tot de organisatie van het eindexamen en de gang van zaken tijdens het eindexamen, de herkansingsmogelijkheden van het schoolexamen en – wat scholen voor voortgezet

57. Deze bevoegdheid kan niet worden overgedragen, bijvoorbeeld doordat de afname gebeurt onder 'gedelegeerde' verantwoordelijkheid van de directeur aan een ander(e) school(team). Zie Rb. Den Haag 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BM6346 (Vespucci College), waarin een particuliere school op Curaçao Nederlandse examens afnam.

58. Op www.examenblad.nl, de site van het CvTE, staan uitvoerig de verschillende bepalingen beschreven, en de aanhangende (beleids)regels en uitvoeringsvoorschriften.

59. Barkhuysen en Claessens wijzen in hun noot onder ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3729, AB 2017, 27 over de onduidelijkheid van de positie 'rector' versus 'directeur'. Wordt hier hetzelfde bedoeld? Het Eindexamenbesluit spreekt verder alleen van directeur. De functiebenaming hangt formeel samen met het onderscheid van benaming per onderwijssoort: 'Aan het hoofd van een school voor voorbereidend wetenschappelijk onderwijs staat een rector, aan het hoofd van een school voor algemeen voortgezet onderwijs, voorbereidend beroepsonderwijs en praktijkonderwijs een directeur', volgens artikel 32, lid 2, WVO. Aangenomen mag worden dat waar het Eindexamenbesluit verwijst naar de directeur voor de vwo-school de rector is bedoeld.

onderwijs betreft – de samenstelling en het adres van de in artikel 5 bedoelde commissie van beroep’.

Ten aanzien van de herkansing wordt in elk geval bepaald, in welke gevallen een herkansing mogelijk is. Ook kan worden bepaald dat tot die gevallen kunnen behoren, gevallen dat de kandidaat door ziekte of ten gevolge van een bijzondere van zijn wil onafhankelijke omstandigheid, niet in staat is geweest, aan de desbetreffende toets deel te nemen.

Het bevoegd gezag van een school voor voortgezet onderwijs, respectievelijk de examencommissie vavo, stelt jaarlijks voor 1 oktober een programma van toetsing en afsluiting vast, dat in elk geval betrekking heeft op het desbetreffende schooljaar. Volgens het Eindexamenbesluit vermeldt het PTA in elk geval:

- a. welke onderdelen van het examenprogramma in het schoolexamen worden getoetst,
- b. de inhoud van de onderdelen van het schoolexamen,
- c. de wijze waarop en de tijdvakken waarbinnen de toetsen van het schoolexamen plaatsvinden, de herkansing daaronder mede begrepen,
- d. de wijze van herkansing van het schoolexamen, alsmede
- e. de regels voor de wijze waarop het cijfer voor het schoolexamen voor een kandidaat tot stand komt.

Het examenreglement en het programma van toetsing en afsluiting worden door de directeur voor 1 oktober toegezonden aan de Inspectie en verstrekt aan de kandidaten.

Artikel 32 Eindexamenbesluit gaat over het afnametijdstip. Het bevoegd gezag bepaalt het tijdstip waarop het schoolexamen aanvangt. Het wordt afgesloten voor de aanvang van het eerste tijdvak zoals in het besluit omschreven. Ook bevat het artikel de werkwijze wanneer sprake is van bijzondere situaties zoals ziekte van de kandidaat. Voor de aanvang van het centraal examen moet de leerling weten welke beoordeling hij heeft gekregen voor het schoolexamen.

Artikel 35 Eindexamenbesluit bevat de verplichting dat het cijfer wordt uitgedrukt op een schaal van 1 tot 10 en formuleert enkele andere uitgangspunten voor het oordeel bij vakken zoals lichamelijke oefening. Artikel 35c Eindexamenbesluit stelt verder dat het schoolexamen bestaat uit een examendossier. Het examendossier is het geheel van de onderdelen van het schoolexamen zoals gedocumenteerd in een door het bevoegd gezag gekozen vorm. Voor het vmbo zijn nadere bepalingen opgenomen.

Artikel 36 Eindexamenbesluit betreft de aanwijzing van de gecommiteerden, waarbij het bevoegd gezag ervoor zorg draagt dat de aangewezen gecommiteerde zijn verplichtingen nakomt. Artikel 37 regelt de tijdvakken en artikel 40 nadere regels over de (omstandigheden van) afname en de gang van zaken tijdens afname. De directeur is hiervoor verantwoordelijk; de directeur moet er bijvoorbeeld voor zorgen, dat de opgaven voor het centraal examen geheim blijven tot de aanvang van de toets waarbij deze opgaven aan de kandidaten worden voorgelegd. Het College voor Toetsen en Examens (CvTE) kan opgaven aanwijzen waarvoor dit niet geldt. Tijdens een toets van het centraal examen worden aan de kandidaten geen mededelingen, van welke aard ook, aangaande de opgaven

gedaan, uitgezonderd mededelingen van het College voor Toetsen en Examens. De directeur is ook belast met het nodige toezicht bij het centraal examen. Daarvan moet proces-verbaal worden opgemaakt. Surveillanten leveren dit in bij de directeur samen met het gemaakte examenwerk. Een kandidaat die te laat komt, mag tot uiterlijk een halfuur na de aanvang van de toets tot die toets worden toegelaten en aan de kandidaten voorgelegde opgaven voor een toets van het centraal examen blijven in het examenlokaal tot het einde van die toets.

Over de beoordeling van het centraal examen bevat het Eindexamenbesluit de volgende relevante bepalingen. De examinerator (in het besluit gedefinieerd als: degene die is belast met het afnemen van het examen in een vak of de reken-toets) beoordeelt het werk zo spoedig mogelijk en past daarbij de beoordelingsnormen toe, bedoeld in artikel 2, lid 2, onder d, Wet College voor toetsen en examens.⁶⁰ De examinerator drukt zijn beoordeling uit in de score, bedoeld in artikel 2, lid 2, onder d, Wet College voor toetsen en examens. De examinerator zendt de score en het beoordeelde werk aan de directeur. De directeur zendt de van de examinerator ontvangen stukken met een exemplaar van de opgaven, de beoordelingsnormen, het proces-verbaal en de regels voor het bepalen van de score aan de 'collega-school' van de gecommiteerden. De directeur geeft deze vervolgens aan de gecommiteerde. Hij of zij beoordeelt het werk zo spoedig mogelijk en past daarbij ook weer de beoordelingsnormen en de daarbij behorende scores toe zoals vastgesteld door het CvTE. De gecommiteerde voegt bij het gecorrigeerde werk een verklaring betreffende de verrichte correctie. Deze verklaring is medeondertekend door het bevoegd gezag van de school waarbij de gecommiteerde werkzaam is.

Artikel 42 Eindexamenbesluit regelt de vaststelling van de score en cijfers van het centraal examen. De examinerator en de gecommiteerde stellen in onderling overleg de score voor het centraal examen vast. Bij onenigheid komt de Inspectie van het Onderwijs in beeld, waarover hieronder meer. Artikel 42 betreft de wijze van vaststelling van het cijfer, maar hoe moet worden gehandeld bij herziening, wanneer *na* vaststelling en *na* inzage bezwaar wordt gemaakt door de leerling over het toekennen van het cijfer? Deze situatie is niet voorzien in de wetgeving, maar niettemin zijn door het CvTE 'quasi-beleidsregels' opgesteld in de vorm van een handreiking.⁶¹ De bindendheid daarvan wordt overigens in een uitspraak in twijfel getrokken.⁶²

In de jurisprudentie wordt duidelijk dat zorgvuldigheid in de procedure tussen de examinerator en gecommiteerde bij het niet tot overeenstemming komen in alle gevallen in acht moet worden genomen, ook in de gevallen waar de wet niet direct op ziet (zoals een geschil over een cijfer *na* vaststelling).⁶³ Andere

60. De opdracht van het College is onder meer het bij regeling vaststellen van de beoordelingsnormen en de daarbij behorende scores.

61. Op de site van het CvTE wordt gesteld dat ministerie, Inspectie en CvTE geen rol hebben, maar dat wel een 'suggestie' voor de oplossing wordt gegeven: <https://www.examenblad.nl/nieuws/20180426/handreiking-geschil-score-centraal/2018>.

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

63. Rb. Midden-Nederland 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4116. Er geldt een zorgplicht; het bevoegd gezag kon hier niet aantonen dat er overeenstemming was (dit was kennelijk alleen telefonisch besproken).

uitspraken wijzen erop dat er voor de leerling echter geen mogelijkheid bestaat om een gang naar de derde corrector af te dwingen als examinator en geëngageerde wel (bewezen) tot overeenstemming zijn gekomen.⁶⁴

Artikel 48 Eindexamenbesluit bepaalt dat de directeur en de secretaris van het eindexamen in geval van een eindexamen de uitslag vaststellen met inachtneming van hetgeen het besluit verder bepaalt aan kaders rond de vaststelling. Relevant zijn tot slot de artikelen 49 en 50 over de uitslag. Artikel 52, lid 2, Eindexamenbesluit bevat voorts de bepaling dat de directeur op grond van de definitieve uitslag aan elke voor het eindexamen geslaagde kandidaat, daaronder mede begrepen de kandidaat die zijn eindexamen met gunstig gevolg heeft voltooid ten overstaan van het College voor Toetsen en Examens, een diploma uitreikt waarop het profiel of de profielen zijn vermeld die bij de uitslag zijn betrokken. Op het diploma vmbo is in elk geval de leerweg vermeld. De kaders voor herkansingen van het CE zijn geregeld in artikel 51.

2.3.4 *Inspectiekader*

De Inspectie hanteert bij het toezicht op het wettelijk kader de volgende standaard: 'De school heeft een Programma van Toetsing en Afsluiting en examenreglement die voldoen aan de eisen van de wetgeving. In deze documenten maakt de school tijdig duidelijk hoe de organisatie van het examen verloopt en welke maatregelen de school hanteert bij leerlingen die zich niet aan de regels hebben gehouden. Ook moet beschreven staan welke examens leerlingen op welke manier kunnen herkansen. Verder moet duidelijk zijn welke stof wanneer wordt geëxamineerd, hoe het examen meeweegt en welke vrijstellingen gelden. De examinering verloopt volgens het PTA en examenreglement.'⁶⁵

Welke bevoegdheden heeft de Inspectie in het kader van de examinering in het voortgezet onderwijs, bijvoorbeeld bij calamiteiten zoals de casus VMBO-Maastricht? De Inspectie moet geïnformeerd worden bij onregelmatigheden (fraude, maar ook ongeoorloofde afwezigheid) volgens artikel 5, lid 3, Eindexamenbesluit. De Inspectie ontvangt ook het PTA, maar heeft – voor zover te zien – geen toetsende bevoegdheid buiten hetgeen hierboven is opgenomen in de standaard. Wanneer examinator en geëngageerde er niet met elkaar uitkomen bij de beoordeling van de score voor het centraal examen, moet het bevoegd gezag *van de geëngageerde* (dus niet het bevoegd gezag waar de leerling is ingeschreven!) de Inspectie op de hoogte stellen. De Inspectie kan een onafhankelijke corrector aanwijzen. De beoordeling van deze corrector komt in de plaats van de eerdere beoordelingen (artikel 42, lid 1, Eindexamenbesluit).

Artikel 43 Eindexamenbesluit stelt: 'Indien het centraal examen naar het oordeel van de inspectie niet op regelmatige wijze heeft plaatsgehad kan zij besluiten dat het geheel of gedeeltelijk voor een of meer kandidaten opnieuw wordt afgenomen.' Lid 2 vervolgt: 'De inspectie verzoekt het College voor Toetsen en Examens nieuwe opgaven vast te stellen en bepaalt op welke wijze en door wie het examen zal worden afgenomen.' Ten aanzien van het schoolexamen ontbre-

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

65. Onderzoekskader VO versie 1 juli 2018, standaard OP8 Toetsing en afsluiting. Dit geeft aan dat er een aantal zaken in moeten staan, maar niet hoe een en ander wordt ingericht en of dat bijvoorbeeld uitvoerbaar is.

ken die specifieke bevoegdheden.⁶⁶ Artikel 6o Eindexamenbesluit bevat ten slotte nog een andere ‘noodknop’: ‘Onze Minister kan bij of krachtens dit besluit vastgestelde voorschriften buiten toepassing laten of daarvan afwijken voor zover onverkorte toepassing zal leiden tot onbillijkheden van overwegende aard.’

2.3.5 *Docenten*

In het voortgezet onderwijs gelden evenzo de bepalingen van het professioneel statuut en de zelfstandige verantwoordelijkheid als het gaat om het beoordelen van de onderwijsprestaties van leerlingen (artikel 32e, lid 2, WVO). Voor de beschouwing daarover verwijzen we naar de vorige paragraaf. Wanneer de docent optreedt als examiner binnen de kaders van het Eindexamenbesluit is een en ander strak gereguleerd.

2.3.6 *College voor Toetsen en Examens*

Nog enkele opmerkingen over de positie van het College voor Toetsen en Examens. Dit zelfstandig bestuursorgaan werd in 2008 geïntroduceerd als College voor Examens, feitelijk een fusie van een aantal bestaande commissies zoals CEVO (Centrale examencommissie vaststelling opgaven). In de toelichting bij het wetsvoorstel worden verschillende doelstellingen genoemd, waaronder een duidelijker verantwoordelijkheidsverdeling.⁶⁷ De minister blijft verantwoordelijk voor de kwaliteit en inhoud van de examenprogramma’s. Deze verantwoordelijkheid komt tot uitdrukking door het vaststellen van de examenprogramma’s. Hierin bepaalt de minister wat een leerling in het voortgezet onderwijs moet kennen en kunnen als hij of zij de school verlaat: daarmee geeft de minister richting aan de inhoud van het onderwijs op de school en kan hij zijn verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het onderwijs ook waarmaken. Ook bepaalt de minister de zak-en-slaagregeling, de verhouding tussen schoolexamen en centraal examen en de examenstofverdeling. Hij blijft toezicht houden op de scholen en de examens. ‘De minister is aanspreekbaar op de afspraken met het college, maar het college is in de toekomstige situatie niet meer hiërarchisch ondergeschikt aan de minister.’

Het college stelt de examenopgaven vast en bepaalt de normering van de examens. Het college is ook bevoegd algemeen verbindende voorschriften van uitvoerende of technische aard binnen de door de minister vastgelegde kaders vast te stellen. In de beoordeling van centrale examens zijn belangrijke aanknopingspunten verwoord in bijvoorbeeld de correctievoorschriften. Deze bevatten uitgewerkte regels inzake de beoordeling, over de vraag wanneer en hoe (veel) punten moeten worden toegekend. Bij de algemene regels staat bijvoorbeeld: ‘indien een antwoord op een open vraag niet in het beoordelingsmodel voorkomt en dit antwoord op grond van aantoonbare, vakinhoudelijke argumenten als juist of gedeeltelijk juist aangemerkt kan worden, moeten scorepunten

66. Dit laat onverlet dat de Inspectie natuurlijk wel op basis van andere inbreuken op wet- en regelgeving zou kunnen ingrijpen, zoals het niet naleven van de regel dat het schoolexamen moet worden afgesloten op een bepaalde periode voor het CE (artikel 32, lid 2, Eindexamenbesluit VO).

67. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 411, nr. 3.

worden toegekend naar analogie of in de geest van het beoordelingsmodel'. De al dan niet juiste toepassing van het correctievoorschrift, feitelijk een vorm van gebonden uitvoering, wordt nog wel eens beoordeeld in zaken waarbij er onenigheid is over het toegekende cijfer.⁶⁸

De Inspectie is belast met het toezicht op het college en het naleven van de wettelijke voorschriften. Vrij uitvoerig werd in de toelichting ingegaan op de competentieverdeling: 'De minister bepaalt voor welke vakken er een centraal examen is. Het college bepaalt de opgaven, de correctievoorschriften, de normering en de afnamecondities. Indien de uitvoering van deze taken door het college aanleiding geeft tot een bredere discussie is de minister daarop aanspreekbaar, de minister bepaalt de tijdsindeling van het centraal examen. Het college regelt vervolgens de examinering op deze tijdstippen en stelt het concrete examenrooster vast, de minister besluit over randvoorwaarden van het centraal examen, zoals het gebruik van een computer. Het college doet voorstellen voor de manier waarop dit vorm krijgt, bijvoorbeeld voor de keuze van programmatuur.'⁶⁹

Sinds 1 augustus 2014 heet het college College voor Toetsen en Examens, het CvTE. Vanaf dat moment is het CvTE ook officieel verantwoordelijk voor de Centrale Eindtoets in het primair onderwijs.

De Wet College voor toetsen en examens omschrijft in artikel 2, lid 2 welke bevoegdheden zij heeft in het kader van de centrale examens in het voortgezet onderwijs, waaronder 'de wijze waarop en de vorm waarin de toetsen worden afgenomen; het tot stand brengen en vaststellen van de opgaven; het tot stand brengen en bij regeling vaststellen van de beoordelingsnormen en de daarbij behorende scores; het geven van regels voor de omzetting van de scores in cijfers; het tot stand brengen en bij regeling vaststellen van syllabi, overeenkomstig het examenprogramma; en het geven van regels met betrekking tot de hulpmiddelen die gebruikt mogen worden bij het maken van de opgaven.' Zowel op inhoud, proces als randvoorwaarden is het college dus de bevoegde instantie.

Artikel 2, lid 6 bevat de bevoegdheden inzake de eindtoets in het primair onderwijs. Deze omvatten – in lijn met de bevoegdheden voor het centraal examen – het vaststellen van de verschillende niveaus van de toetsen; het vaststellen van het tijdstip en de tijdsduur van de toets, de wijze waarop en de vorm waarin de toets wordt afgenomen; het tot stand brengen en vaststellen van de opgaven van de toets en het bij regeling vaststellen van de toetswijzer voor de verschillende niveaus overeenkomstig de kerndoelen met betrekking tot Nederlandse taal en rekenen en wiskunde, het tot stand brengen en vaststellen van de opgaven van de toets en het bij regeling vaststellen van de toetswijzer overeenkomstig de kerndoelen voor de kennisgebieden, genoemd in artikel 9, lid 2, onderdelen a, b en c, Wet op het primair onderwijs en artikel 13, lid 3, onderdelen a, b en c, Wet op de expertisecentra; het tot stand brengen en bij regeling vaststellen van de beoordelingsnormen en de daarbij behorende scores; het geven van regels met betrekking tot de hulpmiddelen die gebruikt mogen worden bij het maken van de toets; en het opstellen van het leerlingrapport. Dit laatste lijkt een overlap

68. Rb. Rotterdam 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:20167:6729.

69. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 411, nr. 3, p. 8.

te hebben met artikel 8 Toetsbesluit PO, waarin staat dat de toetsaanbieder voor iedere leerling die de eindtoets aflegt een leerlingrapport opstelt. In dit leerlingrapport moet ten minste het resultaat van de eindtoets, het niveau waarop de toets is afgelegd, een advies omtrent het vervolgonderwijs en een indicatie van de beheersing van de referentieniveaus Nederlandse taal en rekenen als bedoeld in artikel 3 worden opgenomen. Het leerlingrapport maakt deel uit van het onderwijskundig rapport als bedoeld in de WPO (zie vorige paragraaf).

Artikel 3 van de wet stelt ten slotte dat het college ook is belast met ‘bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen taken ten aanzien van de uitvoering van de centrale examinering in het beroepsonderwijs, bedoeld in artikel 7.4.3a van de Wet educatie en beroepsonderwijs’.

2.4 Wettelijk kader middelbaar beroepsonderwijs

2.4.1 *Historie*

Het middelbaar beroepsonderwijs kent een lange en complexe geschiedenis, waarin verschillende onderwijstypen en opleidingen en verschillende wetten (zoals de Wet op het leerlingwezen) uiteindelijk samenvloeiden in de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) begin jaren negentig van de vorige eeuw. De regeling van de examinering in het beroepsonderwijs is eveneens gecompliceerd.⁷⁰ Aanvankelijk was sprake van ‘Centraal Schriftelijke Examens’, die aan het einde van de opleiding werden afgenomen en bepaalden of een diploma zou worden behaald. Landelijke overlegorganen, waarin ook het bedrijfsleven vertegenwoordigd was, stemden ter voorbereiding af met de betrokken onderwijs- en praktijkinstellingen. De minister stelde de examensyllabus vast. Na de invoering van de WEB kwam het accent bij de opleidingen te liggen. Er kwam een landelijke kwalificatiestructuur waarin per bedrijfstak, op basis van beroepsprofielen, voor elke categorie van beroepen aangegeven werd welke kwalificaties er zijn en op welk niveau deze aangeboden werden. Met de WEB verscheen ook de onderwijs- en examenregeling (OER) in het mbo en werd een rol geïntroduceerd voor exameninstellingen.⁷¹ Met de decentralisatie en het wegvallen van de landelijke examens ontstonden evenwel vragen – met name vanuit de Inspectie – inzake het hanteren van de standaard en de kwaliteit van de examens. Er werd in 2004 één centrale instantie in het leven geroepen, het Kwaliteitscentrum Examinering beroepsopleidingen (KCE). Het KCE verrichtte de externe kwaliteitsbewaking van de examens bij de instellingen en de exameninstellingen, en kon oordelen of verklaringen uitreiken over examens: goedkeurende, voorwaardelijke of afkeurende verklaringen. De Inspectie hield toezicht op de kwaliteit van de werkzaamheden van het KCE en kon de bevindingen van het KCE door eigen waarnemingen bij instellingen verifiëren. Op het functioneren van het KCE kwam echter ook weer kritiek, onder andere vanwege de beheerslast voor instellingen en de wijze waarop het KCE tot een

70. Zie voor een overzicht IVA, *Historische schets examinering in het MBO*, Tilburg: IVA 2011.

71. *Kamerstukken II 1994/95*, 23 778, nr. 8. De nota n.a.v. het verslag omschrijft uitvoerig de motivering om te komen tot exameninstellingen, hun taken en verantwoordelijkheden en de waarborgen die worden gesteld aan de instellingen. De exameninstellingen voerden niet alleen controles uit, maar konden ook examens opstellen en afnemen.

oordeel kwam over de kwaliteit van examens. Na 2007 nam de Inspectie feitelijk de taken over van het KCE door de introductie van nieuwe toezichtskaders (nu: onderzoekskaders en de Regeling standaarden examenkwaliteit mbo).⁷²

De vraag over de kwaliteit van examens in het mbo bleef ook in de jaren daarna voortdurend spelen. In dit verband is in 2017 een wijziging van de WEB tot stand gebracht,⁷³ omdat het vertrouwen (civiel effect) van het diploma onder druk stond: het in voldoende mate beheersen van de kwalificatie-eisen voor het behalen van het diploma.⁷⁴ Maatregelen die werden ingezet waren de plicht van instellingen om voor alle opleidingen gebruik te maken van bij gecertificeerde examenleveranciers ingekochte examens, dan wel om hun gezamenlijk of individueel ontwikkelde examens extern te laten valideren, alsmede een verduidelijking en nadere precisering van eisen aan de examencommissies. De wetswijziging gaat van de volgende uitgangspunten uit: instellingen blijven zelf verantwoordelijk voor de examenkwaliteit van door hen aangeboden opleidingen; de voorschriften over de examencommissies sluiten zo veel mogelijk aan bij de bepalingen in het hoger onderwijs; en de taken van de examencommissie en van het bevoegd gezag betreffende de examencommissie worden in de wet opgenomen in plaats van in lagere regelgeving. De bevoegdheden werden geconcentreerd in een nieuwe bepaling (artikel 7.4.5a WEB). De examencommissie is op grond daarvan bevoegd voor het vaststellen van de instellingsexamens (dit betreft het vaststellen van de exameninstrumenten die de instelling inzet bij het instellingsexamen). Vaststelling van de centrale examens (voor de generieke examenonderdelen Nederlandse taal, rekenen en – voor middenkader en specialistenopleidingen – Engels) vindt plaats door het College voor Toetsen en Examens.

Ook is de examencommissie verantwoordelijk voor de borging van de kwaliteit van de examinering (afname en beoordeling van de instellingsexamens en de afname van de centrale examens) en de kwaliteit van de instellingsexaminering, het vaststellen of een deelnemer voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een diploma of certificaat en het verlenen van vrijstellingen voor (een deel van) het examen aan deelnemers. De examencommissie kreeg via deze wetswijziging ook bevoegdheden tot sanctionering bij fraude, zoals ontneming van het recht van een kandidaat om een of meer door de examencommissie aan te wijzen examens af te leggen. Tevens introduceert de wetswijziging de instellingsverklaring (artikel 7.4.6a WEB). Met een instellingsverklaring kan een deelnemer die geen diploma heeft behaald toch aan een werkgever of een instelling voor vervolgonderwijs een – door de examencommissie afgegeven – bewijs overleggen van onderdelen van een mbo opleiding die hij met goed gevolg heeft afgelegd.

Er is thans dus grote gelijkens tussen de WEB en de WHW op het punt van de positionering van de examencommissies, hoewel er ook verschillen blijven, zoals de regeling van de positie de examinator. 'In de WHW is bepaald dat de exami-

72. Basis daarvoor is artikel 7.4.4 WEB.

73. *Stb.* 2017, 43, in werking getreden 1 augustus 2017.

74. Zowel het exameninstrumentarium zelf (dekking van het examen t.o.v. de kwalificatie-eisen) als het functioneren van de examencommissies werd als knelpunt neergezet, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 402, nr. 3, p. 2.

nator de tentamenopgaven maakt en afneemt, zonder voorafgaande vaststelling door bijvoorbeeld de examencommissie', aldus de minister.⁷⁵ De minister vond regeling van de examinatorfunctie in de WEB niet nodig 'want het mbo kent geen tentamens'.⁷⁶ Een verschil is uiteraard ook de figuur van instellingsexamens en landelijke examens die voor sommige onderdelen worden vastgesteld door het CvTE.

2.4.2 *Bepalingen over examinering in de WEB*

Artikel 7.4.2 WEB bevat het examenrecht voor studenten: 'Het bevoegd gezag van een instelling geeft de deelnemers de gelegenheid een examen af te leggen', waarbij het examen (...) een onderzoek naar de kennis, het inzicht, de vaardigheden [omvat] en, in voorkomende gevallen, de beroepshoudingen die de examinandus zich bij voltooiing van de opleiding moet hebben eigen gemaakt, alsmede de beoordeling van de uitkomsten van dat onderzoek aan de hand van de eindtermen of aan de hand van de kwalificatie-eisen in het kwalificatiedossier en de eisen van het keuzedeel of de keuzedelen.' Artikel 7.4.3. WEB stelt dat het examen van een beroepsopleiding zich uitstrekt over de kwalificatie en een of meer keuzedelen. Artikel 7.4.3a. WEB is de grondslag voor het Examen- en kwalificatiebesluit beroepsopleidingen WEB. Dit besluit bevat de regeling van het examen (bestaande uit generieke en specifieke onderdelen, keuzedelen), de taken van het CvTE, de minister en de examencommissie bij het centraal examen, en bepalingen rond de beoordeling, vaststelling score en cijfer van het centraal examen. Ook staan er uitgewerkte bepalingen in over de eindwaardering en de uitslag. Zoals hierboven beschreven bestaat er nu ook een mogelijkheid om de examinering uit te besteden volgens artikel 7.4.4a WEB ('Het bevoegd gezag kan de examinering van een beroepsopleiding overdragen aan een andere instelling als bedoeld in artikel 1.1.1, onder b, of 1.4.1 of aan een exameninstelling, voor zover deze het recht op examinering van die beroepsopleiding hebben', aldus lid 1). Artikel 7.4.5 WEB regelt de instelling van de examencommissie, waarbij een grote mate van overeenkomst bestaat met de betreffende bepalingen in de WHW (zie hierna). Over de taken en bevoegdheden van de examencommissie in artikel 7.4.5 WEB is hiervoor al het een en ander gezegd. Lid 3 geeft de examencommissie de bevoegdheid regels vast te stellen betreffende de uitvoering van de taken en bevoegdheden bij de examinering en de maatregelen die zij in dat verband kan nemen.

Artikel 7.4.6 WEB bepaalt dat, ten bewijze dat een opleiding met goed gevolg is afgesloten, de examencommissie een diploma uitreikt.⁷⁷ De opleiding is eerst dan met goed gevolg afgesloten wanneer met goed gevolg examen is afgelegd in de kwalificatie, examen is afgelegd in het keuzedeel of de keuzedelen en de beroepspraktijkvorming voor zover betrekking hebbend op de kwalificatie met een positieve beoordeling is voltooid. Bij ministeriële regeling worden modellen en technische veiligheidseisen voor het diploma en de resultatenlijst van een beroepsopleiding vastgesteld.

75. *Kamerstukken II 2015/16, 34 402, nr. 6, p. 10.*

76. *Kamerstukken II 2015/16, 34 402, nr. 6, p. 10.*

77. Hier is het dus expliciet de examencommissie die bekleed is met openbaar gezag. Dit heeft mogelijk consequenties voor de rechtsbescherming, doordat sprake is van een Awb-besluit. Zie het volgende hoofdstuk.

Er bestaat een specifieke procedure om een licentie te krijgen als exameninstelling (artikel 1.6.1 WEB).⁷⁸ De exameninstellingen worden ingeschakeld bij die instellingen die de examinering uitbesteden. Deze exameninstellingen hebben een zelfstandige zorgplicht, betreffende de goede organisatie en kwaliteit van de examinering en dat de deelnemers die in dat jaar examen willen afleggen volledig en tijdig geïnformeerd worden over de inhoud en inrichting van de examens (artikel 7.4.9 WEB).

Korthedshalve noemen we hier ten slotte dat ook in de WEB de positie van de docent is geregeld over het zelfstandig beoordelen van onderwijsprestaties (artikel 4.1a.1 WEB).

2.4.3 *Inspectiekader*

Het toezicht door de Inspectie verloopt via het onderzoekskader van de Inspectie.⁷⁹ Dat stelt op dit onderdeel, als basiskwaliteit, met name een standaard rond het functioneren van de examencommissie. Hoewel er geen wettelijke regeling is voor de aanwijzing van examinatoren in het mbo stelt het kader wel dat ‘de examencommissie (...) in alle fasen van de examinering de deskundigheid van de betrokken personen [borgt]’. Het exameninstrumentarium is ook onderdeel van het kader: ‘Het exameninstrumentarium dekt de eisen van de kwalificatie. Dit geldt ook voor de eisen van het keuzedeel of de keuzedelen van de opleiding van de betreffende deelnemer. De examenvormen zijn afgestemd op de exameninhoud. Het exameninstrumentarium heeft een passende taakcomplexiteit. Het instrumentarium maakt evenwichtige waardering mogelijk en doet recht aan de kerntaken, werkprocessen en overige vereisten uit het kwalificatiedossier en die van de keuzedelen. De cesuur ligt op het niveau waarop de deelnemer aan de eisen voldoet. Het beoordelingsvoorschrift maakt objectieve beoordeling mogelijk.’ Voorts wordt als standaard gesteld dat de inrichting en uitvoering van het examenproces van afname en beoordeling deugdelijk zijn. Als basiskwaliteitsnorm geldt dat de ‘afnamecondities en beoordelingen voor deelnemers gelijkwaardig [zijn]. De condities doen recht aan de context van het toekomstig beroep; onderdelen van het examen vinden in de (reële) beroepspraktijk plaats. De beoordeling levert betrouwbare uitkomsten op, vindt deskundig plaats en is gericht op een passende balans in vereiste kennis, houding en vaardigheden. De inrichting van het examen, de planning van de examenperiodes, de beoordelingswijze en de procedure voor beroep en bezwaar zijn tijdig voor deelnemers beschikbaar en voor alle betrokkenen transparant en eenduidig.’ Deze eisen zijn terug te voeren op de Regeling standaarden examenkwaliteit mbo 2017. Deze eisen zijn sterk normerend als het gaat om het proces, maar ook als het gaat om de rechten van studenten en de wijze waarop en de context van (afname van) examens. Tegelijk bevat het nog tamelijk veel open normen, zoals een ‘passende balans’; en wat zijn ‘gelijkwaardige beoordelingen’?

78. Zie *Stcrt.* 2012, 2280.

79. Inspectie van het onderwijs, *Onderzoekskader mbo* versie 1 juli 2018, kwaliteitsgebied examinering en diplomering.

2.4.4 *Bindend studieadvies*

In het kader van toetsing en beoordeling moet tevens worden gewezen op de bepaling inzake het bindend studieadvies, welke ook in de WEB zijn intrede heeft gedaan.⁸⁰ Het bindend studieadvies is tegelijk geïntroduceerd met het toelatingsrecht. Artikel 8.1.7a WEB regelt het bindend studieadvies, waarbij in lid 2, onder a wordt bepaald dat aan het advies ontbinding van de onderwijsovereenkomst gekoppeld kan worden indien ‘de deelnemer naar het oordeel van het bevoegd gezag, met inachtneming van zijn persoonlijke omstandigheden, onvoldoende vordering heeft gemaakt in de opleiding.’

Er is een zekere analogie met het bindend studieadvies in het hoger onderwijs (zie hierna), maar een wezenlijk verschil is dat het mbo geen wettelijke systematiek van credits of studiepunten kent aan de hand waarvan de cesuur bepaald wordt. De wet verplicht het bevoegd gezag nadere regels vast te stellen die in elk geval betrekking hebben op de te behalen studieresultaten en de voorzieningen die het bevoegd gezag heeft getroffen ter waarborging van de mogelijkheden voor goede voortgang van de opleiding. Deze regels worden op grond van artikel 7.4.8, lid 4, WEB opgenomen in het deelnemersstatuut.⁸¹ Het bindend studieadvies is te zien als een consequentie in geval van onvoldoende studievorderingen. De wet regelt wanneer (eerste jaar van inschrijving), onder welke condities (pas na waarschuwing) en hoe een negatief bindend studieadvies kan worden gegeven. Als het echter gaat om de materiële eisen, de studievoortgang, is het aan de opleiding om die te omschrijven. Het kan dan gaan om het niet halen van toetsen of examens (en dan ook op gebied van de beroepspraktijkvorming, generieke eisen, loopbaan en burgerschap), of het niet voldoen aan afspraken of persoonlijke doelstellingen gerelateerd aan de opleiding, waardoor de voortgang van de opleiding wordt verstoord.⁸²

Een discussiepunt is de vraag of naast cijfers en aanwezigheid, de factor ‘beroepshouding’, mee mag tellen in de bepaling van het (negatief) bindend studieadvies. Om willekeurig uit te sluiten zal in ieder geval vastgelegd moeten zijn (in onderwijsovereenkomst en deelnemersstatuut) welk gedrag of houding gevraagd en gewogen wordt (uit het oogpunt van het kenbaarheidsvereiste). Dat de student er mogelijk langer over doet of dat er extra ondersteuning nodig is, zijn geen argumenten om een negatief bindend studieadvies af te geven.⁸³

2.4.5 *Toetsing in en van de praktijk*

Door de relatief grote vrijheid en de complexiteit van de examenstructuur zijn er in de praktijk tal van (juridische) onduidelijkheden over de inrichting van toetsen, bijvoorbeeld rijst de vraag of toelatingsvoorwaarden kunnen worden

80. Zie voor kritiek op de regeling R. van Schoonhoven, ‘De boeiende casus van het bindend schooladvies’, *School en Wet* 2015, nr. 2.

81. En in de Onderwijs- en examenregeling volgens datzelfde artikel, lid 2. Daarbij kan uitschrijving alleen aan de orde zijn als vooraf helder is wat de wederzijdse verplichtingen en verwachtingen van instelling en student zijn en artikel 8.1.3, lid 5, WEB in acht is genomen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 457, nr. 3, p. 16.

82. Aldus de handreiking bindend studieadvies van het kennispunt onderwijs en examinering mbo, <https://onderwijsenexamen.nl/publicaties/handreiking-bindend-studieadvies/> (geraadpleegd 10 september 2018). E.e.a. spoort met de wetsgeschiedenis waarin is gesproken over gebrek aan capaciteiten of gebrek aan deelname.

83. Volgens de handreiking, zie vorige noot.

gesteld aan het examen. Het kennispunt onderwijs en examinering mbo stelt (onder de vlag dat is ‘gevalideerd’ door de onderwijsinspectie) dat elke opleiding (‘school’) kan besluiten om voorwaarden voor deelname aan het examen te stellen.⁸⁴ Tegelijk moet een student wel in staat worden gesteld het diploma te halen, en dus examen te doen.

Een andere belangrijke kwestie in het beroepsonderwijs is het examineren in de praktijk. De Inspectie heeft in een onderzoek in 2016 de knelpunten geschetst waar instellingen en bedrijfsleven mee worstelen op het moment dat examinering buiten de schoolmuren moet plaatsvinden.⁸⁵ Een voorbeeld is het streven (of de eis?) te komen tot een objectieve en onafhankelijke beoordeling. Soms is er bijvoorbeeld maar één beoordelaar aanwezig bij het examen, terwijl deze tegelijkertijd ook de begeleider is. Bij kleine bedrijven en in de bbl (beroeps begeleidende leerweg)-trajecten is er vaak een vertrouwensband tussen de begeleider en de geëxamineerde. Als de begeleider zich niet bewust is van de verschillende rollen als begeleider en examinerator, is het de vraag of er sprake is van onafhankelijke en objectieve beoordeling. Een onafhankelijke, objectieve beoordeling is – zo constateert de Onderwijsinspectie – dan ook niet altijd eenvoudig te realiseren. Soms omdat het niet *má*g (bijvoorbeeld in de zorg is een tweede beoordelaar niet altijd gewenst), soms omdat het niet *kán* (een klein bedrijf heeft de capaciteit niet), soms omdat het niet lukt (er is geen beoordelaar beschikbaar/inzetbaar). Een ander punt vormt de beoordeling door praktijkbeoordelaars.⁸⁶ Assesoren hebben soms onvoldoende kennis van het kwalificatiedossier, het niveau of de beoordelingscriteria. De beoordelaar kijkt meer vanuit de eigen praktijkervaring, los van de vereisten uit het kwalificatiedossier (en min of meer los van het examenplan) en vult op basis daarvan het beoordelingsformulier in.

De Inspectie geeft een aantal oplossingsrichtingen voor de geconstateerde knelpunten, zowel voorafgaand, tijdens als na het examen. Deze kunnen wellicht juridisch geïnterpreteerd worden als een ‘interpretatieve verklaring’⁸⁷ van wat de Inspectie beschouwd als ‘voldoend aan de standaard’ als het gaat om het examenproces.⁸⁸ De Inspectie stelt bijvoorbeeld: ‘De beoordeling vindt bij voorkeur plaats door de inzet van meerdere assessoren. Opleidingen zetten niet alleen de praktijkbegeleider in als beoordelaar, maar regelen bijvoorbeeld ook assessoren van buiten het bedrijf/de opleiding of vanuit een externe pool. Dat werkt alleen goed als er adequate beoordelingsinstrumenten voorhanden zijn met heldere beoordelingscriteria.’ Zij stelt ook: ‘Examencommissies stellen alle examens vast, fiatteren het inrichtingsplan en borgen voorafgaand aan de afname dat alle

84. Idem, zie <https://onderwijsenexaminering.nl/app/uploads/Handreiking-Voorwaardelijke-toetsingen-examinering-april-2018.pdf>.

85. Inspectie van het Onderwijs, *Examinering in de reële beroepscontext*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs 2016.

86. In het kader van de beroepspraktijkvorming, zie artikel 7.2.8, lid 3, WEB.

87. We zijn hier schatplichtig aan Mentink, die het noemde als mogelijk instrument voor de wetgever bij de interpretatie van artikel 23 Grondwet. Terminologie die ook wel wordt gebruikt bij toezichtsorganen zoals Inspectie en NVAO is ‘compliance assistance’.

88. In het huidige onderzoekskader is dat binnen het kwaliteitsgebied examinering en diplomering, ED3 (afname en beoordeling).

werkprocessen kunnen worden geëxamineerd (contracteren) en checkt vooraf de kwaliteit van de beoordelaars.⁸⁹

2.5 Hoger onderwijs

2.5.1 *Historie*

De WHW kent een aantal voorlopers, zoals de WWO (Wet wetenschappelijk onderwijs, 1960) ter vervanging van de Hoger onderwijswet uit 1876. De artikelen 22 tot en met 25 WWO regelden de positie van de examencommissies. Belangrijke uitwerking vond plaats in een (al veel eerder vastgestelde) AMvB: het Academisch Statuut. Ook in de oudere regelingen waren bepalingen opgenomen rond examinering. Soms bevatten die oude regelingen beroepsmogelijkheden, zie bijvoorbeeld artikel 40 Wet universitaire bestuurshervorming (WUB): ‘Degene die bezwaar heeft tegen zijn behandeling tijdens het afleggen van een tentamen of examen dan wel tegen de beoordeling van zijn examenresultaten kan een schriftelijk en gemotiveerd beroep instellen bij de faculteitsraad, die ter behandeling van dat beroep een commissie in stelt. Deze commissie is bevoegd te bepalen dat een tentamen of een examen opnieuw wordt afgelegd onder door de commissie te stellen voorwaarden.’

2.5.2 *Accreditatie en examinering*

Voor het hoger onderwijs kan allereerst worden opgemerkt dat de deugdelijkheid van beoordeling, toetsing en examinering van de studenten een belangrijke voorwaarde is voor de accreditatie van de opleiding of de instellingstoets. Accreditatie en beoordeling door de NVAO (en de panels) schept een belangrijk kader voor de vraag wat juridisch gezien ‘goede toetsing en examinering’ is. Deze kaders bepalen immers (mede) of een opleiding of instelling aan het vereiste keurmerk voldoet en studenten kan inschrijven.

Om daarmee te beginnen: het beperkte kader van de opleidingsbeoordeling⁹⁰ bevat standaard 3 (toetsing) hetgeen het volgende inhoudt: De opleiding beschikt over een adequaat systeem van toetsing. Dat betekent: ‘De beoordeling is valide, betrouwbaar en voldoende onafhankelijk. De eisen zijn helder voor de studenten. De kwaliteit van de tentaminering en examinering wordt voldoende gewaarborgd en voldoet aan de wettelijke deugdelijkheidsvereisten. De toetsen ondersteunen het eigen leerproces van de student.’ Ook standaard 4 (gerealiseerde leerresultaten) raken aan toetsing, zoals de indicator ‘Beschrijven hoe de realisatie van het niveau wordt getoetst, bijvoorbeeld aan de hand van diverse

89. Idem, p. 36.

90. Beoordelingskader NVAO versie 2016. Het beperkte kader wordt gevolgd wanneer de instelling beschikt over een positief of een voorwaardelijk positief besluit instellingstoets kwaliteitszorg. In de uitgebreide beoordeling, voor instellingen die dus geen itk hebben, is het standaard 10 (gelijkluidend).

producten of proeven, het ‘eindwerk’.⁹¹ Het gerealiseerde eindniveau is in de praktijk van doorslaggevend belang bij de vraag of een opleiding voldoende dan wel onvoldoende is. In de praktijk kunnen de panels deze standaard ‘in het algemeen relatief makkelijk beoordelen, omdat ze deskundigen op het vakgebied zijn. Gezien de grote consequenties voor de opleiding doen de panels bij twijfel bovendien grondiger onderzoek, door meer eindwerken te bekijken.’⁹²

Deze standaarden zijn met name ingevoerd naar aanleiding van de casus InHolland en andere hogescholen waar sprake was van ‘alternatieve afstudeertrajecten’. Over deze affaire – die speelde rond 2010 – zijn talloze rapporten en Kamerstukken verschenen.⁹³ In de beleidsreactie werd door de staatssecretaris gewezen op de versterkte positie van de examencommissie onder de operatie Versterking besturing, maar ook op aanscherping van de standaarden rond toetsing van (eind)werken (de hiervoor genoemde standaarden 3 en 4). De eindtermen en de praktijk van toetsing in het hoger beroepsonderwijs moesten sterk worden verbeterd; zelfs het element van landelijke toetsen werd in beeld gebracht.⁹⁴

De ontwikkeling gericht op de verbetering van het toezicht op toetsing vormde een onderdeel van de bredere discussie over kwaliteitsborging, met name in het hbo. De (positionering van de) examencommissie was een element dat voortdurend, ook in de jaren daarna, in het parlement aan de orde kwam: de examencommissie had een centrale positie, maar was deze wel voldoende toegerust? En zou er – met name voor het hbo – niet meer landelijke normering moeten komen, met name via ‘soft law’ (codes of protocollen). Zo stelde de minister in 2015, naar aanleiding van een Inspectierapport over het functioneren van examencommissies, dat de inzet zou moeten zijn gezamenlijke toetsing.⁹⁵ Is dat niet mogelijk, dan moest worden gewerkt met ‘vreemde ogen’, onder meer door een ‘ontwerp van een protocol voor de beoordeling van (eind)werkstukken’.⁹⁶ Vanuit de Vereniging Hogescholen is inderdaad een protocol opgesteld voor afstudeerwerken.⁹⁷ Deze handreikingen zijn niet juridisch bindend/dwingend, maar kunnen natuurlijk als ‘professionele norm’ in de praktijk wel een reflec-

91. Er is nog een aparte richtlijn die gehanteerd moet worden: NVAO Richtlijn beoordeling eindwerken tijdens visitaties (2015). Daarin is het volgende richtpunt voor het panel opgenomen: ‘Van het panel wordt niet een inhoudelijke herbeoordeling gevraagd, maar een beredeneerde inschatting of de opleiding haar eigen uitgangspunten goed toepast: laat het eindwerk of het geheel aan geleverde werken zien dat de beoogde eindkwalificaties worden behaald? De NVAO vraagt van de panels om de borging van het vereiste eindniveau te beoordelen en bij twijfel nader onderzoek uit te voeren. Nader onderzoek is aan de orde indien het panel eindwerken aantreft die ten onrechte als voldoende zijn beoordeeld.’

92. Inspectie van het Onderwijs, *De opleidingsaccreditatie in het hoger onderwijs*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs 2017, p. 27.

93. Zie bijvoorbeeld de onderzoeksrapporten van Inspectie en NVAO als bijlage op *Kamerstukken II 2010/11*, 31 288, nr. 163.

94. ‘Ik wil dat aan het einde van de kabinetsperiode elke opleiding ervoor zorgt dat de opleiding extern is gevalideerd door gebruik te maken van externe beoordelaars en vormen van landelijke toetsing op de kernvakken.’ Dat gold al voor de lerarenopleidingen, maar zulks moest dus voor het hele veld gaan gelden, *Kamerstukken II 2010/11*, 31 288, nr. 167, p. 11.

95. Verdere versterking, over het functioneren van eindexamencommissies in het hoger onderwijs, *Kamerstukken II 2014/15*, 31 288, nr. 434.

96. *Kamerstukken II 2014/15*, 31 288, nr. 482, p. 4.

97. D. Andriessen, D. Sluijsmans, M. Snel, A. Jacobs, *Protocol Verbeteren en Verantwoorden van Afstuderen in het hbo 2.0*, Den Haag: Vereniging van Hogescholen, 2017.

tiewerking kennen bij de toetsing in het concrete geval. In onze slotbeschouwing komen we hierop terug.

2.5.3 *Bepalingen in de WHW*

Bezien we nu de WHW en de wijze waarop hier kaders zijn gesteld aangaande wie welke bevoegdheden uitoefent rond toetsing en examinering. Hoofdstuk 7 van de WHW bevat een aantal relevante bepalingen. Zo geeft artikel 7.10, lid 1, WHW een definitie van het begrip tentamen: ‘een onderzoek naar de kennis, het inzicht en de vaardigheden van de examinandus, alsmede de beoordeling van de uitkomsten van dat onderzoek’. Het tweede lid van genoemd artikel stelt dat indien de tentamens van de tot een opleiding of propedeutische fase van een bacheloropleiding behorende onderwijsseenheden met goed gevolg zijn afgelegd, het examen is afgelegd, voor zover de examencommissie niet heeft bepaald dat het examen tevens omvat een door haar zelf te verrichten onderzoek als bedoeld in het eerste lid. Dit laatste is een curieuze bepaling, omdat kennelijk de examencommissie naast haar taken en verantwoordelijkheden zoals genoemd in artikel 7.12b WHW (waarover hieronder meer), ook zelf bevoegd is tot het afnemen van tentamens; de examencommissie dus in de rol van examinator.

Artikel 7.10a WHW bevat de bevoegdheid tot graadverlening door het instellingsbestuur aan degene die in het betreffende onderwijs met goed gevolg het examen van de betreffende opleiding heeft afgelegd. Artikel 7.11 WHW betreft de bepaling over getuigschriften en verklaringen. Het tweede lid stelt dat ten bewijze dat het examen met goed gevolg is afgelegd, door de examencommissie een getuigschrift wordt uitgereikt, nadat het instellingsbestuur heeft verklaard dat aan de procedurele eisen voor de afgifte is voldaan. Het bevat voorts een aantal bepalingen welke gegevens moeten worden vermeld op het getuigschrift.

2.5.4 *Centrale rol examencommissie*

Een belangrijke taak en verantwoordelijkheid inzake toetsing en examinering in het hoger onderwijs is weggelegd voor de examencommissie, die per opleiding of groep van opleidingen functioneert. De wet omschrijft in artikel 7.12, lid 2, WHW de examencommissie als het orgaan dat ‘op objectieve en deskundige wijze vaststelt of een student voldoet aan de voorwaarden die de onderwijs- en examenregeling stelt ten aanzien van kennis, inzicht en vaardigheden die nodig zijn voor het verkrijgen van een graad als bedoeld in artikel 7.10a’. Naast de taken en bevoegdheden, bedoeld in de artikelen 7.11 en 7.12, lid 2, WHW heeft een examencommissie de volgende andere taken en bevoegdheden die relevant zijn voor het onderwerp van dit preadvies, te weten het borgen van de kwaliteit van de tentamens en examens ‘onverminderd artikel 7.12c’ (dat ziet op de bevoegdheden van de examinatoren), het vaststellen van richtlijnen en aanwijzingen binnen het kader van de onderwijs- en examenregeling om de uitslag van tentamens en examens te beoordelen en vast te stellen, het verlenen van vrijstelling voor het afleggen van een of meer tentamens, en het borgen van de kwaliteit van de organisatie en de procedures rondom tentamens en examens.

De examencommissie heeft daarnaast nog een belangrijke taak namelijk het voor het afnemen van tentamens en het vaststellen van de uitslag aanwijzen van examinatoren (artikel 7.12c WHW). Op basis van dit artikel wordt de bevoegdheid tot het afnemen van de tentamens en het vaststellen van de uitslag daarvan aan de examinator geattribueerd. Hoewel vergaand zelfstandig, heeft de examinator wel een inlichtingenplicht jegens de examencommissie. De wet bepaalt, dat de aangewezen examinator belast is met de uitvoering, uitgifte van het tentamen en het vaststellen van de uitslag, maar geeft geen expliciete regeling ter zake van de opstelling van het tentamen en de wijze waarop de uitslag moet worden vastgesteld. Dat valt – zoals hierboven is te lezen – in zekere mate onder richtlijnbevoegdheid van de examencommissie. In theorie heeft de examencommissie dus een vrij brede bevoegdheid om beoordelings- en toetsnormen vast te stellen, bijvoorbeeld in richtlijnen voor correctie van normeringen, toe te passen bij bepaalde uitslagen (zoals dat in het voortgezet onderwijs wordt gedaan door het College voor Toetsing en Examen).

Artikel 9.19 WHW over de positie van hoogleraren bevat in dat opzicht geen expliciete bepalingen over de toetsingsverantwoordelijkheid. Er zijn alleen verwijzingen naar de ontwikkeling van het hun toegewezen wetenschapsgebied en voor de inhoud van het te geven onderwijs op dat gebied. Verder moet hier genoemd worden de bepaling rond de academische vrijheid (artikel 1.6 WHW). De (algemeen geformuleerde) academische vrijheid kent een aantal deelaspecten, deelvrijheden, maar van oudsher is het *ius examinandi* een recht dat is verbonden met de autonomie van universitaire instellingen en academische vrijheid.⁹⁸ Een vrijheid die volgens Groen overigens nooit het recht van het individu is geweest, maar altijd van het collectief.⁹⁹

Een en ander moet wel geplaatst worden binnen het kader van de OER. Artikel 7.13 WHW bevat daartoe al de nodige bepalingen. Zo moet de OER ten minste de rechten en plichten regelen met betrekking tot het onderwijs en de examens, waaronder begrepen de inhoud van de opleiding en van de daaraan verbonden examens, of de tentamens mondeling, schriftelijk of op een andere wijze worden afgelegd, 'behoudens de bevoegdheid van de examencommissie in bijzondere gevallen anders te bepalen', de wijze waarop studenten met een handicap of chronische ziekte in de gelegenheid worden gesteld de tentamens af te leggen, de openbaarheid van mondelinge tentamens, de termijn van de uitslag van een tentamen, de inzagetermijn van het beoordeelde werk en de wijze waarop en de termijn gedurende 'welke kennis genomen kan worden van vragen en opdrachten, gesteld of gegeven in het kader van een schriftelijk afgenomen tentamen en van de normen aan de hand waarvan de beoordeling heeft plaatsgevonden' (artikel 7.13, lid 2, onder q, WHW). De OER regelt ook de volgorde waarin, de tijdvakken waarbinnen en het aantal malen per studiejaar dat de gelegenheid wordt geboden tot het afleggen van de tentamens en examens

98. Zie uitvoerig J. Groen, *Academische vrijheid, een juridische verkenning* (diss. ESL), Rotterdam 2017.

99. In aanvang was er een mondeling examen tegenover de gehele faculteit. Later werden dit als gevolg van de massificatie van het onderwijs, afzonderlijke tentamens waarbij gelijke behandeling tussen verschillende studenten gewaarborgd werd door de examencommissie, aldus Groen, a.w., p. 254.

(artikel 7.13, lid 2, onder j, WHW) alsmede de mogelijkheid dat het met goed gevolg afgelegd hebben van bepaalde tentamens als voorwaarde gesteld wordt voor de toelating tot het afleggen van andere tentamens (artikel 7.13, lid 2, onder s, WHW). Kortom: de OER is voor de opleiding het centrale vehikel waarin elementen die raken aan toetsing en beoordeling kunnen en moeten worden vastgelegd. Er is veel vrijheid om het aantal, volgorde en afname(vorm) van tentamens te bepalen, maar het proces van examinering moet wel helder zijn.

2.5.5 Bindend studieadvies

Ook in het hoger onderwijs is sprake van een bindend studieadvies (artikel 7.8b WHW). Artikel 7.8b, lid 3, WHW stelt dat het instellingsbestuur ten aanzien van opleidingen die daartoe door het instellingsbestuur zijn aangewezen, binnen het in de wet vermelde tijdvak, een afwijzing kan verbinden. Deze afwijzing kan slechts worden gegeven ‘indien de student naar het oordeel van het instellingsbestuur, met inachtneming van zijn persoonlijke omstandigheden, niet geschikt moet worden geacht voor de opleiding, doordat zijn studieresultaten niet voldoen aan de vereisten die het bestuur daaromtrent heeft vastgesteld. Het instellingsbestuur kan aan de afwijzing een termijn verbinden’. Over deze bepaling was en is veel discussie, met name op het punt ‘hoe hoog de lat gelegd mag worden’, in termen van studieresultaten (punten) door de instelling.¹⁰⁰ Het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs heeft geoordeeld dat het al dan niet vaststellen van een regel/norm waarbij in het eerste jaar 60 ECTS moet worden gehaald in de WHW is overgelaten aan de instellingen. ‘Slechts als deze in strijd is met de wet of kennelijk onredelijk is, kan het College het algemeen verbindend voorschrift waarin de norm is opgenomen buiten toepassing laten. Hoewel de norm van 60 studiepunten hoog is, is het College van oordeel dat deze in het geval van deze opleiding in overeenstemming is met het doel en de strekking van de WHW en niet kennelijk onredelijk is. Daarbij neemt het College in aanmerking dat de studievoortgangsnorm een deel is van een pakket van maatregelen dat studenten in staat stelt deze norm ook te behalen in één studiejaar. De Compensatieregeling heeft daarbij een matigende werking op de hoogte van de norm, onder meer omdat het aantal vijven dat kan worden gecompenseerd in beginsel niet is beperkt. Dat leidt tot de conclusie dat de norm niet in strijd met de wet is en het stellen daarvan evenmin kennelijk onredelijk is.’¹⁰¹

Nogmaals, er kan (veel) meer worden gezegd over wat de grenzen zijn (en de strekking is) van de WHW in het bepalen van de geschiktheidseis van studenten.¹⁰² We beperken ons hier tot de vaststelling dat er redelijk veel ruimte is voor de instelling om zelf de studievoortgangsnorm vast te stellen, zij het dat het CBHO wel degelijk een motivering vraagt en (inhoudelijk) beziet of de norm reëel is, bijvoorbeeld omdat er mogelijkheden zijn tot herkansing of compen-

100. Artikel 7.8b, lid 6, WHW stelt dat er een BSA-norm (nadere regels over studieresultaten) moet zijn.

101. CBHO 2017/245, r.o. 2.4.2. Zie eerder ook de minister in antwoorden op Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II 2010/11*, 2697.

102. Zie bijvoorbeeld J. Coenraad, Is de rek uit het bindend studieadvies?, in: *HO-management* 2018, nr. 4, p. 4-7, die eveneens het oprekken van de ‘persoonlijke omstandigheden’-clausule in het uitvoeringsbesluit WHW problematiseert.

satie. Inmiddels is duidelijk dat de minister de (inrichtings)vrijheid van instellingen op dit punt wil gaan beperken.¹⁰³

Tot slot is niet onbelangrijk om op te merken dat de WHW in artikel 7.34, lid 1, onder b, aan de inschrijving als student ook een tentamenrecht verbindt. Dat inschrijvingsrecht geeft de student recht 'de tentamens af te leggen van de onderwijseenheden behorend tot de opleiding, alsmede de examens af te leggen van die opleiding.' Deze bepaling schept de vraag in hoeverre opleidingen (of OER'en) beperkingen kunnen stellen aan het recht om tentamen te doen. Betoogd zou kunnen worden dat hier in de eerste plaats een toelatingskwestie aan de orde is. Er kan in ieder geval worden gesteld dat met de inschrijving ook een recht ontstaat om de essentiële onderdelen af te ronden.

2.6 Afronding: een uitgebreid wettelijk kader, maar is het ook sluitend?

Wanneer we dit palet beschouwen, kunnen we stellen dat het wettelijk speelveld rijk, geschakeerd en gelaagd is; met name in de sectoren vo en mbo is sprake van complexe regelgeving.

2.6.1 Deelname aan het centraal examen; een 'hard recht'?

De wetgeving in het voortgezet onderwijs is sterk gefocust op het eindexamen. Op zich is dat niet opmerkelijk. Het recht op onderwijs garandeert (internationaalrechtelijk) ook het recht op de mogelijkheid tot 'een zekere officiële erkenning' van afgesloten onderdelen. In dit kader nemen we – indachtig de casus van het VMBO-Maastricht waarmee we dit preadvies zijn gestart – een spanning waar tussen de jurisprudentie en de uitleg van het Eindexamenbesluit zoals dat door Inspectie en de minister wordt toegepast. In de jurisprudentie wordt een vrij 'hard' recht op toegang tot het centraal examen voor de leerling gestipuleerd. Zo is er bijvoorbeeld de casus waarbij een leerling van deelname werd uitgesloten voor het centraal examen omdat hij delen van het schoolexamen gemist had.¹⁰⁴ Het bevoegd gezag beriep zich hierbij op de uitleg door het Examenloket (een 'wetsinformerende' instantie waarin OCW, Inspectie, DUO en CvTE samenwerken). Dit loket stelde omtrent artikel 32, lid 2, Eindexamenbesluit: 'Een leerling die het schoolexamen niet heeft afgerond, kan niet worden toegelaten tot het centraal examen. Dit volgt uit artikel 32, lid 2, Eindexamenbesluit VO. Dit geldt niet alleen voor de vakken waarvan het examendossier niet compleet is, maar voor het gehele centraal examen.' De voorzieningenrechter vond echter in dit geval dat met name ook gekeken moest worden naar artikel 5 Eindexamenbesluit; dat geeft limitatief de uitsluitingsgronden voor deelname aan het Eindexamen, namelijk als sprake is van 'onregelmatigheid'.¹⁰⁵ Als de school(directie) of de commissie van beroep echter zelf e.e.a. niet kwalificeert als 'onregelmatigheid', dan biedt artikel 32, lid 2, Eindexamenbesluit als zodanig

103. Zie bericht begin september 2018: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/09/03/van-engelshoven-stelt-paal-en-perk-aan-bindend-studieadvies>. Er lijkt echter – stand 1 oktober 2018 – voorshands geen meerderheid in de Kamer die hier voor is.

104. Rb. Noord-Holland 29 mei 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4918. Zie al eerder Pres. Rb. Roermond 15 mei 2001 en Pres. Rb. Arnhem 14 juni 2001 (m.nt. BPV), *Rechtspraak Onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2002, nrs. 8 en 9. Hier ging het om toelating van leerlingen die hun profielwerkstukken nog niet hadden afgerond.

105. Zie daarover meer in hoofdstuk 4, waarin we de (wetgeving rond) fraude bespreken.

geen grondslag voor de stelling dat de leerling van het centraal examen moet worden uitgesloten nu hij het schoolexamen niet heeft afgerond. Met andere woorden: artikel 32, lid 2, Eindexamenbesluit VO regelt het tijdstip en de sequentie van de examens, maar is – volgens deze uitspraak – geen zelfstandige rechtsgrond voor uitsluiting van de examendeelnemer (want dat kan alleen volgen uit artikel 5 van het besluit). Volgens de jurisprudentie moet een leerling dus toch kunnen deelnemen, onder meer omdat er een mogelijkheid bestaat om deelcertificaten te halen (artikel 53 Eindexamenbesluit VO). Het feit dat de leerling het examen niet kan afronden – daarvoor is immers ook afronding van (onderdelen van) het schoolexamen nodig – wil dus niet zeggen dat uitsluiting van deelname van het centraal examen toegestaan is.¹⁰⁶

In de casus Maastricht is geconstateerd dat ‘geen enkele eindexamenkandidaat van het VMBO-Maastricht (...) volgens artikel 32 uit het Eindexamenbesluit Voortgezet Onderwijs [had] mogen deelnemen aan de centrale examens, omdat niet alle schoolexamens waren afgerond.’¹⁰⁷ Dat moge zo zijn vanuit het oogpunt van de bekostigingsregelgeving, vanuit de leerling bezien is deelname alleen dan uitgesloten als er volgens artikel 5 sprake zou zijn van een ‘onregelmatigheid’. Ons lijkt op dit punt het Eindexamenbesluit niet sluitend. In het slot-hoofdstuk komen we hierop terug.

2.6.2 Sectorale verschillen en overeenkomsten in regelgeving

Elke sector heeft kenmerkende eigenschappen in de wijze van regulering. Het mbo kent elementen die enerzijds lijken op de regeling in het hoger onderwijs, zoals de (verstevigde) positie van de examencommissie en het bindend studieadvies, anderzijds zijn er specifieke elementen (en knelpunten) die samenhangen met de ingewikkelde kwalificatiestructuur en het feit dat een gedeelte van de examinering in de praktijk plaatsvindt.

In het hoger onderwijs, de WHW, is de eigen positie van de examinator geregeld, die een geattribueerde bevoegdheid heeft met betrekking tot het vaststellen van het cijfer, al is dat binnen de richtlijnen en kaders zoals vastgesteld door de examencommissie, een orgaan dat bestaat uit ‘peers’, collega-docenten.¹⁰⁸ Ook in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs is de zelfstandige positie van de leraar wettelijk geborgd als het gaat om het beoordelen van de onderwijsprestaties van de leerling. Dat is echter alleen voor die gevallen waarin de leraar niet via andere regelgeving is gebonden, bijvoorbeeld als er sprake is van ‘gebonden uitvoering’, zoals het toekennen van scores krachtens wettelijke voorschriften. In een Kamervraag kwam de kwestie naar voren of een docent zich kan beroepen op de ‘beoordelingsvrijheid’ als zij een fout (zoals zij die meent te zien) in het correctievoorschrift constateert. Nee, zo stelde de minister, want de ruimte voor de docent is er binnen het onderwijskundig

106. Zie ook de uitlating van de staatssecretaris in *Aanhangsel Handelingen II* 2001/02, 460.

107. *Kamerstukken II* 2017/18, 30 079, nr. 73, p. 2. Zie ook Inspectie van het Onderwijs, *Specifiek onderzoek VMBO-Maastricht* (versie 31 augustus 2018), Utrecht 2018, p. 7.

108. Een examencommissie kan niet – zelfs bijvoorbeeld bij twijfel over een scriptie aan een bepaald niveau voldoet – een eenmaal vastgesteld cijfer van een examinator overrulen. In verschillende zaken is een hbo-instelling gedwongen om het getuigschrift af te geven. In die zin is het afgeven dan een vorm van ‘gebonden uitvoering’, zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 27 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1573.

kader van de eigen school en het schoolexamen. Die ruimte wordt voor wat betreft het centraal eindexamen beperkt door geldende wettelijke kaders, zoals die landelijk zijn bepaald. ‘Doel van dit deel van de wetgeving is een gelijke beoordeling over de jaren van leerlingen in dezelfde schoolsoort. Het correctievoorschrift – dat onderdeel is van de beoordelingsnormen zoals genoemd in artikel 41.3 Eindexamenbesluit – heeft de status van algemeen verbindend voorschrift.’¹⁰⁹

Overeenkomsten tussen de sectoren zijn er ook. De wetgeving in alle sectoren regelt met name de procedures en de randvoorwaarden, met het oog op de rechten van leerlingen en studenten; het PTA (VO) of de OER (mbo en h.o.) moet duidelijkheid verschaffen hoe, waar, op welke wijze toetsing zal plaatsvinden, of en hoeveel herkansingen mogelijk zijn, wat de zak/slaagregeling is. Voor het VO is dat bij het centraal (schriftelijk) examen sterk nationaal bepaald, in de andere sectoren is veeleer sprake van een decentraal systeem (behalve voor die beperkte onderdelen waarvoor ook landelijke examens gelden). In die zin is examinering ook onderdeel van de autonomie en vrijheid van inrichting van instellingen. Toetsing en toetsmethoden, hoe getoetst wordt (en welk systeem daarvoor gebruikt wordt) is in verregaande mate dus aan de instelling. Er moeten op – in wetgeving gespecificeerde – onderdelen regels worden gesteld, maar welke regels is aan de school of opleiding.

2.6.3 *Complexe ‘examen-governance’*

Als het gaat om de ‘examen-governance’, de wijze waarop taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn verdeeld, valt allereerst de vergaande taakverdeling op. Er is een veelheid van actoren betrokken bij de toetsing, beoordeling en diplomering: docenten; examencommissies; externen (gecommitteerden); landelijke (toezichts- of normerende) organen. Tussen die betrokkenen kan en is spanning over ‘wie waarover gaat’, bijvoorbeeld hoever de richtlijnen van een examencommissie kunnen gaan, zonder in de beoordelingsvrijheid van de docent of examinator te treden.¹¹⁰ Maar ook tussen landelijke instanties zoals het College voor Toetsen en Examens en de Inspectie is de vraag of en wanneer kan worden ingegrepen, mochten er vragen zijn over de kwaliteit van examens.¹¹¹ Ook de vraag wie (welk orgaan) uiteindelijk vanuit de instelling bepaalt dat de betreffende kandidaat/leerling/student het examen met goed gevolg heeft afgelegd, wordt in de verschillende sectoren verschillend beantwoord. In het primair en voortgezet onderwijs is een belangrijke rol weggelegd voor bevoegd gezag, in het voortgezet onderwijs volgens het Eindexamenbesluit VO specifiek ‘de directeur’; in het hoger onderwijs het instellingsbestuur.¹¹²

Een belangrijke vraag is uiteraard ook hoe is op te komen tegen een beoordelingsbeslissing. De vraag van de kwalificatie van dergelijke beslissingen (is er sprake van een besluit; is dit besluit van beroep op de bestuursrechter uitgesloten omdat het gaat om een ‘kennen en kunnen’) en de rechtsbescherming ten aanzien van dergelijke beslissingen komen in het volgende hoofdstuk aan bod.

109. *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 2818.

110. Zie daarover Groen, a.w.

111. *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2652.

112. Artikel 52, lid 2, Eindexamenbesluit VO.

3 RECHTSBESCHERMING: JURIDISCHE KWALIFICATIE EN TOETSING VAN BEOORDELINGSBESLISSINGEN¹¹³

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk behandelen we de thematiek van de rechtsbescherming met betrekking tot beoordelingsbeslissingen. Daarbij beperken we ons – zoals al eerder in dit preadvies aangegeven – tot de toetsing van klassieke beoordelingsbeslissingen die in de sectoren van het door de overheid bekostigde onderwijs genomen worden. Het gaat hier dus primair om de toetsing door andere instanties van primaire beoordelingsbeslissingen in het bekostigde primair-, voortgezet-, beroeps- en hoger onderwijs: cijfers, tentamen- en examenbeslissingen, stage-beoordelingen, zak-/slagbeslissingen e.d. van basisscholen, middelbare scholen, roc's, hbo-instellingen en universiteiten.

De rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen is – zoals ook gebruikelijk op andere terreinen van het onderwijs – nogal gevarieerd en verbrokkeld geregeld. Een en ander hangt mede samen met kwalificatievraagstukken. Zo is onder meer van belang of sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht of een daarmee gelijkgestelde beslissing. Is dat het geval, dan staat daar mogelijk een bestuursrechtelijke rechtsgang tegen open. Dat is alleen zo voor zover dat besluit niet ziet op een beoordeling van het 'kennen en kunnen', zie artikel 8:4, lid 3, onder b (voorheen artikel 8:4, onder e), Awb. Als er geen sprake is van een besluit, of als het gaat om 'kennen en kunnen', zal men in het algemeen bij de burgerlijke rechter terecht moeten. Dit schema wordt in zoverre gerelativeerd dat het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) sinds 2010 optreedt als rechter die oordeelt over 'beslissingen' in het hoger onderwijs, waarbij niet bepalend is of dit besluiten zijn.

Naast de rechtsbescherming bij de bestuursrechter respectievelijk de civiele rechter zijn er interne beroepsmogelijkheden, die veelal aangewend (kunnen/moeten) worden voorafgaand aan de gang naar de rechter. En er zijn ten slotte klachtvoorzieningen, zowel intern als extern. De toegang tot de interne beroepsmogelijkheden en de klachtvoorzieningen is niet beperkt door het besluitbegrip en de 'kennen en kunnen'-uitsluiting.

Allereerst gaan we, in par. 3.2, in op de vraag wanneer beoordelingsbeslissingen als besluiten aangemerkt moeten worden. Vervolgens wordt de betekenis geschetst van artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb, (par. 3.3). Dan volgt een korte schets van de rechtsbeschermingsmogelijkheden in de verschillende onderwijssectoren (par. 3.4), waarna afgesloten wordt met een bespreking van de toetsingsmaatstaven die in de verschillende procedures inzake beoordelingsbeslissingen gehanteerd (moeten) worden (par. 3.5) en een korte rechtsvergelijkende schets van de jurisprudentie van de Vlaamse Raad voor betwistingen (par. 3.6).

113. Zie hierover onder meer C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 522-539, 575-582 en van dezelfde auteur 'Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs', *JB plus* 2017, p. 34-55.

3.2 Beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs een besluit?

3.2.1 *Onderscheid in a- en b-organen*

Een eerste vraag is wanneer beoordelingsbeslissingen als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn aan te merken. Alleen als daarvan sprake is, kan de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg open staan. Is dat niet het geval, dan komt men al dan niet na een interne voorprocedure bij de burgerlijke rechter terecht. Artikel 1:3, lid 1, Awb definieert een besluit als een ‘schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling’. Ingevolge artikel 1:1 Awb wordt onder een bestuursorgaan verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Aldus onderscheidt de Awb twee soorten bestuursorganen. Enerzijds zijn er de klassieke bestuursorganen – de a-organen – die hun hoedanigheid ontleen aan een formeel-organiek criterium, te weten het krachtens publiekrecht ingesteld zijn. Daarnaast zijn er de zogenoemde incidentele of b-organen, de personen en colleges die niet krachtens publiekrecht ingesteld zijn, maar op een specifiek terrein met openbaar gezag zijn bekleed, en op grond van dit materieel-functionele criterium in zoverre (en enkel in zoverre) als bestuursorgaan aangemerkt worden, die daden van openbaar gezag in de vorm van besluiten kunnen nemen.

Lange tijd werd het bevoegd gezag en andere instanties van openbare onderwijsinstellingen gevormd door a-organen, organen van een rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld, bijvoorbeeld een College van B en W. Daartegenover stond het bijzonder onderwijs, dat per definitie uitgaat van privaatrechtelijke rechtspersonen. Sinds 1996 is het echter mogelijk om openbaar primair en voortgezet onderwijs in handen te leggen van een overheidsstichting (zie bijvoorbeeld artikel 48 WPO). Dat is op zeer grote schaal gebeurd: bijna alle openbare scholen voor primair en voortgezet onderwijs ressorteren thans onder een (overheids)stichting.¹¹⁴ Bovendien zijn er in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs überhaupt geen openbare instellingen meer: er zijn in deze sectoren alleen nog bijzondere onderwijsinstellingen, die – uiteraard – in stand gehouden worden door privaatrechtelijke rechtspersonen. Alleen in het universitair onderwijs overwegen nog de publiekrechtelijk vormgegeven (bij wet ingestelde) rechtspersonen die openbaar onderwijs verzorgen en wordt tussen publiekrechtelijk vormgegeven openbare instellingen en privaatrechtelijk vormgegeven bijzondere instellingen nog een strikt onderscheid gemaakt (artikel 1.1, onder h en i, WHW).

Als geen sprake is van een publiekrechtelijke maar een privaatrechtelijke rechtspersoon is er ingevolge artikel 1:1, onder b, Awb slechts sprake van een bestuursorgaan voor zover het een persoon of college betreft, met enig openbaar gezag bekleed (een b-orgaan). De vraag wanneer een beoordelingsbeslissing een

114. Dan wel onder een stichting die zowel openbare als bijzondere onderwijsinstellingen in stand houdt (het samenwerkingsbestuur, artikel 17 WPO) of een stichting die mede een of meer samenwerkingscholen – waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs verzorgd wordt, artikel 17d WPO) – in stand houdt.

besluit is – een daad van openbaar gezag, genomen door een b-orgaan – is vooral aan de orde geweest in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. We zullen eerst die jurisprudentie bespreken.

3.2.2 *Beoordelingsbeslissingen in het openbaar en bijzonder hoger onderwijs: besluiten?*
Naar vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn beoordelingsbeslissingen althans in het *openbaar* hoger onderwijs in het algemeen besluiten in de zin van de Awb. Meestal gaat het daarbij om tentamencijfers, vrijstellingsbeslissingen, toelating tot tentamens e.d.¹¹⁵ Waarom dat zo is wordt daarbij niet geëxpliciteerd. De vraag is wat het publiekrechtelijke rechtsgevolg van dergelijke handelingen is. Soms wordt de bevoegdheid rechtstreeks aan de wet ontleend en heeft toepassing van de bevoegdheid grote gevolgen: denk aan het door het instellingsbestuur ex artikel 7.8b, lid 3, WHW gegeven bindend studieadvies, dat met zich brengt dat de inschrijving van de student voor de desbetreffende studie wordt beëindigd. Het is niet onlogisch hier aan te nemen dat sprake is van een besluit.

Materieel in deze zelfde lijn oordeelde ook de civiele rechter in een kort geding betreffende de beslissing van een rector van een openbare school tot uitsluiting van een leerling van een herkansing van het eindexamen in het voortgezet onderwijs: ‘In aanmerking genomen dat gedaagde via haar onderwijsinstellingen, waaronder onderhavige school, is belast met openbaar onderwijs, dat wil zeggen overheidsonderwijs, en zij op die grond moet worden geacht in een publiekrechtelijke verhouding met eiser te staan, dient een beslissing, zoals in deze door de rector is genomen, te worden aangemerkt als een besluit van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:3, lid 1, Awb. Dit betekent dat eiser, indien hij met de beslissing van de rector niet kan instemmen, de rechtsgang dient te volgen die is neergelegd in de Awb.’¹¹⁶ Daarna volgde derhalve niet-ontvankelijkverklaring.

Minder vanzelfsprekend is dit alles in het geval van een doorsnee-tentamencijfer: is het geven van een onvoldoende voor een bachelor-vak aan een openbare universiteit wel aan te merken als een besluit? Dat zou dan moeten zijn omdat sprake is van het uitoefenen van bevoegdheden die bij of krachtens de wet toegekend zijn (thans artikel 7.12c WHW: ‘voor het afnemen van tentamens en het vaststellen van de uitslag wijst de examencommissie examinatoren aan’). In een uitspraak van 2000 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in dit verband een aanvullende redenering gegeven. De WHW verbindt aan getuigschriften bepaalde voorrechten: het verlenen van een getuigschrift is dan ook een besluit. Maar dan zijn, aldus de Afdeling, ook de beoordelingen van de samenstellende onderdelen – de tentamens e.d. die deel uitmaken van het examen en leiden tot een getuigschrift – besluiten.¹¹⁷

115. ABRvS 24 juli 1998, *JB* 1998, 201; ABRvS 26 mei 2000, *JB* 2000, 166 m.nt. Schlössels; ABRvS 13 maart 2002, *AB* 2002, 348 m.nt. Vermeulen.

116. Pres. Rb. Arnhem 17 augustus 2001, *Rechtspraak onderwijsrecht* 2000-2002, nr. 10 m.nt. Vermeulen.

117. ABRvS 17 juli 2000, *AB* 2000, 446 m.nt. Vermeulen.

In haar uiterste consequenties doorgedacht leidt deze redenering ertoe dat ook tentamenbeoordelingen e.d. in het bijzonder hoger onderwijs hebben te gelden als besluiten, een gevolgtrekking die de Afdeling in de voornoemde uitspraak uit 2000 *grosso modo* trok, (maar waar zij later van terug is gekomen). Zij leidt er verder toe dat alle onderdelen die deel uit maken van de afsluitende examens in het voortgezet en beroepsonderwijs aangemerkt zouden moeten worden als besluiten. Aan deze besluiten zouden rechtsmiddelenclausules verbonden moeten worden (artikel 3:45 Awb) en er zou onverkort voldaan moeten worden aan allerlei uit de Awb en ongeschreven recht voortvloeiende procedurele beginselen. Een dergelijke vorm van juridisering lijkt ons niet gewenst, ook al zal het volgen van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg vermoedelijk veelal afgesloten zijn, nu het primair zal gaan om beslissingen inzake het kennen en kunnen.

3.2.3 *Beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs: geen besluiten, behalve bij getuigschriftverlening*

Uitgangspunt van de wetgever is steeds geweest, dat bijzondere onderwijsinstellingen buiten de reikwijdte van de Awb vallen.¹¹⁸ Beslissingen van bijzondere onderwijsinstellingen zijn derhalve in principe geen besluiten in de zin van de Awb, maar handelingen verricht in het kader van een privaatrechtelijke rechtsverhouding.¹¹⁹

Op deze hoofdregel, dat beslissingen van bijzondere onderwijsinstellingen geen besluiten zijn, is altijd één belangrijke uitzondering gemaakt: de afgifte van een getuigschrift met civiel effect.¹²⁰ De afgifte van een getuigschrift door een examencommissie, instellingsbestuur of andere daartoe bevoegde instantie van een bijzondere instelling (of de weigering dat te doen) moet als een vorm van uitoefening van openbaar gezag beschouwd worden, en moet dus aangemerkt worden als een besluit, genomen door een incidenteel bestuursorgaan (b-orgaan).¹²¹ Ook de instantie waarbij op grond van de WHW tegen dat besluit opgekomen kan worden – het College van Beroep voor de Examens – is in zoverre een (incidenteel) bestuursorgaan, oordelend in administratief beroep. In enkele uitspraken heeft de Afdeling – we stipten het hiervoor al aan – een ruimere uitzondering aanvaard op het uitgangspunt dat beslissingen in het bijzonder onderwijs buiten het besluitbegrip vallen. De Afdeling kwam daarin tot de slotsom dat ook bij beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs in het kader van tentamens, ten aanzien van stages etc. sprake was van uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 1:1, lid 1, onder b, Awb, zodat deze beslissingen als besluiten in de zin van de Awb aangemerkt dienden te worden.¹²²

118. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 265, nr. 3, p. 4; ABRvS 19 juli 2006, *JB 2006*, 257 m.nt. Peters, *AB 2007*, 41 m.nt. Vermeulen.

119. ABRvS 18 mei 2005, *AB 2006*, 34 m.nt. Vermeulen, *JB 2005*, 204 en ABRvS 21 december 2005, *AB 2006*, 58 m.nt. Vermeulen.

120. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 265, nr. 3, p. 4; B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht*, VAR-pleidvies, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 165 met verdere verwijzingen.

121. Aldus *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 265, nr. 3, p. 4.

122. ABRvS 17 juli 2000, *AB 2000*, 446 m.nt. Vermeulen, *JB 2000/247* m.nt. Derks en ABRvS 12 januari 2005, *AB 2005*, 227 m.nt. Peters.

In een aantal uitspraken vanaf 2005 is de Afdeling hierop weer teruggekomen, en is geoordeeld dat dergelijke beslissingen, nu de betreffende bepalingen in de WHW ten opzichte van bijzondere onderwijsinstellingen enkel te gelden hebben als bekostigingsvoorwaarden en deze beslissingen derhalve beheerst worden door het privaatrecht, niet als besluit kunnen gelden.¹²³ Centraal speelde daarin derhalve de overweging, dat de bepalingen van de WHW ten aanzien van bijzondere, privaatrechtelijke onderwijsinstellingen enkel fungeren als in de externe verhouding tussen de bekostigende rijksoverheid en de ontvangende rechtspersoon geldende bekostigingsvoorwaarden, die niet werken in de interne door het privaatrecht beheerste verhouding tussen instelling en student. Het is de vraag of deze overweging – die overigens steun vindt in de wetsgeschiedenis¹²⁴ – hiertoe voldoende grondslag biedt.¹²⁵

In een uitspraak uit 2006 kwam de Afdeling tot een definitieve nadere motivering, die het verdient hier uitgebreider weergegeven te worden.¹²⁶ Openbare instellingen voor hoger onderwijs – aldus de Afdeling – gaan blijkens artikel 1.1, onder h en j, WHW uit van de overheid, dus van publiekrechtelijke rechtspersonen, en hun organen zijn derhalve per definitie bestuursorganen (a-organen). Bijzondere instellingen voor hoger onderwijs gaan blijkens artikel 1.1, onder i en j, WHW uit van privaatrechtelijke rechtspersonen. Derhalve treedt (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon die een bijzondere universiteit of hogeschool in stand houdt niet op als bestuursorgaan, tenzij daardoor openbaar gezag uitgeoefend wordt, in welk geval het betreffende orgaan in principe als incidenteel bestuursorgaan (b-orgaan) gekwalificeerd dient te worden, dat in zoverre besluiten neemt waar de Awb op van toepassing is. *In principe*: want het kan zijn dat de formele wetgever blijkens de specifieke wet waarin het openbaar gezag toegedeeld wordt niettemin aangeeft dat de Awb toch niet van toepassing is, en het betreffende orgaan toch niet als een (b-) bestuursorgaan aangemerkt moet worden. Dit laatste voorbehoud wordt door de Afdeling terecht gemaakt: de wetgever is immers vrij om handelingen en organen, die in principe gezien de generieke omschrijvingen in artikel 1:1 en 1:3 Awb binnen de reikwijdte van de Awb vallen, bij bijzondere wet buiten de reikwijdte daarvan te plaatsen. Zo overwoog de regering in het kader van de aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche van de Awb: ‘Zoals eerder is aangegeven, voorziet de Awb-systematiek er in dat ook van dwingend-rechtelijk geformuleerde bepalingen gemotiveerd kan worden afgeweken, mits dit uitdrukkelijk in de bijzondere wet tot uitdrukking komt.’¹²⁷

123. ABRvS 18 mei 2005, AB 2005, 34 m.nt. Vermeulen, JB 2005/204 m.nt. Jansen, *Ars Aequi* 2006, p. 296 e.v. m.nt. Kortmann; VzABRvS 19 oktober 2005, AB 2006, 35 m.nt. Vermeulen; ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 58 m.nt. Vermeulen.

124. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 646, nr. 3, p. 30.

125. Zie voor kanttekeningen ter zake punt 5 in de noot van Vermeulen bij ABRvS 18 mei 2005, AB 2006, 34. Zie voor een nadere uiteenzetting over en relativering van het onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarden (voor het bijzonder onderwijs) versus algemeen verbindende voorschriften/regels (voor het openbaar onderwijs) paragraaf 4.1 en Vermeulen/Zoontjens 2000, p. 64 e.v.

126. ABRvS 19 juli 2006, AB 2007, 41 m.nt. Vermeulen, JB 2006/257.

127. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 265, nr. 6, p. 4, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 17-18.

De Afdeling ging er in deze uitspraak in ieder geval van uit, dat – behoudens de hierna te bespreken uitzondering in verband met getuigschriftverlening – beoordelingsbeslissingen van bijzondere hoger onderwijsinstellingen naar hun aard niet binnen het Awb-besluitbegrip vallen, zodat ook geen bijzondere wettelijke regeling nodig is om ze daarnaast nog eens bij specifieke wet buiten de reikwijdte van de Awb te plaatsen. De door haar genoemde uitspraken uit de wetsgeschiedenis worden dan ook vooral aangevoerd als ten overvloede onderbouwingen van het standpunt dat geen sprake is van Awb-besluiten.¹²⁸ Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar het tweede en zesde (thans vijfde) lid van artikel 7.61 WHW, waarin de zinsnede ‘wat openbare instellingen betreft in afwijking van (...) de Awb’ tot uitdrukking brengt dat de uitzonderingen die de WHW aanbrengt op de Awb uitsluitend betrekking hebben op openbare instellingen, waaruit volgt dat de wetgever ervan uitgaat dat de Awb naar hun aard niet op bijzondere instellingen van toepassing is.¹²⁹

Op de hoofdregel dat beslissingen van bijzondere onderwijsinstellingen geen Awb-besluiten nemen werd en wordt zoals gezegd steeds één belangrijke uitzondering gemaakt: de afgifte van een getuigschrift met civiel effect. De afgifte van een getuigschrift door een examencommissie of vergelijkbare bevoegde instantie van een bijzondere instelling (of de weigering dat te doen) zou derhalve wel als een vorm van uitoefening van openbaar gezag beschouwd moeten worden, en dus aangemerkt moeten worden als een besluit genomen door een incidenteel bestuursorgaan (b-orgaan), zodat ook het beroepsorgaan waarbij tegen dat besluit opgekomen zou kunnen worden – in casu het College van Beroep voor de Examen, CBE – in zoverre een (incidenteel) bestuursorgaan is, oordelend in administratief beroep.

Verrassend is, dat de Afdeling in weerwil van de genoemde wetsgeschiedenis van oordeel is dat niet de examencommissie, maar het instellingsbestuur bij de getuigschriftverlening en –weigering optreedt als b-orgaan. Hoewel dat niet geheel spoort met de wetsgeschiedenis heeft de Afdeling gelijk. Zonder de goedkeurende verklaring van het instellingsbestuur, inhoudende dat aan de gestelde vereisten is voldaan (artikel 7.11, lid 1, WHW; voorheen artikel 7.58, lid 1 /m 3, WHW), mag de examencommissie (artikel 7.11, lid 1 en 2, WHW, voorheen artikel 7.58, lid 4, WHW) geen getuigschrift afgeven (zie ook artikel 15.5 WHW). De afgifte door de examencommissie is derhalve niets meer dan een feitelijke, gebonden uitvoeringshandeling. De daaraan ten grondslag liggende inhoudelijke besluitvorming ligt blijkbaar bij het instellingsbestuur, hetgeen ook moge blijken uit het gegeven dat het het instellingsbestuur en niet de examencommissie is, welke de aan het getuigschrift verbonden Bachelor- of Mastergraad verleent (artikel 7.10a WHW), op grond waarvan de ontvanger ervan gerechtigd is om een wettelijk beschermde titel als bedoeld in artikel 7.20 WHW en artikel 435 Sr te mogen voeren. Gevolg van deze uitspraak is, dat niet de

128. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 646, nr. 3, p. 30; *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 265, nr. 3, p. 4. In dezelfde lijn: *Kamerstukken II 1990/91*, 22 061, nr. 3, p. 59; *Kamerstukken II 2000/01*, 27 265, nr. 6, p. 1.

129. Zie in deze zin ook ABRvS 11 oktober 2006, *JB 2006*, 322 m.nt. Peters, en ABRvS 26 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1844, ten aanzien van de Commissie van beroep (artikel 7.5.2. WEB) in het mbo, dat alleen bijzonder onderwijs kent.

afgifte van het getuigschrift door een examencommissie van een bijzondere hoger onderwijsinstelling als appellabel besluit aangemerkt dient te worden, doch de goedkeurende verklaring van het instellingsbestuur en de daarin besloten liggende graadverlening.

3.2.4 *Strijdpunten opgelost: beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs (besluiten of niet) zijn appellabel bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs*

Met deze uitspraak had de Afdeling het onderscheid tussen enerzijds openbare, publiekrechtelijke onderwijsinstellingen en anderzijds bijzondere, privaatrechtelijke onderwijsinstellingen scherper aangezet. Beoordelingsbeslissingen in het openbaar hoger onderwijs hebben vanwege hun publiekrechtelijke grondslag in doorsnee als besluiten te gelden, waartegen publiekrechtelijke rechtsbescherming open stond: in het algemeen eerst administratief beroep bij het College van Beroep voor de Examens (CBE), en vervolgens beroep op de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling. Tegen beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs diende na de interne beroepsgang bij het College van Beroep voor de Examens de gang naar de burgerlijke rechter gemaakt te worden. Alleen voor wat betreft de verklaring van het instellingsbestuur ex artikel 7.58 (thans artikel 7.11) WHW stond in beide ‘takken’ van onderwijs ten slotte beroep op een bijzondere rechter open, het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (tenzij de bijzondere instelling een eigen voorziening had getroffen).

Dit binaire stelsel van rechtsbescherming – beroep wat betreft het openbaar hoger onderwijs bij de algemene bestuursrechter en wat betreft het bijzonder hoger onderwijs bij de civiele rechter – is evenwel verleden tijd. Sinds 1 september 2010 zijn besluiten van het College van Beroep voor de Examens niet meer appellabel bij de algemene bestuursrechter (eerst de rechtbank, waarna hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak).¹³⁰ Met het oog op onder meer de verbetering van de rechtspositie van de studenten geldt nu als uitgangspunt dat het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) in eerste en enige aanleg oordeelt over onder meer beslissingen van het College van Beroep voor de Examens (artikel 7.66, lid 1, WHW).¹³¹ Aldus is de geschillenbeslechting ten aanzien van (onder meer) beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs onttrokken aan de rechtsmacht van de reguliere rechter ten gunste van een specifieke rechter die niet beperkt wordt door de tweedeling in openbaar en bijzonder onderwijs.¹³²

Voor zover het CBHO oordeelt over geschillen met openbare onderwijsinstellingen fungeert het uiteraard als bestuursrechter. Minder duidelijk lijkt de positie van het college voor zover het om het bijzonder onderwijs gaat. Het is enigszins merkwaardig dat het college als bestuursrechter zou hebben te oor-

130. Bijlage 2, Hoofdstuk 1, artikel 1 (Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek), Awb.

131. *Kamerstukken I 2008/09*, 31 821 A. Zie over dit wetsvoorstel A. Orthel, ‘Wetswijziging WHW: goed voor de rechtsbescherming van de student?’, *NTOR* 2009, p. 69-83.

132. Overigens geeft artikel 7.68, lid 1, WHW bijzondere onderwijsinstellingen op levensbeschouwelijke grondslag de mogelijkheid om ter vervanging van de rechtsgang bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs een eigen college van beroep in het leven te roepen. Voor zover wij weten is dat tot nu toe niet gebeurd.

delen over geschillen die voortvloeien uit een privaatrechtelijke rechtsverhouding (zoals de juridische relatie tussen een student en een bijzondere onderwijsinstelling aangemerkt moet worden). Niettemin is dat het geval, nu Hoofdstuk 8 van de Awb ook voor zover het het bijzonder hoger onderwijs betreft de rechtsgang bij het CBHO van toepassing verklaart (artikel 7.66, lid 2, WHW).

Het CBHO behoort niet tot de rechterlijke macht, zodat de door de Raad van State in het kader van zijn advies over het wetsvoorstel gestelde vraag opkomt, hoe dit zich verhoudt tot artikel 112, lid 1, Grondwet, dat de berechting van geschillen die uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan aan de rechterlijke macht opdraagt. De regering meende in antwoord daarop dat er zich geen strijd met deze bepaling zou voordoen, nu de student te allen tijde het recht behoudt zich tot de burgerlijke rechter te wenden.¹³³ Nu is de burgerlijke rechter inderdaad altijd bevoegd. Maar een vordering bij hem is niet ontvankelijk wanneer een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang, zoals bijvoorbeeld bij het CBHO, openstaat. De stelling dat de student (blijkbaar) een keuzemogelijkheid zou hebben tussen de burgerlijke rechter en het College is dan ook niet correct. In deze zin oordeelde ook de Hoge Raad: als het college bevoegd is, is een vordering bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk.¹³⁴

3.3 De betekenis van de ‘kennen en kunnen’-uitzondering in het hoger onderwijs

Zoals hiervoor beschreven werden in de Afdelingsjurisprudentie beoordelingsbeslissingen in het *openbaar* hoger onderwijs in het algemeen aangemerkt als besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. In deze en de andere sectoren is dat zowel ten aanzien van het openbaar onderwijs als ten aanzien van het bijzonder onderwijs in ieder geval ook zo voor zover het betreft de finale beslissing tot het verlenen van een getuigschrift. Tegen besluiten staat in beginsel bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Ten aanzien van beoordelingsbeslissingen doet zich echter een complicatie voor. Artikel 8:4, lid 3, onder b (tot 1 januari 2013: artikel 8:4, onder e), Awb zondert besluiten van beroep op de bestuursrechter uit die inhouden ‘een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst’, dan wel inhouden ‘de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor die examinering of toetsing’. Deze ‘kennen en kunnen’-uitzondering ziet op die gevallen waarin een leerling, student etc. opgaat voor een proef, tentamen, examen etc. leidend tot beslissingen waarin een beoordeling gegeven wordt omtrent zijn intellectuele, fysieke, manuele etc. vaardigheden.

Hoe ver deze bepaling tot uitsluiting van beroep op de bestuursrechter strekt is al lang voorwerp van debat. Daarbij hebben we niet veel aan de wetsgeschiedenis. In de parlementaire stukken wordt erop gewezen dat dit artikel de voortzetting is van artikel 5, onder m, Wet Arob. Daarbij wordt aangegeven dat aan de uitzondering ‘geen wijdere strekking dient te worden toegekend dan zij had onder de

133. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 821, nr. 4, resp. p. 10 en p. 11.

134. HR 3 juni 2016, AB 2016, 268 m.nt. Kortmann en Van Ommeren, NJ 2017, 35 m.nt. redactie. Voor kritiek op de door de HR gegeven argumentatie (niet op de uitkomst) zie Jacob de Boer en Paul Zootjens, ‘Naar een duidelijker rechtsbescherming in het duale bestel’, *NTOR* 2016, p. 178-181.

Wet Arob. Beoogd is slechts die gevallen uit te zonderen waarin iemand is opgegaan voor een proef of een examen'.¹³⁵ Artikel 8:4, lid 3, onder b (voorheen artikel 8:4, onder e), Awb kent echter een ruimere redactie dan zijn voorganger. In de loop van de parlementaire behandeling is de uitzondering verruimd tot vastgestelde opgaven, beoordelingsnormen en nadere regels voor examinering en toetsing, omdat door het ruime begrip besluit van de Awb beroep hiertegen wel mogelijk zou worden, maar dat dat niet wenselijk zou zijn vanwege de nauwe verbondenheid met de toets- en examenbesluiten zelf.¹³⁶

De vraag naar de reikwijdte van deze bepaling tot uitsluiting van beroep op de bestuursrechter is met name prominent aan de orde geweest in de – hiervoor reeds aangestipte – jurisprudentie over uitspraken (besluiten) van Colleges van beroep voor de examens omtrent tentamenuitslagen, vrijstellingsbeslissingen etc. in het hoger onderwijs. Indien de uitspraak van het college betrekking had op een tentamen- of (deel)examenbesluit, gold de uitzondering van artikel 8:4, onder e, Awb ook voor de uitspraak.¹³⁷ Hiertoe werd nogal eens de volgende redenering gevolgd: het mag zo zijn dat het college van beroep slechts marginaal toetst of eisers prestatie correct is beoordeeld, dat neemt niet weg dat het college eisers kennen en kunnen direct heeft getoetst.¹³⁸ Daarbij legt de omstandigheid dat het college het recht van substitutie (het geven van een eigen beoordeling) mist geen gewicht in de schaal.¹³⁹

Deze lijn is na verloop van tijd verlaten. Zo werd door de Afdeling bestuursrechtspraak uitgesproken dat artikel 8:4, onder e, Awb geen betrekking heeft op een besluit tot vrijstelling van de verplichting tot het doen van tentamen of examen in bepaalde vakken. Volgens de Afdeling viel een zodanige beoordeling niet op één lijn te stellen met een *directe* toets van iemands kennen of kunnen.¹⁴⁰ Evenmin viel het ongeldig verklaren van een examen, wegens fraude, onder deze uitzondering,¹⁴¹ of de weigering van een examiner om een tentamenbriefje af te geven.¹⁴² In 1998 is door de Afdeling een principiële uitspraak gewezen ten aanzien van een besluit, waarbij op basis van een vakdeskundige beoordeling een cijfer aan een tentamen was toegekend. Hierbij bleek het ontbreken van een substitutierecht bij het CBE een doorslaggevende rol te spelen: 'gelet hierop, staat het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling niet direct ter beoordeling en behoort het besluit van het College niet tot die,

135. PG Awb II, p. 393; zie in dit verband ook ABRvS 26 april 1999, AB 1999, 231 m.nt. Schreuder-Vlasblom, JB 1999, 135.

136. PG Awb II, p. 395.

137. Zie Rb. Rotterdam 15 februari 1996, Jurisprudentie Onderwijswetten (JO) 1996, nr. 6, p. 138-140; Rb. Roermond 11 november 1996, zaaknr. 96/169 VEROR K2; Rb. Almelo 20 mei 1997, zaaknr. 96/1544 BELEI K1 A; Rb. Rotterdam 19 december 1997, zaaknr. DIVERS 96/933-R5; Rb. Amsterdam 2 april 1998, zaaknr. AWB 96/7881 BESLU en Rb. Amsterdam 13 mei 1998, zaaknr. AWB 97/3306 BESLU.

138. Volgens artikel 7.61, lid 2, WHW kan bij het college beroep worden ingesteld 'ter zake dat een beslissing in strijd is met het recht'. Bij zuivere beoordelingsbeslissingen blijken de colleges in het hoger onderwijs zich veelal te beperken tot toetsing aan procedurele voorschriften en het willekeurverbod. Op de toetsingsmaatstaven komen we later uitgebreider te spreken.

139. Rb. Amsterdam 2 april 1998, zaaknr. AWB 96/7881 BESLU.

140. ABRvS 18 december 1997, JB 1998, 31 m.nt. Derks, AB 1998, 141 m.nt. Vermeulen.

141. Rb. Groningen 3 maart 1995, JB 1995, 89.

142. Rb. Den Haag 2 februari 1998, zaaknr. AWB 96/7989 BESLU en AWB 97/4417 BESLU.

bedoeld in artikel 8:4, aanhef en onder e, van de Awb'.¹⁴³ Het zuivere beoordelingsbesluit in primo (het cijfer) en de uitspraak van het College op het administratief beroep kunnen dus zeer wel van elkaar worden onderscheiden, maar de vraag rijst tot hoever de rechter met zijn toetsing mag gaan, opdat daarin niet de *directe beoordeling* van het kennen of kunnen wordt betrokken.

Deze uitspraak bood aldus ruimte voor toetsing door de bestuursrechter aan de hand van de vraag hoe het College van Beroep voor de Examens in zijn uitspraak met het (primaire) beoordelingsbesluit en de belangen van de eiser was omgesprongen. Overigens is die ruimte, gezien de hierna te bespreken jurisprudentie, tot een terughoudende toetsing beperkt. Dat is om meerdere redenen terecht. Ten eerste vloeit dat voort uit de door de wetgever beoogde beperkte vorm van administratief beroep bij het College. Terwijl de beoordeling in administratief beroep in principe een integrale bestuurlijke heroverweging vereist, waarbij niet alleen een rechtmatigheidstoetsing maar ook een inhoudelijke herbeoordeling plaatsvindt, die bij gehele of gedeeltelijke vernietiging van het primaire besluit kan leiden tot een vervangend besluit (artikel 7:25 Awb), is de beoordeling door het College beperkt tot rechtmatigheidsgronden en is het niet bevoegd in geval van vernietiging een vervangend besluit te nemen (artikel 7:61, lid 2 resp. lid 5, WHW).

De vraag rijst of en hoe deze jurisprudentie in het grotere geheel van de Algemene wet bestuursrecht past. Heringa stelt in een noot bij de Afdelingsuitspraak uit 2002 de vraag aan de orde of de Afdeling niet in wezen, door een rechterlijke rechtmatigheidstoetsing toe te laten tegen een besluit in administratief beroep gericht tegen een primair besluit dat evident ziet op een 'kennen en kunnen', in feite niet artikel 8:4, onder e (thans artikel 8:4, lid 3, onder b), Awb opzijzet.¹⁴⁴ En annotator Peters acht de Afdelingsjurisprudentie in zijn noot onder een latere Afdelingsuitspraak zonder meer ongewenst: 'Hoezeer de Afdeling ook allerlei aspecten aan een besluit ziet, die niet van doen hebben met een oordeel van kennen en kunnen en 'dus' wel door de bestuursrechter getoetst kunnen worden; de wetgever heeft het kennen-en-kunnen-besluit eenvoudigweg in zijn geheel uitgesloten. Geen beroep betekent ook niet een beetje beroep'.¹⁴⁵

Niettemin menen we dat de benadering van de Afdeling zeer wel verdedigbaar is.¹⁴⁶ De ratio van deze bepaling, die evident geschreven is om de inhoudelijke autonomie en deskundigheid van professionele beoordelaars af te schermen tegen rechterlijke bemoeienis, is dat de rechter niet een eigen oordeel over de kwaliteit, capaciteit e.d. van leerlingen, studenten, kandidaten moet vellen. Die ratio wordt in acht genomen, indien door de rechter voldoende afstand gehouden wordt van het materiële oordeel van de professional over het kennen en kunnen en hij slechts toetst aan min of meer formele rechtmatigheidsvereisten.

Het zou echter in strijd zijn met de tekst van artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb, als de rechter ook primaire 'kennen en kunnen'-besluiten, dus beoordelingsbeslis-

143. ABRvS 24 juli 1998, *JB* 1998, 201. Vgl. ook ABRvS 26 april 1999, *AB* 1999, 231 m.nt. Schreuder-Vlasblom, *JB* 1999, 135.

144. ABRvS 13 maart 2002, *JB* 2002, 142.

145. ABRvS 12 januari 2005, *AB* 2005, 227 m.nt. Peters.

146. Zie daartoe de noot van Vlasblom in ABRvS 26 april 1999, *AB* 1999, 231.

singen, zou toetsen, zelfs al zou hij daarbij een grote mate van terughoudendheid betrachten. In zoverre volgen we annotator Peters: een marginale toetsing van een kennen en kunnen besluit maakt niet dat dat besluit zijn karakter verliest. Wat als object van beoordeling voorligt is echter niet een primair kennen en kunnen besluit, maar een secundair besluit, gegeven in administratief beroep, waarbij het beroepsorgaan geen oordeel over het kennen en kunnen geeft. Het College van Beroep voor de Examens toetst immers slechts of de beoordelingsbeslissing al dan niet in strijd is met het recht (artikel 7.61, lid 2, WHW), hetgeen inhoudt dat door het College enkel 'dient te worden getoetst of het besluit in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift en of de examinator bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen'.¹⁴⁷ Bovendien kan het College, als het een besluit vernietigt, daarvoor niet een eigen besluit in de plaats stellen (artikel 7.61, lid 5, WHW). Het gaat dus niet om een regulier, 'vol' administratief beroep, waarin het betreffende beroepsorgaan in principe het besluit ten gronde overdoet (in dat geval zou het besluit in administratief beroep zelf ook een 'kennen en kunnen'-besluit zijn), maar om een 'beperkt/marginaal' administratief beroep, waarin het kennen en kunnen besluit in primo marginaal-formeel getoetst wordt. Dan is zo een besluit in (een gemankeerd) administratief beroep niet zelf een kennen en kunnen besluit ter zake waarvan de bestuursrechter onbevoegd zou zijn.

Kortom, de Afdeling acht beroep tegen een in administratief beroep genomen besluit, welk administratief beroep zelf gericht was tegen een kennen en kunnen besluit (ondanks artikel 8:4, lid 3b, Awb) mogelijk, maar alleen in het geval de bevoegdheid van de administratieve beroepsinstantie is beperkt tot een rechtmatigheidstoets. De bestuursrechter kan dat in administratief beroep genomen besluit bovendien maar beperkt toetsen: hij kan alleen toetsen of dat besluit voldoet aan de formele voorschriften die bij of krachtens de Algemene wet bestuursrecht (inclusief de beginselen van behoorlijk bestuur), de WHW en andere wetten gelden. De rechterlijke beoordeling heeft dan geen betrekking op de inhoud van het afgelegde examen of de gemaakte toets.

Dit betekent overigens ook, dat wanneer het in beroep bij de bestuursrechter voorliggende besluit *wel een kennen en kunnen beoordeling bevat, de rechter daarover geen oordeel mag geven*. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een besluit op bezwaar tegen een dergelijke beoordeling (waarbij per definitie een volle herbeoordeling plaatsvindt)¹⁴⁸ of om een besluit in administratief beroep waarin een kennen en kunnen beoordeling (min of meer) 'vol' wordt getoetst: in zulke gevallen deelt het secundaire besluit in het karakter van het primaire kennen en kunnen besluit.¹⁴⁹

147. ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen.

148. CRvB 14 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1418.

149. Vgl. ABRvS 19 februari 2003, nr. 200200241/1, ECLI:NL:RVS:2003:AF4735.

Zeer onlangs formuleerde de Afdeling deze gedachtegang – in lijn met Vlasblom¹⁵⁰ – principieel, met overwegingen die vermoedelijk standaard zullen worden: ‘Tegen een besluit inhoudende een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst kan, gelet op artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb, geen beroep worden ingesteld. Gelet op artikel 7:1 van de Awb kan daartegen evenmin bezwaar worden gemaakt. Als toch bezwaar wordt gemaakt moet het bestuursorgaan dat bezwaar niet-ontvankelijk verklaren en dient de bestuursrechter, indien het bestuursorgaan daarop niettemin inhoudelijk heeft beslist, te bepalen dat het bestuursorgaan dat bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard (...) Is bij wettelijk voorschrift tegen een besluit inhoudende de beoordeling van het kennen of kunnen als hiervoor bedoeld administratief beroep opengesteld, dan rijst de vraag of de bestuursrechter bevoegd is kennis te nemen van het besluit dat de administratieve beroepsinstantie op het bij hem ingestelde beroep heeft genomen. Als artikel 7:25 van de Awb op het administratieve beroep van toepassing is en de administratieve beroepsinstantie, voor zover deze het beroep ontvankelijk en gegrond acht, bevoegd is het bestreden besluit te vernietigen en in de plaats daarvan een nieuw besluit te nemen, dan is de besluitvorming op beroep zodanig vergelijkbaar met die in eerste instantie, dat het besluit op het administratief beroep, gelet op artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb, van beroep bij de bestuursrechter is uitgesloten. Deze zal zich, indien tegen een dergelijk besluit toch beroep bij hem is ingesteld, onbevoegd moeten verklaren van dat beroep kennis te nemen. (...) In geval de besluitvorming over het kennen of kunnen van een kandidaat en de beoordeling daarvan in administratief beroep in betekenende mate van elkaar verschillen, bijvoorbeeld omdat de administratieve beroepsinstantie, gelet op de voor de behandeling van het administratieve beroep geldende bepalingen, slechts mag beoordelen of het beroepen besluit is genomen in strijd met het recht en niet zelf in de zaak mag voorzien, is het besluit dat is genomen in administratief beroep niet gelijk te stellen met een besluit inhoudende de beoordeling van een kennen of kunnen als bedoeld in artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb. De bestuursrechter is in dat geval bevoegd van een beroep tegen een besluit van de administratieve beroepsinstantie kennis te nemen, maar kan dat besluit slechts toetsen aan formele voorschriften van procedurele aard die bij of krachtens de Awb of enige andere wet in formele zin zijn gesteld. Die beoordeling kan geen betrekking hebben op de inhoud van het afgelegde examen of afgelegde toets.’¹⁵¹

Met deze (vermoedelijk) standaarduitspraak heeft de Afdeling een verhelderende uiteenzetting gegeven: daarmee is het Awb-schema in abstracto duidelijk. Dat betekent niet dat ook in de praktijk altijd een dergelijke helderheid gegeven is. Het is immers niet altijd even eenvoudig om te bepalen of nu wel of niet sprake is van een beoordeling omtrent de inhoud van het afgelegde examen, dus om een beoordeling van kennen en kunnen.

150. Zie haar noot bij ABRvS 26 april 1999, AB 1999, 231; alsmede haar boek *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Groningen: Wolters Kluwer 2017 (6e druk).

151. ABRvS 24 oktober 2018, nr. 201800124/1, ECLI:NL:RVS:2018:3428.

Dat geldt overigens niet alleen voor zover het gaat om het al dan niet inhoudelijke karakter van de beoordeling, maar ook om de vraag of de bestuursrechter al dan niet geroepen wordt een inhoudelijk oordeel te geven over de te hanteren beoordelingsnormen: ook dat laatste wordt hem door artikel 8:4, lid 3b, Awb ontzegd. Deze kwestie kwam aan de orde in een recent arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden. Daarin betrof het een leerling van wie een van de antwoorden op het eindexamen Frans ten onrechte fout was gerekend. Vervolgens was het de vraag of zij hiervoor na aanpassing door de CvTE voldoende gecompenseerd was. Zij meende van niet en vond dat zij een ruimere compensatie moest krijgen, in welk geval ze alsnog voor haar VWO-examen geslaagd zou zijn. Het hof komt na een uitgebreide analyse van de zaak en de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht tot de conclusie dat artikel 8:4, lid 3b, Awb zich niet verzet tegen toetsing door de bestuursrechter, nu het niet gaat om de beoordeling van het antwoord op de vraag (dat antwoord was juist en daar is men het over eens), maar over de wijze waarop de onvolledige beoordelingsnorm (het correctievoorschrift) in de score en in de ten behoeve van de vaststelling van het cijfer toegepaste normering was verwerkt. De besluiten van de directeur en secretaris betroffen louter het resultaat van de omzetting van de beoordeling in een nieuw cijfer en uiteindelijk in een uitslag, zagen dus niet op het kennen en kunnen van de leerlinge en ook niet op de beoordelingsnorm zelf. Derhalve kon het aangepaste cijfer door de bestuursrechter getoetst worden, en de burgerlijke rechter de leerlinge naar deze rechter te verwijzen na haar vordering niet-ontvankelijk te hebben verklaard; zo geschiedde.¹⁵² Of het hof het bij het juiste eind heeft zal moeten blijken; de zaak ligt thans bij de Hoge Raad.¹⁵³

3.4 De betekenis voor de andere onderwijssectoren van de hoger onderwijs-jurisprudentie inzake het besluitbegrip en de 'kennen en kunnen'-excepie

De vraag rijst wat de hiervoor in par. 3.2 en 3.3 besproken rechtspraak en analyses inzake het hoger onderwijs betekenen voor de andere onderwijssectoren. Ten eerste is de betekenis hiervan er in gelegen, dat de verhouding in het bijzonder onderwijs – basis-, voortgezet en beroepsonderwijs – primair van privaatrechtelijke aard is. Er kan dus hooguit sprake zijn van een besluit, gegeven door een b-bestuursorgaan, wanneer het een beslissing tot verlening van een getuigschrift betreft. In de vaste jurisprudentie van de Afdeling sinds 2005 worden andere beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs, ook al vormen die te samen het pakket van beslissingen die tot het diploma opbouwen, dan ook niet als besluiten aangemerkt. Daaruit vloeit voort, dat niet door het aanvechten van een beoordelingsbeslissing die neerkomt op een weigering een getuigschrift te verlenen, de eerdere beoordelingsbeslissingen – schoolexamen, cijfers voor het centraal schriftelijk examen etc. – via het bestuursrecht aangevochten kunnen worden.¹⁵⁴

152. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1817.

153. De complexiteit van de kwestie blijkt uit het commentaar van Ben Wilbrink, te vinden op <https://benwilbrink.wordpress.com/2017/09/20/examenonrecht-en-effet/>.

154. Vermeulen/Zoontjens 2000, p. 165.

En wat betreft beoordelingsbeslissingen in het openbaar onderwijs (per definitie beslissingen over kennen en kunnen) geldt, dat ook al zouden het besluiten zijn, deze toch slechts aan de bestuursrechter voorgelegd kunnen worden indien niet het primaire beoordelingsbesluit, maar een in administratief beroep gegeven secundair besluit dat zelf geen inhoudelijke beoordeling van kennen en kunnen geeft, object van het geschil is: alleen dan staat artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb niet aan toetsing door de bestuursrechter in de weg.

3.5 De rechtsbescherming in de verschillende sectoren

3.5.1 *Primair onderwijs*

Artikel 42, lid 2, WVO schrijft voor dat het bevoegd gezag ten behoeve van iedere leerling in het achtste schooljaar van het onderwijs een schooladvies vaststelt omtrent het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs. Met het oog daarop wordt tussen 15 april en 15 mei een centrale eindtoets afgelegd, welke de kennis meet van de leerling op het terrein van Nederlandse taal en rekenen. Basisscholen zijn sinds schooljaar 2014/15 verplicht om leerlingen in het achtste leerjaar een eindtoets af te nemen die de kennis en vaardigheden van de leerling op het terrein van in ieder geval de Nederlandse taal en rekenen en wiskunde meet (artikel 9b, lid 2, WPO). Het bevoegd gezag heeft de keuze uit verschillende door de minister toegelaten (artikel 9b, lid 7, WPO) toetsen zoals de CITO-toets, ontworpen door verschillende aanbieders. Het bevoegd gezag neemt de toets af met inachtneming van het door de betreffende aanbieder in een toetsreglement opgenomen afnameaanwijzingen (artikel 5, lid 2, Toetsbesluit). De toetsaanbieder stelt voor iedere leerling een leerlingrapport op, waarin ten minste het resultaat van de eindtoets, het niveau waarop deze is afgelegd en een advies omtrent het vervolgonderwijs zijn opgenomen; dit rapport maakt deel uit van het onderwijskundig rapport zoals bedoeld in artikel 42, lid 1, WPO (artikel 8 Toetsbesluit). In dit rapport is ook opgenomen het door het bevoegd gezag opgestelde schooladvies omtrent het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs. Blijkt de hiervoor genoemde toets te wijzen op een hoger niveau van aansluitend voortgezet onderwijs, dan heroverweegt het bevoegd gezag het schooladvies (artikel 42, lid 1 en 2, WPO), hetgeen kan leiden tot aanpassing van het advies naar dit hogere niveau.

Onduidelijk is wat de juridische status is van het schooladvies en de daarbij behorende rechtsbescherming. De WPO is daarover niet helder. Uit artikel 27, lid 1c, WVO, dat bepaalt dat de toelatingsbeslissing tot het voortgezet onderwijs gebaseerd moet worden op het schooladvies, lijkt te volgen dat het schooladvies – in weerwil van de term ‘advies’ – bindend is, in ieder geval in de zin dat een middelbare school bij de toelatingsbeslissing niet zou mogen weigeren op de grond dat de leerling het geadviseerde niveau niet aan zou kunnen. Ook artikel 3, lid 2 en artikel 4 Inrichtingsbesluit, alsmede de wetsgeschiedenis wijzen in deze richting. Derhalve heeft het schooladvies trekken van een getuigschrift, waarvan de verlening als een besluit in de zin van de Awb aangemerkt zou moeten worden. Die consequentie zou dan gelden zowel voor het openbaar als

het bijzonder onderwijs (dat laatste zou dan in zoverre als een b-orgaan kwalificeren).¹⁵⁵

Maar dit is grotendeels een theoretische discussie. Het betreft hier immers een kennen en kunnen oordeel, ten aanzien waarvan op grond van artikel 8:4, lid 3b, Awb de weg naar de bestuursrechter is afgesneden en een daaraan voorafgaand bezwaar niet ontvankelijk verklaard moet worden. Voor ouders die zich niet in het schooladvies kunnen vinden zal derhalve niet de bestuursrechtelijke weg, maar uitsluitend een civiele procedure openstaan. Veelal zullen ze overigens volstaan met een klachtenprocedure, waarbij de klachtencommissie terughoudend zal toetsen en zich zal concentreren op eventuele procedurele gebreken. Zie bijvoorbeeld in deze zin de Landelijke Klachtencommissie (LKC): ‘De Commissie is terughoudend bij het toetsen van schooladviezen, aangezien het onderwijzend personeel van een school bij uitstek de deskundigheid en professionaliteit heeft om het kennen en kunnen van een leerling te beoordelen. Dat betekent dat de Commissie toetst of de school in redelijkheid tot het uitgebrachte schooladvies heeft kunnen komen en of de procedure om tot dat advies te komen zorgvuldig is geweest. De Commissie is niet bevoegd om een schooladvies te geven of te wijzigen.’¹⁵⁶

Eenzelfde situatie geldt voor andere beoordelingsbeslissingen in het primair onderwijs, zoals de beoordeling van een proefwerk of overgang naar een hogere klas. Om meerdere redenen zijn dergelijke beslissingen niet aan te merken als besluiten. Voor zover het gaat om beslissingen in het bijzonder onderwijs vallen deze vanwege hun privaatrechtelijke karakter buiten het besluitbegrip. Voor zover het gaat om het openbaar onderwijs betreft het een kennen en kunnen oordeel, dat om die reden aan beroep op de bestuursrechter en daarmee ook aan de bezwaarprocedure is onttrokken. Daarnaast zouden wij willen betogen, dat bij dergelijke beslissingen geen sprake is van een publiekrechtelijk – extern – rechtsgevolg, en er dus ook in het openbaar onderwijs geen sprake is van besluiten. Daartoe zouden we willen verwijzen naar de toelichting bij de Awb, volgens welke bijvoorbeeld een beslissing om een leerling die te laat komt een middag te laten terugkomen of een extra les op te dragen vanwege het interne karakter niet als een besluit wordt aangemerkt. Ook de overplaatsing van een leerling naar een dependance bij wege van sanctie wordt gezien als een interne maatregel die geen besluit in de zin van de Awb vormt,¹⁵⁷ net als de beslissing tot het al dan niet overslaan van een klas. Dat wordt eerst anders, indien het bevoegd gezag van een openbare school besluit een leerling van school te verwijderen; dat besluit is van dien aard dat het de rechtspositie van de leerling raakt.¹⁵⁸ Deze opvatting van de Awb-wetgever, om zaken in de school zo veel mogelijk buiten de sfeer van het bestuursrecht te houden, sluit goed aan bij het karakter van het primaire onderwijsproces, dat niet te zeer gejuridiseerd moet worden. Een dergelijke benadering doet recht aan de situaties waarbij de beoordeling in het kader van de ontwikkelingsgang van de leerling onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van een pedagogisch-didactisch proces. De peda-

155. Zie in deze zin Noorlander 2005, p. 526, 575.

156. LKC 20 maart 2018, 108092.

157. ABRvS 11 december 2002, AB 2003, 76 m.nt. Vermeulen en Huisman, bespreking in *School en Wet* 2003, nr. 3, p. 101.

158. PG Awb I, p. 155.

gogische vrijheid van de school en de professionele autonomie van de leerkracht verdraagt zich moeilijk met de juridisering van oordelen en beoordelingen die in dat proces tot stand komen.¹⁵⁹

3.5.2 Voortgezet onderwijs

Het eindexamen in het voortgezet onderwijs houdt voor alle schoolsoorten (vmbo, havo, vwo) in, dat de af te geven diploma's gebaseerd zijn op de school-examens en de centrale landelijke examens inzake de betreffende vakken. De minister stelt elk jaar de examenprogramma's vast. Deze eindtoetsing is 'kwalificerend', in de zin dat het getuigschrift/einddiploma een civiel effect heeft (artikel 29, lid 1 en lid 3, WVO). Het cijfer wordt bepaald door het gemiddelde van het schoolexamen en het centraal examen. De centrale examens worden in mei afgenomen, schoolexamens eerder in het schooljaar. De verantwoordelijkheid voor het afnemen van het eindexamen ligt bij de rector/directie en de leraren (artikel 29, lid 2, WVO). De specifieke regelingen ter zake zijn te vinden in een AMvB, het Eindexamenbesluit VO.

Net als in het primair onderwijs is er ook in het voortgezet onderwijs geen regeling die een uitdrukkelijke rechtsgang opent met betrekking tot beoordelingsbeslissingen, in dit geval in het kader van het eindexamen. In zoverre verschilt het voortgezet onderwijs wel van het primair onderwijs, dat in artikel 30a WVO een grondslag geformuleerd is ten aanzien van 'besluiten inzake deelneming aan de examens'. Tegen dergelijke besluiten staat (met kortere dan gebruikelijke termijnen) administratief beroep open bij een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen bestuursorgaan. Uit artikel 5, lid 4 jo. artikel 31 Eindexamenbesluit VO blijkt echter dat niet beoogd is om generiek administratief beroep bij een door het bevoegd gezag van de betreffende school ingestelde Commissie van beroep mogelijk te maken, bijvoorbeeld met betrekking tot beoordelingsbeslissingen in het schoolexamen en eindexamen, maar uitsluitend met betrekking tot ordemaatregelen van sanctionerende aard door de directeur, die getroffen kunnen worden in geval van 'onregelmatigheden in het kader van het eindexamen' (fraude e.d.). Opvallend is dat hierbij geen onderscheid gemaakt wordt tussen openbaar onderwijs (waar de term administratief beroep aangewezen is) en bijzonder onderwijs (waar die term niet geschikt voor is). Opvallend is ook, dat artikel 30a, lid 4, WVO bepaalt dat tegen een beslissing inzake deelneming aan eindexamens die geen besluit is, de betrokken leerling of zijn ouders voorziening kan vragen bij een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen instantie. Waar de wetgever hierbij aan gedacht heeft en waar deze voorziening is geregeld (daargelaten in artikel 5 Eindexamenbesluit VO) is ons niet aanstonds duidelijk. Het komt ons in het licht van de wetsgeschiedenis echter voor, dat beoogd is om voor artikel 5 lid 4-beslissingen een vorm van administratief beroep op de Commissie van beroep te realiseren, in welk geval deze Commissie een bestuursorgaan is en tegen wier uitspraken beroep op de bestuursrechter openstaat. Daarnaast is blijkbaar beoogd een beroepsmogelijkheid te creëren ten behoeve van het bijzonder onderwijs, dat bij de Commissie van beroep kan

159. In deze zin eerder F.C. Michiels en M.J. Jacobs, 'Bestuursrechtelijke aspecten van de vrijheid van onderwijs', in: T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht: Lemma 2000, p. 311; Vermeulen/Zoontjens 2000, p. 116-117.

aanhaken, in welk geval die Commissie niet fungeert als een b-orgaan, en doorprocederen slechts bij de civiele rechter mogelijk is.

We menen dat er voor het overige geen sprake is van de mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming ten aanzien van beoordelingsbeslissingen in het kader van het eindexamen. Weliswaar is hier duidelijker dan in het basisonderwijs sprake van een besluit in zoverre het gaat om de vaststelling van de uitslag van het eindexamen en daaruit voortvloeiende uitreiking (dan wel niet-uitreiking) van een getuigschrift (artikel 48 jo. 52 Examenbesluit VO). Daarmee wordt door een b-orgaan – directeur en secretaris – openbaar gezag uitgeoefend. Maar gegeven de in par. 3.4 geschetste consequenties van de Afdelingslijn die ook geldt voor het voortgezet onderwijs, zijn beoordelingsbeslissingen die naar het diplomabesluit toeleiden in het bijzonder onderwijs niet aan te merken als besluiten vanwege het privaatrechtelijke karakter van de onderliggende rechtsverhouding. Daarnaast zijn die beslissingen voor zover het gaat om openbare onderwijsinstellingen, zoals de beoordelingen in het schoolexamen en het centraal examen, als die al als besluiten ‘tellen’, op grond van artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb niet vatbaar voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Derhalve resteert de gang naar de burgerlijke rechter.

3.5.3 *Middelbaar beroepsonderwijs*

De beroepsopleiding in het middelbaar beroepsonderwijs bestaat uit de kwalificatie plus keuzedelen (artikel 7.1.2 WEB). Het examen dat de leerling inzake de kwalificatie en een of meer onderdelen aflegt levert een diploma op (artikel 7.4.3 WEB). De nadere regeling vindt plaats in het op artikel 7.4.3a WEB gebaseerde Examen- en kwalificatiebesluit beroepsopleidingen WEB. In artikel 7.4.5-7.4.6 WEB wordt de examencommissie geregeld, die in belangrijke mate overeenkomt met de examencommissie in het hoger onderwijs. De examencommissie reikt het diploma uit, ten bewijze dat de opleiding (kwalificatie, keuzedeel, beroepspraktijkvorming (BPV) met goed gevolg is afgesloten (artikel 7.4.6 WEB). Het beroepsonderwijs kent, net als het hoger onderwijs, het door het bevoegd gezag (het College van Bestuur) gegeven bindend studieadvies. Aan een negatief studieadvies kan de ontbinding van de onderwijsovereenkomst worden gekoppeld (artikel 8.1.7a, lid 2, WEB).¹⁶⁰

Beoordelingsbeslissingen van de examencommissie en van examinatoren, alsmede bindende adviezen van het bevoegd gezag, kunnen worden onderworpen aan het oordeel van een Commissie van beroep voor de examens; ook kan een voorlopige voorziening worden gevraagd (artikelen 7.5.1-7.5.3 en 8.1.7a, lid 5, WEB). De Commissie is, net als het College van Beroep voor de Examens in het hoger onderwijs, niet bevoegd na vernietiging een nieuwe beslissing te nemen (artikel 7.5.2, lid 3, WEB). Anders dan voor het College van Beroep voor de Examens, dat verplicht is om terughoudend te toetsen (artikel 7.61, lid 2, WHW), bevat de WEB geen toetsingscriterium; aangenomen mag echter worden dat

160. Zie voor een voorbeeld waarin de rechter oordeelt dat de ontbinding van de onderwijsovereenkomst (gebaseerd op een negatief studieadvies) niet op regelmatige wijze tot stand was gekomen: Rb. Rotterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6137; er was door het ROC in strijd met de eigen procedurele regels niet nagegaan of er voor de leerlinge nog een andere passende opleiding binnen het ROC beschikbaar was.

de Commissies van beroep voor de examens een vergelijkbare terughoudende toetsing verrichten.

Alle instellingen in het beroepsonderwijs zijn bijzonder en hebben dus de privaatrechtelijke rechtsvorm. Leerlingen van een mbo-instelling hebben een privaatrechtelijke verhouding met die instelling. Daargelaten de door de examencommissie genomen beslissing tot diplomering, welke als een besluit is aan te merken omdat daarbij openbaar gezag wordt uitgeoefend, kwalificeren de beoordelingsbeslissingen niet als besluiten, op grond van het privaatrechtelijke karakter van de onderliggende relatie. Ook de op het intern beroep genomen beslissingen van de Commissie van beroep voor de examens zijn niet als besluiten aan te merken.¹⁶¹ Derhalve staat er tegen die beslissing vervolgens geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open en zal de burgerlijke rechter geadieerd moeten worden.

3.5.4 Hoger onderwijs

Over de rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs kunnen we op dit moment kort zijn; veel is al aan de orde gekomen in par. 3.2 en 3.3, en zal nog aan de orde komen in par. 3.6.¹⁶²

Studenten in het hoger onderwijs kunnen tegen nagenoeg alle krachtens de WHW genomen beoordelingsbeslissingen (tentamenbeoordelingen, bindende studieadviezen, vrijstellingen etc.) op grond van artikel 7.61, lid 1, WHW opkomen bij het College van Beroep voor de Examens (CBE) als het daaraan voorafgaande gesprek niet heeft geleid tot een minnelijke schikking (artikel 7.61, lid 3, WHW). Het gaat om een interne procedure, voor het openbaar hoger onderwijs aan te merken als een vorm van administratief beroep (aldus de hiervoor in par. 3.2 en 3.3 behandelde Afdelingsjurisprudentie). Bij de voorzitter van het CBE kan om een voorlopige voorziening gevraagd worden (artikel 7.61, lid 6, WHW).

Het beroep kan ingesteld worden terzake dat de beslissing 'in strijd is met het recht' (artikel 7.61, lid 2, WHW), hetgeen een terughoudende toetsing impliceert.¹⁶³ In lijn met de Afdelingsjurisprudentie¹⁶⁴ toetst het College van Beroep voor de Examens uitsluitend 'of het besluit in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift of in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur en of de examinerator bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen'.¹⁶⁵ Een tweede beperking is er in gelegen dat het CBE weliswaar bevoegd is een beoordelingsbeslissing te

161. Zie in deze zin ABRvS 11 oktober 2006, JB 2006, 322 m.nt. Peters en ABRvS 26 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1844.

162. Zie over dit thema C.W. Noorlander, 'Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs', *JBplus* 2007, p. 34-55; E. Kloet, 'Rechtsbescherming van studenten in het hoger onderwijs inzake toetsen en beoordelen', *NTOR* 2013, p. 314-326; M. van Hees-Zandbergen, 'Recente ontwikkelingen in het hoger onderwijsrecht ten aanzien van de rechtspositie van studenten', *NTOR* 2015, p. 112-127; J.A. de Boer en P.J.J. Zoontjens, 'Naar een duidelijker rechtsbescherming in het duale bestel', *NTOR* 2016, nummer 3, p. 161-189; J. Buiting, 'Beoordelingsbeslissingen in het bekostigd hoger onderwijs', *NTOR* 2018, nummer 3, p. 14-26.

163. Wel moet de beslissing zowel aan geschreven als aan ongeschreven recht getoetst worden, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 646, nr. 3, p. 30-31.

164. Voor 2010 kwamen besluiten van het College van Beroep voor de Examens bij de Afdeling aan de orde; die taak is in 2010 overgenomen door het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs.

165. ABRvS 13 maart 2002, *AB* 2002, 348 m.nt. Vermeulen; ABRvS 23 september 2009, nr. 200902052/1.

vernietigen, maar niet om vervolgens in plaats van de vernietigde beslissing een nieuwe beslissing te nemen (artikel 7.61, lid 5, WHW).

Studenten kunnen op grond van artikel 7.66 WHW tegen jegens hen genomen beslissingen van organen van hun instelling opkomen bij een bijzondere rechter, het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO), welke in eerste en enige aanleg rechtsprekt (artikel 7.66, lid 1, WHW).¹⁶⁶ Zij kunnen derhalve bij deze rechter ook opkomen tegen een beslissing van het CBE in intern beroep in een beoordelingsgeschil gegeven; het CBE is immers een orgaan van de instelling. Artikel 8:4, lid 3b, Awb – dat via artikel 7.66, lid 2, WHW ook van toepassing is op het CBHO – staat daaraan niet in de weg, doordat vanwege het beperkte karakter van het interne beroep de beslissing van het CBE niet aan te merken is als een kennen en kunnen-oordeel. Alleen in uitzonderingsgevallen, waarin het – omdat geen beroep op het CBE openstaat – gaat om een in bezwaar genomen beoordelingsbeslissing van een orgaan van een hoger onderwijsinstelling zal artikel 8:4, lid 3b, Awb wel aan een rechtsgang naar het CBHO in de weg staan.¹⁶⁷

Het CBHO oordeelt over beoordelingsbeslissingen in openbare en bijzondere instellingen voor hoger onderwijs. Daarbij is niet relevant of sprake is van een besluit: beroep staat open ten aanzien van ‘beslissingen’ van organen van hoger onderwijsinstellingen. Daarmee is dit college onttrokken aan de dichotomie tussen openbaar en bijzonder onderwijs, tussen publiekrecht en privaatrecht, tussen Awb-besluit en beslissing in een privaatrechtelijke rechtsverhouding. In feite komt de CBHO-procedure er overigens op neer, dat een privaatrechtelijk geschil beoordeeld wordt door een bestuursrechter. Immers, via artikel 7.66, lid 2, WHW worden beslissingen van privaatrechtelijke rechtspersonen (bijzondere instellingen in het hoger onderwijs) geduid als besluiten, waarop de Awb-rechtsgang van toepassing is en publiekrechtelijke normen toepassing vinden.¹⁶⁸

3.6 De (jurisprudentie inzake de) toetsingsmaatstaven bij de beoordeling van beoordelingsbeslissingen

3.6.1 *Globale schets*

Ten slotte willen we, na deze uiteenzetting over nogal abstracte vragen inzake besluitbegrip, kennen en kunnen beslissingen, de verhouding publiekrecht/priivaatrecht en de verschillende procedures, thans een meer inhoudelijk onder-

166. Een vordering ingesteld bij de burgerlijke rechter wegens onrechtmatigheid van een beoordelingsbeslissing zal niet-ontvankelijk verklaard worden, nu het CBHO een bij wet ingestelde, met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij een rechter biedt (HR 3 juni 2016, AB 2016, 268 m.nt. Kortmann en Van Ommeren, NJ 2017, 46 m.nt. redactie). Zie ook de (overbodige) uitzondering van beroep op de algemene bestuursrechter van besluiten genomen door het CBE in Bijlage 2 Hoofdstuk 1 (Van beroep uitgezonderde besluiten) bij de Awb, artikel 1 onder ‘Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek: artikel 7.61’. Vgl. ten slotte CBHO 4 maart 2014, 2013/187.

167. Zie ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9569 inzake een besluit op bezwaar van het College voor promoties op grond van artikel 7.19, lid 1, WHW jo. het reglement, dat betrokkene het promotietraject niet meer mocht voortzetten. Thans, naar de huidige stand van de jurisprudentie (zie ABRvS 24 oktober 2018, nr. 201800124/1) zou vermoedelijk geoordeeld zijn dat het bezwaar niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, nu sprake is van een kennen en kunnen-besluit waartegen op grond van artikel 8:4, lid 3b, WHW geen beroep op de bestuursrechter openstaat.

168. Buiting 2018, p. 22-23; noot van Philipsen en De Wit bij Rb. Den Haag (vzr.) 4 november 2013, AB 2014, 168.

werp aan de orde stellen: de maatstaven die degenen die beoordelingsbeslissingen hebben te beoordelen hanteren en zouden moeten hanteren. Daarbij zijn verschillende perspectieven mogelijk. Vaak zal voordat een beoordelingsgeschied naar de rechter gaat eerst een interne beroepsgang plaats moeten vinden – bijvoorbeeld bij een Commissie van beroep voor de examens in het mbo of een CBE in het hoger onderwijs. Vervolgens is er het perspectief van de bestuursrechter (als een besluit ter toetsing wordt voorgelegd) of de civiele rechter (in de overige zaken). Ten slotte is er de mogelijkheid van een klachtprocedure.

Onze inschatting is grofweg de volgende: de rechter laat, waar het gaat om inhoudelijke oordelen over kennen en kunnen, aan de instelling en de docent/vakdeskundige grote beoordelingsruimte. In doorsnee wordt niet in de inhoud van de beoordeling getreden. Dat wordt in zoverre gecompenseerd, doordat waar het gaat om zorgvuldigheid en motivering, alsmede de naleving van specifieke voorschriften in reglementen e.d., een indringende(r) toetsing plaatsvindt. Daarbij is geen wezenlijk onderscheid tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. De Colleges van beroep voor de examens in het hoger onderwijs volgen voor zover we kunnen zien eenzelfde spoor. De gang van zaken bij de Commissies van beroep voor de examens in het mbo onttrekt zich aan ons zicht. We veronderstellen evenwel dat hun toetsing niet veel zal verschillen van de rechterlijke toetsing. Ten slotte zijn er de klachtencommissies: deze treden in doorsnee terug wanneer er een interne beroepsprocedure voorhanden is. Voor zover dat niet het geval is zijn deze commissies terughoudend bij het treden in de onderwijsinhoudelijke en pedagogische autonomie van vakdeskundige docenten.

In de jurisprudentie vormt de vrijheid van de leraar/docent bij het nemen van pedagogische en vakinhoudelijke beoordelingsbeslissingen – veelal krachtens mandaat genomen namens het bevoegd gezag – in relatie tot leerlingen/ouders/studenten een belangrijk uitgangspunt. Dit uitgangspunt manifesteert zich met name in een grote mate van terughoudendheid bij de beroepsinterne en rechterlijke toetsing van dergelijke beslissingen. Zo wordt bijvoorbeeld de beslissing tot plaatsing in een bepaalde klas, met betrekking tot het overslaan van een klas¹⁶⁹ of wat betreft overgang naar een volgend jaar (zie par. 3.6.3) slechts onderworpen aan een toets van redelijkheid en zorgvuldige procedure. De civiele rechter toetst daarbij net als de bestuursrechter in principe marginaal. Dat betekent dat deze rechters weliswaar bezien of de procedure zorgvuldig is verlopen, maar de inhoudelijke beslissing terughoudend toetsen. Een dergelijke terughoudendheid is niet in strijd met artikel 6 EVRM: ‘De beperking heeft ten doel het oordeel waarop de beperking betrekking heeft, over te laten aan personen en instanties die daartoe de vereiste deskundigheid bezitten.’¹⁷⁰ Een kenbare motivering en een controleerbaar beoordelingsproces is dan ook in het algemeen voldoende. Veelal wordt een en ander samengenomen onder de *zorgvuldigheidsnorm*, in het algemeen negatief geformuleerd. Getoetst wordt slechts of er sprake

169. Pres. Rb. Amsterdam 29 juli 1999, AB 2000, 105 m.nt. B.P. Vermeulen (klas overslaan).

170. Artikel 6 EVRM behelst het recht op een eerlijk proces bij een onafhankelijke rechter, zie hieromtrent ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen.

is van (aperte¹⁷¹) onzorgvuldigheid; zo niet, dan is er voor ingrijpen van de rechter geen plaats.

Hieronder zullen we eerst enkele voorbeelden geven van de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm in het voortgezet en beroepsonderwijs (par. 3.6.2, 3.6.3). Daarna bespreken we een aantal uitspraken in het hoger onderwijs (par. 3.6.4), waarin overigens min of meer dezelfde lijn gevolgd wordt. We ronden af met een korte rechtsvergelijkende blik op de jurisprudentie van de Vlaamse Raad voor Betwistingen (par. 3.6.5).

3.6.2 *De zorgvuldigheidsnorm toegepast*

Een belangrijk startpunt is dat de leerling weet waarop hij wordt beoordeeld. Wanneer de leerling bij de nabespreking van een toets de beschikking heeft over alle vragen, de puntentoekenning per vraag en het antwoordmodel, is dit juridisch aan de maat. De examinerator komt voor het overige beoordelingsruimte toe, en zijn beoordeling kan door een andere instantie zoals de rechter slechts marginaal getoetst worden.¹⁷² Een ander belangrijk uitgangspunt is dat de procedure voor beoordeling verloopt, zoals die behoort te verlopen. Als bijvoorbeeld de tweede en eerste corrector verschil van inzicht hebben over de beoordeling van een vraag, moet dit schriftelijk worden vastgelegd, zodat dit achteraf kan worden getoetst.¹⁷³

We geven een paar voorbeelden. Een voorlopige voorzieningszaak bij de rechtbank Den Haag¹⁷⁴, waarin het ging over de beoordeling van een eindexamen muziek, geeft goed aan via welke onderdelen die marginale toetsing loopt, ook bij een vak waar – meer dan bij andere vakken – het ‘timmermansoog’ een rol speelt.¹⁷⁵ De rechter constateert eerst dat er een examenreglement en een programma van toetsing en afsluiting (PTA) is, waarin het vak en de onderdelen daarvan zijn beschreven; een exemplaar daarvan is uitgereikt. Ook is door de docent duidelijk gemaakt wat het praktijkexamen inhoudt en wat van de leerling werd verwacht, alsmede dat de leerling beoordeeld zou worden op techniek, instrumentbeheersing, compositie, performance en organisatie. Uit het dossier bleek tevens dat de leerling was gewaarschuwd dat zijn bijdrage moest worden verbeterd. De leerling kreeg een ‘no go’, maar had zich daarna niet voor feedback gemeld bij de docent. Bij het examen hebben twee docenten vervolgens een onvoldoende gegeven. Dat ze daarbij geen schriftelijk beoordelingsschema hebben gebruikt vond de rechter gezien het bovenstaande niet (apert) onzorgvuldig. Daarbij komt dat ook een derde, door de Beroepscommissie Examens geraadpleegde, onafhankelijk docent muziek het examen eveneens als onvol-

171. In civiele procedures wordt veelal deze kwalificatie nog toegevoegd, zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland (vzr.) 3 augustus 2017, *NTOR* 2017, p. 208 e.v. m.nt. Dubelaar. Zie voor een overzicht van de civielrechtelijke jurisprudentie inzake beoordelingsbeslissingen B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen*, Kluwer 2013, p. 412-420.

172. Rb. Leeuwarden (vzr.) 23 december 2005, *ECLI:NL:RBLEE:2005:AU9582*.

173. Rb. Midden-Nederland 28 augustus 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:4116*. De school beweerde dat de correctoren tot overeenstemming waren gekomen over het cijfer, dat betwist werd na inzage. Daar was evenwel geen schriftelijk en gemotiveerd bewijs van.

174. Rb. Den Haag 8 juni 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:6755*.

175. Of moeten we zeggen: het ‘musicus-oor’?

doende beoordeelde en zijn beoordeling schriftelijk had gemotiveerd. Samengevat: wanneer de normstelling is vastgelegd in de daarvoor wettelijk aangewezen reglementen (zoals PTA), uitgereikt is aan de leerling, die leerling in het traject duidelijke beoordelingsmomenten heeft gehad en de gelegenheid heeft gehad daarover terugkoppeling te krijgen en de beoordeling via het ‘meer ogen’ principe is verlopen, is sprake van voldoende zorgvuldige beoordeling.

In de praktijk zal een rechter zich bij de bepaling of sprake is van een voldoende zorgvuldige beoordeling nogal eens moeten verlaten op de conclusies ter zake van een deskundige. In een procedure over tentamencijfers voor Hebreeuws werd de examinerator en daarmee ook het vervolgens oordelende College van Beroep voor de Examens verweten dat er geen beoordelingsmodel was. Het CBE had aangevoerd dat bij een vertaling van bijbelteksten Hebreeuws naar het Nederlands in zodanig verschillende variaties fouten gemaakt kunnen worden dat de becijfering ervan niet aan de hand van een beoordelingsmodel kon worden vastgesteld. De Afdeling concludeerde, dat de uitslag gezien deze toelichting en een (her)beoordeling door een hoogleraar Exegese Oude Testament en Hebreeuws, welke die uitslag onderschreef, niet onzorgvuldig geacht kon worden.¹⁷⁶

Dat geen sprake is van een ‘apert’ onzorgvuldige beoordeling is dus de standaard die de rechter hanteert, wat betekent dat de leerling of ouder met nogal wat bewijs moet komen om aan te tonen dat een gegeven antwoord toch meer punten had moeten opleveren of dat fouten zijn gemaakt in de procedure.¹⁷⁷ Opvallend is dat in een paar recente zaken de rechter toch wat inhoudelijker lijkt te bezien of een bepaald antwoord op een open vraag, afgezet tegen het modelantwoord, wel terecht is afgekeurd. Daarbij speelt dan mee dat de eisende partij (ouders) met deskundigen komen aanzetten als bewijsvoering voor de foute beoordeling door de docent. In een zaak voor Hof Den Haag ging het om het eindexamen Nederlands.¹⁷⁸ Hierin wordt tamelijk diepgaand geanalyseerd, ook nog eens door het hof zelf, wat de interpretatie van een bepaalde vraagstelling was. Door de eisende partij werden externe deskundigen opgevoerd, die naar voren brachten dat de vraag dubbelzinnig was, en dat het antwoord van de leerling daarom ook goedgekeurd had moeten worden. Het hof gaat hier – na ampele overweging – niet in mee, omdat het de vrij hoge drempel van ‘apert’ onzorgvuldig hanteert. De beoordelingen van de eerste en tweede corrector waren consistent en gemotiveerd, en de uitleg van de correctoren van het correctievoorschrift was naar het oordeel van de rechter na te volgen. In een andere zaak komt de rechter echter tot de slotsom dat wel sprake was van een apert onzorgvuldige beoordeling.¹⁷⁹ Het ging hier om een eindexamen wiskunde en de rechter greep hier terug op het correctievoorschrift VWO (als uitvloeisel van het Eindexamenbesluit). Ook in deze casus ging het om een ant-

176. ABRvS 23 september 2009, nr. 200902052/1.

177. Zie bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5496. Het ging hier om een bijstelling van het aantal punten naar beneden na revisie door de tweede corrector. De leerling kon niet aangeven waarom haar antwoord wel goed was, behalve dat het ‘uitvoerig was gemotiveerd’. De rechter geeft aan dat bij verschillende interpretatie, er geen recht aan kan worden ontleend en dus slechts (gedeeltelijke) bijstelling kan plaatsvinden.

178. Hof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3064.

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

woord op een open vraag. In het correctievoorschrift stond dat ‘indien een antwoord op een open vraag niet in het beoordelingsmodel voorkomt en dit antwoord op grond van aantoonbare, vakinhoudelijke argumenten als juist of gedeeltelijk juist aangemerkt kan worden, (...) scorepunten [moeten] worden toegekend naar analogie of in de geest van het beoordelingsmodel’. Het kwam erop neer dat de leerling een antwoord (wiskundige redenering) had gegeven dat niet in het antwoordmodel stond, maar ‘vakinhoudelijk’ blijkbaar wel juist was. Hij had dit onderbouwd met steun van (maar liefst) drie hoogleraren wiskunde. Vervolgens kon de examinerator van de school weinig weerwoord bieden waarom het antwoord fout was. De rechter oordeelde daarom dat het examen herbeoordeeld moest worden.

Een uitzonderlijk geval, waarbij de rechter zelf als examinerator lijkt op te treden, is de volgende zaak. Deze casus betrof de beoordeling van een herexamen economie, dat onderdeel uitmaakte van het centraal examen.¹⁸⁰ Opmerkelijk in deze zaak was dat de voorzieningenrechter vond dat er inderdaad sprake was apert onzorgvuldige beoordeling. Hij kwam tot dit oordeel door zelf inhoudelijk een marginale toetsing uit te voeren aan de hand van de beschikbare antwoordsleutel, en bepaalde dat de school het herexamen ter beoordeling voor diende te leggen aan de Inspectie.

3.6.3 *De zorgvuldigheidsnorm toegepast op overgangsbepalingen*

De zorgvuldigheidsnorm vindt veelal toepassing bij zaken omtrent overgangsbepalingen. Een voorbeeld van een (apert) onzorgvuldige beoordeling betrof een aantal leerlingen aan een instelling voor voortgezet onderwijs met een onderwijsprogramma ter voorbereiding op de balletacademie.¹⁸¹ Leerlingen die een 5,5 hadden kregen in april te horen dat ze ‘niet door’ waren. Voor de leerlingen en ouders was deze beslissing onbegrijpelijk, omdat ze in het lopende schooljaar niet waren gewaarschuwd dat dit kon gebeuren. De instelling verweerde zich met de stelling dat de leerlingen geen lagere cijfers kregen dan een 5,5 om hun motivering niet te aan te tasten en hen de kans te bieden ook bij niet vervolgen van de opleiding door te stromen naar een andere school. Deze werkwijze – met kennelijk goede bedoelingen – brak de school in dit geval echter op. Ook hier ving de rechter aan met de stelling dat er gezien de inrichtingsvrijheid van instelling en docent slechts een marginale toetsing kon plaatsvinden, maar dat in dit geval – juist omdat prestaties voor het vak ‘dans’ zich minder gemakkelijk dan bijvoorbeeld wiskunde in cijfers laten uitdrukken – van belang was ‘dat al het mogelijke wordt gedaan om de onvoorspelbaarheid van de beslissing over de bevordering, en daarmee de mogelijkheid van willekeur, zo veel als mogelijk te beperken. Dat is niet gebeurd, met als gevolg dat het (voor de voorzieningenrechter) niet is te toetsen of de [instelling] de eindbeoordelingen terecht heeft gegeven. Deze wijze van beoordeling is daarom uiterst onzorgvuldig jegens de leerlingen (...).’ Hier waren de cijfers dus niet objectiveerbaar en was de beoordeling dus niet transparant. Een bijkomende onzorgvuldigheid was dat lopende het schooljaar het zwaartepunt van de

180. Vz. Rb. Roermond 5 september 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AU1994. Zie uitgebreid W. Lindeboom, ‘Eindexamens in kort geding’, *School en Wet* 2005, nr. 6, p. 7 e.v.

181. Rb. Amsterdam 3 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX0449.

beoordeling verschoof naar klassiek ballet. De leerlingen waren hier onvoldoende van op de hoogte gesteld en er was geen overgangsregeling ingesteld: ook dat vond de rechter uiterst onzorgvuldig.

In de meeste zaken omtrent overgangsbepalingen in het voortgezet onderwijs zien we de gebruikelijke terughoudende lijn, bijvoorbeeld in een uitspraak over de al dan niet bevordering van een leerling van 3 naar 4 havo.¹⁸² Van de twaalf leerkrachten waren acht tegen de bevordering, en vier onthielden zich. De leerling stelde dat onduidelijk was waarom hij een bespreekgeval was, en waarom hij niet was bevorderd. Subsidiar deed hij een beroep op de hardheidsclausule (afwijking vanwege zwaarwegende belangen). De leerling maakte vooral bezwaar tegen de 5,3 voor gymnastiek, waardoor hij samen met een onvoldoende voor wiskunde niet over ging. De leerling vond dat lichamelijke opvoeding sowieso 'in algemene zin en ook inhoudelijk minder zwaar behoort mee te tellen'. Verder kwam het vak lichamelijke opvoeding niet voor in de overgangsnormering, zodat een cijfer voor dat vak op basis van de eigen regels van de school niet zou mogen meewegen. Hij beriep zich erop dat niet vooraf inzichtelijk was gemaakt op welke wijze dit vak werd beoordeeld en gewogen. Van de procentuele verhouding 25% prestatie en 75% werkhouding waren ouders en leerling niet op de hoogte. Ten slotte klopte de door de school gehanteerde berekening van het eindcijfer van lichamelijke opvoeding niet. De gevolgen – afstroom naar 4 mavo – vonden zij daarom onevenredig. De rechter begint ook nu zijn redenering dat terughoudendheid past. De kenbaarheid van de norm is de eerste toets: op dat aspect blijkt dat de overgangsnormering bepaalt dat bij bevordering wordt gekeken naar de eindcijfers van elk vak afzonderlijk. De bepaling noemt verder een aantal uitzonderingen, maar daaronder is het vak lichamelijke opvoeding niet begrepen. De leerling kon aldus weten dat elk vak gewoon meetelt.

Vervolgens is er ruime beoordelingsvrijheid: 'Die bevoegdheid omvat de vrijheid om een systematiek te hanteren om de relevante aspecten van een vak zowel op zichzelf als ten opzichte van elkaar te wegen en om die weging tot een cijfer te herleiden. Er is geen verplichting om die systematiek vooraf kenbaar te maken.' (r.o. 4.5). Die verplichting is er naar onze mening wel, op grond van het algemene beginsel dat een beoordeling kenbaar en transparant moet zijn. De rechter geeft hier een te grote vrijheid. Uiteraard kan binnen de kaders van de wet tot een bepaalde beoordelingssystematiek worden gekomen, waarbij houding en prestatie gewogen worden: leerlingen hebben het recht om tevoren te weten waarop ze worden beoordeeld. De rechter laat het oordeel of de leerling perspectief heeft op verbetering in grote mate aan de lerarenvergadering¹⁸³: hij beziet de stemverhouding en stelt dat niet gevegd kan worden van de vergadering dat een besluit tot in detail wordt gemotiveerd, in de zin dat (bijvoorbeeld aan de hand van notulen van de docentenvergadering) duidelijk moet zijn wie wat heeft gezegd en gestemd heeft en wat de persoonlijke overwegingen van de verschillende docenten zijn geweest, 'alleen al omdat een zo gedetailleerde wijze van motiveren niet alleen onwerkbaar zou zijn maar zich ook niet verdraagt met de gerecht-

182. Rb. Noord-Holland 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7729.

183. Idem, r.o. 4.6 'De vraag of van een dergelijke verbetering in voldoende mate sprake is om vertrouwen voor de toekomst te bieden is echter een vraag die bij uitstek aan de docentenvergadering is voorbehouden en zich uit de aard der zaak niet leent voor rechterlijke toetsing.'

vaardigde wens van de school om een procedure te hanteren waarin de docenten zich vrij kunnen voelen om een inhoudelijk oordeel overeenkomstig hun werkelijke opvattingen te geven'. De rechter wijst tot slot op het feit dat de leerling voldoende ondersteuning is geboden om tekortkomingen in kennis en kunde op te vangen, zodat de eis wordt afgewezen.

Ook in een zaak in het mbo werd geoordeeld dat het te ver ging 'om van de school te verlangen dat zij vooraf aan de examenkandidaten gedetailleerd kenbaar maakt hoeveel punten de kandidaat krijgt indien hij het werkstuk op een bepaalde manier maakt, bijvoorbeeld hoeveel punten hij krijgt als het rooster van de barbecue niet op de barbecue blijft liggen maar naar beneden zakt'.¹⁸⁴ De leraar heeft dus een zekere, niet in schriftelijke richtlijnen vastgelegde beoordelingsvrijheid, met name wanneer het de beoordeling van praktische vaardigheden betreft.

Voor wat betreft het funderend onderwijs tot slot zien we dat klachtencommissies eveneens terughoudend zijn bij hun beoordeling van didactische en pedagogisch-inhoudelijke beslissingen van leraren. Zo worden overgangsbesluiten in het algemeen alleen procedureel getoetst. Soms ziet een klachtencommissie daarin een gebrek, zodat zij adviseert een besluit terug te draaien. Een voorbeeld is een zaak waarin een mentor geen goede begeleiding had gegeven. De mentor had tijdens een docentenvergadering niets gezegd over de moeilijkheden van een bepaalde leerlinge, terwijl in zo een geval een revisievergadering voor de hand had gelegen.¹⁸⁵

3.6.4 *Toetsing in het hoger onderwijs*

In het hoger onderwijs is sprake van een bestendige jurisprudentie van de colleges van beroep voor de examens bij wege van intern beroep met daaropvolgend beroep op de bestuursrechter (vanaf 2010 het CBHO, daarvoor de algemene bestuursrechter). De toetsingsmaatstaven in die jurisprudentie hebben allereerst hun grondslag in de begrenzings die aan het College van Beroep voor de Examens (CBE) zijn gesteld: slechts toetsing aan het recht, zonder de mogelijkheid om bij vernietiging een eigen besluit voor dat van de beoordelaar in de plaats te stellen (artikel 7.61, leden 2 en 5 WHW). Aldus wordt de autonomie van onder meer examinatoren en examencommissies – onderdeel van de academische vrijheid in artikel 1:6 WHW – gewaarborgd, welke vereist dat de toetsing van hun beoordelingsbesluiten in intern beroep met grote terughoudendheid plaatsvindt: het CBE mag zich niet opstellen als een soort 'super-examinator'. Dienovereenkomstig wordt door het college marginaal getoetst, wordt dus enkel bezien of sprake is van een redelijke beoordeling, waaronder mede begrepen of daarin voldaan is aan formele voorschriften. Dat wordt onder meer onder woorden gebracht in een overweging dat bij waarderingen van antwoorden op open vragen de oordelen van redelijk denkende personen binnen zekere grenzen uiteen kunnen lopen – zonder dat gezegd kan worden dat die oordelen zelf onredelijk zouden zijn – en dat in administratief beroep slechts bezien moet worden of de examinerator bij de beoordeling en waardering van

184. Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400.

185. Zie bijvoorbeeld LKC 15 juni 2006, nr. 06.022-032.

de door de student gegeven antwoorden op die open vragen al dan niet de bedoelde grenzen heeft overschreden.¹⁸⁶

De te betrachten terughoudendheid geldt uiteraard ook, en mogelijk nog sterker, voor de bestuursrechter, hetgeen door artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb onderstreept wordt. In een uitspraak uit 2002 benadrukte de Afdeling dan ook, dat de door de bestuursrechter aan te leggen maatstaf een beperkte is. Gezien genoemde bepaling kan – voor wat betreft het aan de beslissing van het College van Beroep voor de Examens ten grond liggende besluit van de examinator – door de bestuursrechter slechts worden beoordeeld of het college zich al dan niet terecht op het standpunt heeft gesteld dat aan de formele voorschriften die bij of krachtens de Awb, de WHW of enige andere wet in formele zin zijn gesteld, is voldaan.¹⁸⁷ Deze maatstaf wordt ook door het CBHO gehanteerd.¹⁸⁸ De ratio achter deze overweging is evident: wat voorkomen moet worden is dat de bestuursrechter door een (te) inhoudelijke toetsing van de uitspraak van het College van beroep inzake een beoordelingsbesluit van een examinator in strijd met artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb een rechtstreeks en inhoudelijk oordeel geeft over de beslissing van de examinator.

Ook voor het hoger onderwijs kunnen we starten met het uitgangspunt dat op de eerste plaats voor de student helder moet zijn welke beoordelingscriteria worden gehanteerd; deze criteria moeten bekend zijn gemaakt.¹⁸⁹ Daartoe is een consistente onderwijs- en examenregeling (OER) van belang. Veel opleidingen willen bijvoorbeeld studenten activeren door participatie en aanwezigheid in de beoordeling te betrekken (door bonuspunten te geven). Dat moet dan wel helder in de OER worden verwoord, zo bleek uit een zaak die speelde bij de Erasmus School of Law. Het CBHO kwam tot de slotsom dat de WHW (artikel 7.13, lid 2, onder l) de mogelijkheid biedt om naast mondelinge en schriftelijke tentamens, ook ‘op een andere wijze’ te tentamineren, mits hiervoor grondslag is te vinden in de OER.¹⁹⁰ Het in casu onthouden van een half (extra) punt bij een minor wegens niet-aanwezig zijn, kon volgens het CBHO echter niet geschaard worden onder een van de in de OER genoemde toetsvormen; aanwezig zijn is geen vorm van mondeling tentamen, omdat er geen verplichting is iets te zeg-

186. ABRvS 25 juli 2001, AB 2002, 347 m.nt. Vermeulen.

187. ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen, JB 2002, 142 m.nt. Heringa. Sindsdien vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 227 en JB 2005/67; ABRvS 27 juni 2007, AB 2008, 88 m.nt. Jansen; ABRvS 13 mei 2009, nr. 200807103/1; ABRvS 23 september 2009, nr. 200902052/1.

In de uitspraak van 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen, JB 2002, 142 m.nt. Heringa oordeelde de Afdeling tevens dat de uit artikel 8:4, onder e, Awb voortvloeiende terughoudende rechterlijke toetsing geen schending oplevert van artikel 6 EVRM. Zij overwoog daartoe dat de beperking van de rechtelijke toetsing het legitieme doel heeft het inhoudelijke oordeel (over kennen en kunnen) over te laten aan de personen en instanties die daartoe de vereiste deskundigheid bezitten; dat de toegang tot de bestuursrechter (blijkens de Afdelingsjurisprudentie) niet geheel is afgesneden; en dat voor zover niet de weg naar de bestuursrechter gevolgd kan worden de mogelijkheid bestaat om zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Zie hierover nader de noot van Vermeulen, alsmede P.W.A. Huisman, ‘Artikel 8:4 onder e Awb niet in strijd met EVRM, Awb dringt verder door in het onderwijs’, *School en Wet* 2002, p. 264-267.

188. CBHO 3 mei 2017, 2017/028.

189. CBHO 7 januari 2015, 2014/173; CBHO 17 maart 2016, CBHO 2015/63; CBHO 31 augustus 2017, 2017/057.

190. CBHO 17 oktober 2016, 2016/069.

gen.¹⁹¹ De kenbaarheid van beoordelingscriteria was ook van belang in een zaak voor de voorzieningenrechter, die vaststelde dat de student de beschikking had over alle vragen die op het tentamen gesteld waren, de puntentoekenning per vraag en over het antwoordmodel.¹⁹² De examiner kwam alsdan beoordelingsruimte toe en diens beoordeling kon door de rechter dus slechts marginaal getoetst worden.

Als we de uitspraken van het CBHO in grote lijnen bezien dan geldt – zoals eerder al opgemerkt – op de eerste plaats het uitgangspunt dat het CBHO een beroep omtrent ‘kennen en kunnen’ alleen kan toetsen op de ‘formele gronden’, of zoals de standaardoverweging luidt ‘dat het College slechts kan onderzoeken of het CBE terecht de vaststelling van de cijfers in stand heeft gelaten omdat bij de beoordeling door de examiner van de door appellant afgelegde cursussen aan de voorschriften van procedurele aard die bij of krachtens de Awb, de WHW of enige andere wet in formele zin zijn gesteld, is voldaan.’¹⁹³ Het CBHO gaat dan ook geen discussie aan over de kwestie of een vraag juist is gesteld, zelfs als deze juridisch van aard is.¹⁹⁴ Zo weigert het CBHO te treden in een discussie over de waardering van een antwoord op een tentamenvraag¹⁹⁵ of een puntentoekenning.¹⁹⁶

Het CBHO toetst net als de civiele rechter aan de zorgvuldigheidsnorm, en beziet daarbij (soms) ook of sprake is van onzorgvuldigheid in het stellen van tentamenopgaven aan de hand van richtlijnen van de examencommissie. Zo werd in een bepaalde zaak door het CBHO gesteld dat examinatoren (weliswaar) niet verplicht zijn om de richtlijnen te volgen, maar dat deze toch van belang zijn, want ‘aan de hand van de door [student] ingeroepen richtlijnen kan worden onderzocht of de vraagstelling in het tentamen van dien aard is, dat zij geen blijk geeft van een zorgvuldige wijze van tentaminering. (...) het CBE [heeft] terecht geen aanknopingspunten gevonden om te oordelen dat de vraagstelling in het tentamen, gelet op het antwoordmodel, de grenzen van een zorgvuldige wijze van tentaminering te buiten gaan. De [examencommissie] heeft zich in dit verband op het standpunt mogen stellen dat bovendien uit de slagingspercentages van het vorige studiejaar en het afgelopen studiejaar evenmin volgt dat het tentamen niet aan de minimale zorgvuldigheidsvereisten voldeed.’¹⁹⁷ Het slagingspercentage kan aldus een onderdeel van de toetsing vormen of een tentamen aan de zorgvuldigheidsnorm voldoet. Het CBHO lijkt daarmee in deze zaak voorshands wel een iets verdergaande toets te hanteren dan de standaardjurisprudentie voorschrijft, omdat de vaststelling van opgaven immers ook onttrokken is aan toetsing in beroep door de bestuursrechter (artikel 8:4, lid 3b, WHW). Of de opgaven aan de normen van valide toetsing voldoen lijkt ons niet ter beoordeling van de bestuursrechter. Ons lijkt daarenboven de factor

191. Of aanwezigheid wel een voldoende toetsbare norm oplevert zie de blog van Pieter Huisman: https://www.hobeeon.nl/actueel/blog/juridische_kaders_van_student_activerend_leren.

192. Vz. Rb. Leeuwarden 23 december 2005, nr. 05/2050, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU9582.

193. CBHO 31 augustus 2017, 2017/057.

194. CBHO 18 juli 2018, 2018/053. Ook hier had de student een ‘externe deskundige’ ingeschakeld om de juistheid van het geven antwoord te betwisten.

195. CBHO 7 april 2015, 2015/007.

196. CBHO 8 mei 2015, 2014/224.

197. CBHO 3 april 2014, 2013/270.

slagingspercentage niet een juist criterium om te beoordelen of de examinator daarbij al dan niet zorgvuldig heeft gehandeld. De normering die de examinator gebruikt dient vooraf getoetst te zijn, en kan niet achteraf worden tegengeworpen.

In een andere zaak oordeelde het CBHO over een uitspraak waarin het CBE stelde naast de formele eisen ook te toetsen aan de ‘redelijkheid en billijkheid’¹⁹⁸ Het CBHO vond die toetsingsmaatstaf ‘niet onjuist’. Het CBHO toetste ook de stelling van de student dat hij te weinig tijd heeft gehad voor het tentamen: ‘Het enkele feit dat appellant en een aantal andere studenten het tentamen niet binnen de beschikbare tijd hebben kunnen afronden, is daartoe onvoldoende. Overigens heeft appellant ter zitting van het College verklaard dat hij van tevoren goed wist hoeveel tijd hij had voor het tentamen, maar dat hij tijdens het maken daarvan last had van spanning. De overweging van het CBE dat de examencommissie het tot haar taak kan rekenen om nader te onderzoeken waarom het slagingspercentage van dit tentamen laag is, betreft een overweging ten overvloede’, aldus het CBHO. In deze zaak komt tevens naar voren dat een antwoordmodel ook niet alle mogelijke antwoorden hoeft af te dekken.

We zien in de CBHO-jurisprudentie normen vergelijkbaar met die welke door andere rechters ter zake van de zorgvuldigheidsnorm worden aangelegd. Zo werd door het CBHO een beoordelingsformulier van een bachelorscriptie als zodanig beoordeeld.¹⁹⁹ Het formulier schreef een waardering voor door middel van plus- en mintekens en een cijfer, door zowel de eerste beoordelaar als de tweede beoordelaar. Vervolgens gaven deze beoordelaars feedback: de eerste beoordelaar tevens begeleider deed dat gedetailleerd, de tweede beoordelaar beknopter. De student had de kans inhoudelijk op de feedback van de beide beoordelaars te reageren. De student was op de hoogte van deze wijze van totstandkoming van het cijfer. Het CBHO achtte in dat licht de beoordeling niet onzorgvuldig.

Feedback wordt door studenten ook wel opgevoerd als element om een positieve (eind)beoordeling te krijgen. Maar het feit dat bijvoorbeeld een opzet is goedgekeurd wil uiteraard niet zeggen dat daarmee een recht op afronding ontstaat: ‘Met het CBE is het College van oordeel dat een student aan gegeven feedback geen rechtens te honoreren vertrouwen kan ontleen dat hij, indien hij die feedback verwerkt, zonder meer een voldoende zal krijgen. Het geven van feedback betekent niet dat aanvankelijk voldoende althans niet onvoldoende beoordeelde onderdelen niet alsnog ter discussie mogen en kunnen worden gesteld, indien deze onderdelen (alsnog) onvoldoende blijken te zijn. Het CBE heeft in dit verband met juistheid overwogen dat feedback geen trechter vormt, maar uitsluitend een hulpmiddel voor de student om de scriptie te verbeteren.’²⁰⁰

Een zaak waar wel sprake was van onzorgvuldige beoordeling betrof een scriptie die door een tweede beoordelaar was nagekeken, maar waarbij het oordeel niet

198. CBHO 18 juli 2018, 2018/051.

199. CBHO 9 mei 2018, 2018/005.

200. CBHO 6 november 2014, 2014/114. Zie ook CBHO 7 juni 2018, 2018/050.

ondubbelzinnig was. Hierbij speelde ook mee dat het beoordelingsformulier zelf niet in het dossier zat, maar slechts in afgeleide vorm was weergegeven, en de samenstelling van de afstudeercommissie niet geheel onafhankelijk bleek te zijn vanwege een eerder incident. In dit geval oordeelde het CBHO dat het beroep gegrond was.²⁰¹

Tot slot is in dit kader nog te wijzen op een zaak waarbij een stagebeoordeling als onzorgvuldig werd betiteld. Daar uit een dossier geen bewijs afgeleid kon worden dat er tussentijds negatieve beoordelingen waren gegeven, noch op welke wijze de student was beoordeeld en hoe dat had geleid tot het voortijdig beëindigen van de stage, gecombineerd met het feit dat de instelling niet de moeite nam om ter zitting een toelichting te geven, constateerde het CBHO dat ‘onder deze omstandigheden (...) het ervoor [moet] worden gehouden dat de beslissing (...) niet zorgvuldig is voorbereid en voorts gebrekkig is gemotiveerd.’²⁰² Een onvoldoende zorgvuldig beoordelingsproces kan tenslotte een onderdeel zijn van een (veel groter) geschil tussen de student en de instelling, waarbij de student claimt door de nalatigheid van de instelling vertragungsschade te hebben opgelopen. Ook hierover zijn de afgelopen jaren de nodige rechtszaken gevoerd.²⁰³ We laten dit onderwerp echter nu verder onbesproken.

3.6.5 Hoger onderwijs: Vlaanderen vergelijkenderwijs

In Vlaanderen heeft de instelling van een Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen in het hoger onderwijs een stroom van uitspraken over randvoorwaarden aan examinering doen ontstaan.²⁰⁴ Als we het goed zien,²⁰⁵ worden in Vlaanderen vergelijkbare uitgangspunten gehanteerd, zoals het autonomiebeginsel van de opleiding (docenten en opleiding bepalen de vorm van de evaluatie; schriftelijk, mondeling, individueel of in groep²⁰⁶), maar hoe en wanneer getoetst wordt moet wel voldoende en tijdig kenbaar worden gemaakt. Wat daarbij opvalt, is dat de Raad wat inhoudelijker lijkt te toetsen dan het CBHO en andere Nederlandse rechters, en bijvoorbeeld ingaat op het gewicht van studieonderdelen: er moet in ieder geval gemotiveerd worden waarom een onderdeel meer of minder meetelt.²⁰⁷ Er is ter zake niettemin ook in Vlaanderen een grote vrijheid inzake de inrichting (binnen de kaders gesteld door de opleiding).

201. CBHO 30 mei 2018, 2018/056.

202. CBHO 30 juni 2016, 2016/055.

203. Zie onder meer de blog https://www.hoboon.nl/actueel/blog/aansprakelijkheid_en_inspanningsplicht_van_de_instelling_bij_studievertraging.

204. <http://onderwijs.vlaanderen.be/nl/studenten/klachten-en-problemen/beroep-aantekenen-bij-de-raad/beslissingen-van-de-raad/uitspraken>.

205. We baseren onze beperkte blik voor dit moment even tot de (instructieve) bijdrage van K. Willems en K. Weis, ‘De impact van het redelijkheidsbeginsel en de motiveringsplicht op de beoordeling van (schriftelijke en mondelinge) examens en stagebeoordelingen in het hoger onderwijs’, *Rechtskundig Weekblad* 2015-2016, nr. 33, p. 1282-1300.

206. Ook hier vindt geen inhoudelijke toetsing of herbeoordeling plaats: er is sprake van een kennelijk onredelijkheidstoets.

207. Een relatief klein onderdeel mag aldus niet dwingen tot het niet-slagen van de student, R.Stvb 6 augustus 2015, nr. 2015/125.

Bij tentamens waarin kennis wordt getoetst hoeft niet per vraag gemotiveerd een modelantwoord beschikbaar te zijn, als uit de antwoordsleutel maar blijkt wat het goede antwoord is. Een eventuele opmerking in de kantlijn zoals een +/- betekent in de ogen van de Raad niet dat daarmee de student recht heeft op de helft van de punten voor de vraag.²⁰⁸ Kenmerkend is hoe de Raad soms uitspelt wat in ieder geval niet als kennelijk onredelijk besluit wordt gezien (bijvoorbeeld geen punten voor summier antwoorden, alhoewel die wel elementen uit de antwoordsleutel bevatten). Ook een antwoord waarbij zowel goede maar ook foute zaken zijn genoemd kunnen leiden tot aftrek, en ook dat is – open deur – niet kennelijk onredelijk. De Raad geeft de docent zelfs de mogelijkheid om op basis van een ‘holistische’ benadering het eindcijfer bij te stellen; het geheel van antwoorden kan dus leiden tot een andere uitkomst dan een puur mathematische optelling of aftrek van punten.²⁰⁹ Een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt nauwelijks gehonoreerd; examens kunnen in moeilijkheid per jaar en per kans verschillen.²¹⁰

De motiveringsplicht is een ander belangrijk element waar de Vlaamse Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen over waakt.²¹¹ Beslissingen worden niet redelijk geacht wanneer er oordelen in opgenomen zijn zonder enige nadere motivering, of fouten in de beoordeling (bij een paper wordt een tekortkoming geconstateerd die er feitelijk en aantoonbaar niet is). Van mondelinge tentamens moeten in dit verband notities worden bijgehouden over vragen en antwoorden.²¹² Niet uitgesloten is dat meerdere studenten tegelijk mondeling examen doen, maar hij of zij moet daarbij wel de kans hebben de eigen competenties aan te tonen. Ook hier geldt weer dat de Raad een vrij grote mate van inrichtingsvrijheid toemeet aan de opleiding, bijvoorbeeld om mee te wegen of de student in staat is een goed antwoord van een andere student aan te vullen.²¹³

De student is zelf verantwoordelijk voor het tijdig inleveren, zodat bij te laat indienen een nulquotering redelijk wordt geacht. Uit de rechtspraak van de Raad blijkt dat gebrekkige begeleiding (‘remediëring’) onder omstandigheden een onzuivere eindbeslissing kan opleveren. Er wordt in het kader van de toenemende zelfstandigheid van studenten dan wel wat verwacht, maar als sprake is van een situatie waarin niet eerder feedback is gegeven, of waarin de student zelf problemen had aangekaart maar de instelling daar niet op heeft gereageerd,²¹⁴ is sprake van kennelijke onredelijkheid. De student moet ook in staat zijn tijdig zijn tekortkomingen te verbeteren. Het moet duidelijk zijn – bijvoorbeeld bij stages

208. R.Stvb 17 december 2015, nr. 2015/069.

209. R.Stvb 4 december 2014, nr. 2014/368. Een post factum verslag, dus na afloop, kan in dit verband niet.

210. Het feit dat studenten dus meer tijd hebben gehad bij de herkansing, leidt niet tot een benadering van de ‘eerste kansers’.

211. Dit geldt in belangrijke mate ook voor stages. We verwijzen kortheidshalve naar de uitspraken behandeld in het artikel van Willems en Weis, a.w. Er is wel (veel) vrijheid in de beoordelingsnormen, maar bij een onvoldoende moet dit wel blijken uit het opgebouwd ‘dossier’ (verslagen enz.). De beoordelingsystematiek moet inzichtelijk zijn. Afwijkende beoordelingen tussen docent en praktijk (stagementor) moeten toegelicht worden.

212. R.Stvb 11 december 2014, nr. 2014/371.

213. Idem.

214. R.Stvb 22 april 2014, nr. 2014/045.

– welke competenties nog verbeterd moeten worden. Scores van een bepaalde competentie en bijbehorend commentaar moeten consistent zijn.²¹⁵ Het schenden van de zorgplicht in de begeleiding (geen goede organisatie van onderwijs of stageplaatsen) kan ook van invloed zijn op de vraag of een zorgvuldige inhoudelijke beoordeling kan plaatsvinden.

De Raad accepteert vormen van groepsbeoordeling waarbij wordt geabstraheerd van individuele inspanningen. Een individuele correctie kan dan eventueel plaatsvinden tijdens bijvoorbeeld de bijbehorende individuele mondelinge verdediging. Peer-assessment (studenten die elkaar beoordelen) wordt wel streng door de Raad bekeken; de instelling moet instaan voor de objectiviteit van de beoordelingswijze. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat bij geconstateerde problemen in de groep een opvallend lage score buiten beschouwing moet blijven of ‘gedekt’ moet worden door een motivering van de docent.²¹⁶ Een groep die in grootte afwijkt – kleiner is – dan andere groepen, maar wel dezelfde opdracht moet volbrengen, kan soms een beroep doen op grond van het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

4 FRAUDE

In hoofdstuk 2 werden toetsen en examens omschreven als onderzoeken naar de kennis, het inzicht, en de vaardigheden van de student of leerling. Dat onderzoek beoogt gewoonlijk vast te stellen of de leerdoelen die aan het begin van het onderwijs zijn vastgesteld ook daadwerkelijk zijn behaald. Doordat toetsen en examens nog altijd belangrijke hordes zijn op weg naar de diploma-verlening is het van groot belang dat de toets of het examen op de juiste wijze verloopt. Fraude is een van de onregelmatigheden die zich bij het afnemen van toetsen en examens kan voordoen. Het is bovendien een ernstige onregelmatigheid, omdat fraude de gelijke competitie van de deelnemers verstoort: het is een vorm van *unfair play*. In dit hoofdstuk wordt daarom stilgestaan bij de bevoegdheid om daartegen op te treden.

4.1 Fraude in de onderwijswet- en regelgeving

Wie in de onderwijswet- en regelgeving op zoek gaat naar het begrip fraude komt die term op verschillende plaatsen tegen. Zo verlenen de WEB en de WHW aan de examencommissie specifieke sanctiebevoegdheden wanneer een student fraude pleegt. In andere onderwijsregelgeving wordt niet de term fraude, maar de meer generieke aanduiding onregelmatigheden gebruikt.²¹⁷ De vraag of er tegen fraude kan worden opgetreden lost zich in die gevallen dan ook op in de vraag of er sprake is van een onregelmatigheid. Zo geldt bijvoorbeeld op grond van artikel 6 Toetsbesluit PO dat de directeur bevoegd is om bij onregelmatigheden met betrekking tot de centrale eindtoets maatregelen te treffen. Uit de toelichting bij het besluit blijkt dat onder onregelmatigheden

215. Wanneer er een voldoende gegeven wordt, maar met veel negatief commentaar, kan dat onder omstandigheden niet zorgvuldig zijn, R.Stvb. 29 oktober 2015, nr. 2015/458.

216. R.Stvb 30 juni 2015, nr. 2015/069.

217. Zie in gelijke zin m.b.t. de WEB: Regeling examenprotocol centrale examinering mbo 2015 en Beleidsregel niet op regelmatige wijze afnemen van het centraal examen in beroepsopleidingen.

in ieder geval worden verstaan het afkijken maar ook het ongeoorloofd gebruik van hulpmiddelen.²¹⁸ In die gevallen kent het Toetsbesluit PO aan de directeur een ruime en ongebonden bevoegdheid toe om ‘de maatregelen te nemen die hij nodig acht’. Het oordeel dat een toets opnieuw moet worden gemaakt komt evenwel uitsluitend toe aan de Inspectie, zo volgt uit artikel 6, lid 2, Toetsbesluit PO.

Op grond van artikel 5, lid 1, Eindexamenbesluit VO kan de directeur ten aanzien van een kandidaat die zich met betrekking tot enig deel van het eindexamen of deeleindexamen dan wel ten aanzien van een aanspraak op ontheffing aan enige onregelmatigheid schuldig maakt of heeft gemaakt maatregelen nemen. In het daarop volgende lid worden de maatregelen opgesomd die de directeur kan nemen. Die maatregelen zijn: het toekennen van het cijfer 1 voor een toets van het schoolexamen, de rekentoets of het centraal examen;²¹⁹ het ontzeggen van de deelname of de verdere deelname aan een of meer toetsen van het schoolexamen, de rekentoets of het centraal examen; het ongeldig verklaren van een of meer toetsen van het reeds afgelegde deel van het schoolexamen, de rekentoets of het centraal examen; het bepalen dat het diploma en de cijferlijst slechts kunnen worden uitgereikt na een hernieuwd examen in door de directeur aan te wijzen onderdelen.

Onder de categorie onregelmatigheden moeten zoals opgemerkt niet alleen gevallen van fraude worden begrepen. Dat blijkt ook duidelijk uit bijvoorbeeld de Regeling examenprotocol centrale examinering mbo 2015. In die regeling worden verschillende soorten onregelmatigheden onderscheiden. Zo wordt gewezen op collectieve onregelmatigheden die worden veroorzaakt door omstandigheden die ertoe leiden dat een complete examenzitting voortijdig wordt afgebroken. Voorbeelden van dergelijke onregelmatigheden zijn situaties waarin ‘zonder schuld van de student een examen ongeldig moet worden verklaard omdat een digitaal examen door stroomuitval niet kan worden voortgezet of omdat bepaalde instrumenten die nodig zijn voor het afleggen van een praktijkexamen onverwacht kapot gaan.’²²⁰ Hetgeen naar normaal spraakgebruik als fraude wordt aangemerkt, wordt in de Regeling aangeduid als een onregelmatigheid door een deelnemer zonder dat er daarbij sprake is van overmacht. Daarbij somt de Regeling een aantal maatregelen op die door de examencommissie kunnen worden genomen als reactie op de geconstateerde onregelmatigheid. Die maatregelen zijn bijna identiek aan de maatregelen die opgesomd zijn in het Eindexamenbesluit VO en die hiervoor zijn geciteerd.

4.2 Wat is fraude?

De onderwijswet- en regelgeving hanteert dus slechts op een beperkt aantal plaatsen expliciet de term fraude. Meestal wordt fraude gevat onder de algemene noemer van onregelmatigheden. Toch is de vraag of er sprake is van fraude in

218. *Stb.* 2014, 209, p. 33.

219. De Afdeling heeft expliciet erkend dat de toekenning van het cijfer 1 als reactie op een onregelmatigheid niet geldt als het beoordelen van het kennen en kunnen in de zin van artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb, zie ABRvS 23 mei 2013, nrs. 201301757/1 en 201301757/2.

220. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 402, nr. 3, p. 15.

juridisch opzicht van belang. Dat geldt niet alleen voor de enkele plaats waar de term fraude expliciet in wet- of regelgeving wordt gebruikt. De kwalificatie van bepaald handelen als fraude heeft vooral invloed op de reactie die gewoonlijk op die kwalificatie volgt. Die reactie verschilt van de reacties die volgen naar aanleiding van een andersoortige onregelmatigheid.²²¹ Fraude leidt mogelijk tot het opleggen van maatregelen met het karakter van een tuchtrechtelijke straf; dat betekent ook dat zulke maatregelen ingrijpend (kunnen) zijn voor studenten. Daarmee verschillen zij in zwaarte van maatregelen genomen bij onregelmatigheden die niet uit fraude voortvloeien. De mogelijkheid om dergelijke tuchtrechtelijke of disciplinaire sancties te nemen is aan strengere juridische normstelling gebonden dan het treffen van maatregelen die uitsluitend een goed verloop van de toets beogen veilig te stellen. Om die reden worden de begrippen fraude en onregelmatigheid in toets- en examenprotocollen met regelmaat afzonderlijk gedefinieerd, om vervolgens aan die verschillende definities ook een verschillend sanctiearsenaal te koppelen.²²² Maar ook als daarvan geen sprake is, moet worden aangenomen dat fraude een bijzondere en eigenstandige categorie van onregelmatigheden betreft waarvoor andere sanctiemogelijkheden bestaan. Die conclusie volgt in het bijzonder uit de omstandigheid dat in geval van fraude de student of leerling altijd schuld heeft aan de onregelmatigheid.

Fraude kan het best worden gedefinieerd als een handelen of nalaten van de student of leerling dat ervoor zorgt dat degene die het tentamen afneemt niet meer in staat is het kennen of kunnen van de student of leerling op een correcte en eerlijke wijze te beoordelen.²²³ Welk handelen of nalaten als fraude kan worden aangemerkt vloeit voor een belangrijk deel uit deze definitie van fraude voort. Van belang is in het bijzonder dat van fraude alleen sprake kan zijn als het handelen of nalaten van de student de beoordeling bemoeilijkt of onmogelijk maakt. Een bekend voorbeeld van fraude is plagiaat.²²⁴ Door andermans werk in te leveren is de beoordelaar niet in staat het kennen en kunnen van de student die het werk inlevert te beoordelen. In plaats daarvan wordt het kennen en kunnen van degene die het originele werk heeft gemaakt aan het oordeel van de docent onderworpen. Een ander klassiek voorbeeld van fraude is het spieken.

Soms definieert een toets- of examenprotocol een bepaald handelen als fraude, zonder dat op voorhand direct duidelijk is dat dergelijk handelen frauduleus is. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan het voorschrift dat telefoons gedurende de toets opgeborgen moeten zijn en dat overtreding van dit voorschrift als fraude wordt gekwalificeerd, of dat studenten of leerlingen fraude plegen wanneer zij een smartwatch dragen tijdens de toets. Hoewel aan docenten of het bevoegd gezag een zekere vrijheid toekomt om de grenzen van een correcte en eerlijke toetsafname te bepalen, zijn zij daarin niet volledig vrij. Anders gezegd, niet iedere onregelmatigheid kan worden ge(dis)kwalificeerd

221. CBHO 15 maart 2016, 2015/236.

222. CBHO 4 februari 2015, 2014/228.

223. Deze definitie is ontleend aan CBHO 16 juni 2014, 2014/110.

224. CBHO 6 juni 2016, 2015/247.5. Zie voor een extreem voorbeeld met behulp van de modernste technieken: CBHO 23 oktober 2014, 2014/077.

als fraude. De hiervoor gegeven definitie van fraude brengt met zich dat het niet voldoen aan administratieve verplichtingen bijvoorbeeld niet als fraude kan gelden, ook niet als de onderwijsinstelling dat handelen expliciet als fraude kwalificeert. Een voorbeeld van een dergelijke administratieve verplichting is de eis dat studenten zich in moeten schrijven voorafgaand aan het tentamen.²²⁵ Het niet-inschrijven geldt niet als fraude, omdat het niet interfereert met de inhoudelijke beoordeling van het kennen en kunnen als zodanig. Uiteraard kan het niet-inschrijven er wel toe leiden dat het tentamen niet wordt nagekeken of dat geen cijfer aan de student, die het tentamen heeft afgelegd maar zich niet had ingeschreven, wordt toegekend. Niet-inschrijving kan dus wel gelden als een onregelmatigheid die consequenties moet hebben, maar niet als fraude.²²⁶ Een ander voorbeeld van een onregelmatigheid in aanloop naar een toets die niet als fraude kan gelden kan worden gevonden in het hoger onderwijs. In het hoger onderwijs worden studenten met regelmaat gevraagd online opdrachten in te leveren. Het inleveren van die opdrachten voor een bepaalde deadline kan gelden als een voorwaarde om toegelaten te worden tot het tentamen. Soms leveren studenten per ongeluk of moedwillig een ander document in dan waartoe de voorgeschreven opdracht had moeten leiden. Zo proberen studenten veilig te stellen dat zij aan alle verplichtingen voldoen en later toegelaten zullen worden tot het tentamen. Bekende voorbeelden zijn studenten die kippensoeprecepten of hele Wikipedia-pagina's inleveren. Het (abusievelijk) uploaden van verkeerde documenten kan echter nooit gelden als fraude. Het foutief geüploade document kan immers gewoon beoordeeld worden. De beoordelaar wordt door het geüploade document niet om de tuin geleid. Daarnaast kan van fraude zeker geen sprake zijn als het inleveren van de opdracht slechts een formele eis is en er geen intentie bestond de opdracht na te kijken. Dan is immers per definitie geen sprake van een situatie waarin het kennen en kunnen wordt beoordeeld en kan de ingeleverde opdracht dus ook niet gekwalificeerd worden als fraude. Bevoegdheden om op te treden tegen fraude mogen dan ook niet worden ingezet om studenten aan inleververplichtingen te laten voldoen. Dat zou op een oneigenlijk gebruik van dergelijke bevoegdheden neerkomen. Wel kan het niet voldoen aan een formele verplichting leiden tot uitsluiting van het tentamen. 'In algemene zin moet fraude dan ook worden onderscheiden van handelen van een student waaruit blijkt dat hij tekortschiet in de eisen die de opleiding stelt om tot een positieve beoordeling van het resultaat te komen.'²²⁷ Voor de conclusie dat er sprake is van fraude is niet van belang of de leerling of student voordeel heeft behaald. Zo is er ook sprake van fraude wanneer voorafgaand aan de toets geconstateerd wordt dat de student de intentie heeft fraude te plegen door een spiekbriefje bij zich te dragen. Hetzelfde geldt wanneer na de toets of het examen blijkt dat het spiekbriefje dat bij de student of leerling is gevonden geen betrekking had op de stof die getentamineerd werd. Ook dan kan nog steeds gesproken worden van fraude.²²⁸ Ook de *poging* om een correcte

225. Dat laat onverlet dat er bij niet inschrijven wel sprake is van een onregelmatigheid die er bijvoorbeeld toe kan leiden dat het tentamen niet wordt nagekeken: CBHO 18 juli 2016, 2016/065.

226. CBHO 18 juli 2016, 2016/065; CBHO 4 februari 2015, 2014/228.

227. CBHO 5 januari 2015, 2014/096.

228. CBHO 2 april 2015, 2014/244; CBHO 17 februari 2017, 2016/175.

en eerlijke beoordeling van het kennen en kunnen onmogelijk te maken is dus als zodanig aan te merken als fraude.

Voor het plegen van fraude is daarnaast ook geen opzet vereist. Dat kan alleen anders zijn als een expliciete bepaling die fraude verbiedt of een bepaling die bevoegdheden om tegen fraude op te treden aan een orgaan of persoon toekent, dergelijk opzet eist. Dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 7.12b WHW, waarin wordt gesproken van ‘ernstige fraude’. Van ernstige fraude is alleen sprake als er bij de student opzet aanwezig is. Maar voor reguliere fraude geldt dat ook als deze per ongeluk wordt gepleegd, daarmee niet het frauduleuze karakter aan het handelen wordt onttrokken. Dus ook als een leerling tijdens de toets materiaal voorhanden had dat niet aanwezig mocht zijn – bijvoorbeeld uittreksels die zijn gebruikt tijdens het leren – is er sprake van fraude. De vraag of handelen als fraude kan worden aangemerkt moet aan de hand van objectieve kernmerken worden vastgesteld. De intenties van de student of leerling spelen daarbij in beginsel geen rol.²²⁹ Natuurlijk kunnen die intenties wel worden meegewogen in het antwoord op de vraag hoe op de fraude dient te worden gereageerd.

Fraude onderscheidt zich evenwel van andere onregelmatigheden doordat de student of leerling in ieder geval altijd schuld moet hebben aan de onregelmatigheid. Zoals opgemerkt is het deze schuld die rechtvaardigt dat ten aanzien van fraude, als bijzondere categorie van onregelmatigheden, maatregelen met een disciplinair karakter worden getroffen. Die maatregelen kunnen eigenlijk nooit worden getroffen met betrekking tot onregelmatigheden waaraan de student geen schuld heeft. Dat geldt ook als de sanctiebevoegdheden met een bestraffend karakter door de onderwijsregelgeving zijn gekoppeld aan de algemene categorie van onregelmatigheden. Het uitgangspunt ‘geen straf zonder schuld’ geldt ook hier.

Het hiervoor besproken uitgangspunt brengt ook met zich mee dat er overmachtssituaties kunnen bestaan die tot de conclusie leiden dat handelen of nalaten dat gewoonlijk als fraude wordt aangemerkt, in de concrete omstandigheid toch niet als zodanig moet gelden. Leerlingen en studenten kunnen onder omstandigheden bijvoorbeeld gerechtvaardigd dwalen aangaande hetgeen wel en niet gedurende het tentamen is toegestaan. Daarvan zal evenwel slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake zijn.²³⁰ In beginsel mag van een leerling of student worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van de regels die op het tentamen van toepassing zijn.²³¹ Dat een rechtenstudent op de ene universiteit waar hij zijn bacheloropleiding heeft afgerond wel van alles in zijn wettenbundel mocht schrijven, terwijl diezelfde verwijzingen op een andere universiteit waar hij de master volgt als fraude worden aangemerkt, leidt niet tot afwezigheid van schuld aan zijn kant. Op studenten rust een zelfstandige

229. CBHO 6 juni 2016, 2015/247.5.

230. CBHO 24 januari 2014, 2013/92 waarin werd gedwaald over de mate waarin mocht worden samengewerkt; zie ook Rb. Den Haag 23 maart 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB0708, r.o. 3.4.

231. Soms geldt een verplichting om de student (tijdig) over die regels in te lichten; zie in deze zin bijv. de Regeling examenprotocol centrale examinering mbo.

verplichting om te achterhalen aan welke regels het afleggen van een toets of examen gebonden is.²³²

Tot besluit moet ook worden opgemerkt dat leerlingen en studenten fraude ook kunnen medeplegen. Dat doet zich vooral voor bij personen die hun werk aan een ander ter beschikking stellen om te plagiëren.²³³

4.3 Herstel van de onregelmatigheden en het bestraffen van de fraude

Het onderscheid tussen fraude en onregelmatigheden die niet aan de schuld van de student te wijten zijn, of niet rechtstreeks met de beoordeling van het kennen en kunnen interfereren, is niet alleen op dogmatische gronden interessant. Op onregelmatigheden – niet zijnde fraude – enerzijds en fraude anderzijds kan, ook als zij onder dezelfde noemer in onderwijswet- en regelgeving zijn opgenomen, op verschillende wijze worden gereageerd. Er moeten twee fasen worden onderscheiden.

Voor zowel onregelmatigheden als fraude geldt dat de geconstateerde onregelmatigheid of fraude ten eerste hersteld zal moeten worden. Herstel zoals hier bedoeld zal niet altijd gelden als een herstelsanctie in de zin van artikel 5:2, lid 1, onder b, Awb, omdat niet altijd voldaan is aan de daar genoemde definitie, die vereist dat sprake is van een overtreding. Dat zal bij niet-fraude gevallen meestal niet aan de orde zal zijn. De wijze waarop het herstel plaatsvindt hangt af van de fase waarin de toets of het examen zich bevindt. Als enkele minuten voorafgaand aan een toets wordt geconstateerd dat een student of leerling een spiekbrieftje bij zich heeft, kan voldoende herstel van die onregelmatigheid plaatsvinden door het brieftje in beslag te nemen. Met die inbeslagname is immers verzekerd dat de toets op een normale wijze kan plaatsvinden. Wordt hetzelfde brieftje evenwel pas na afloop van de toets aangetroffen, dan zal het herstel van de geconstateerde onregelmatigheid er vaak uit bestaan dat het tentamen niet wordt nagekeken – en bijvoorbeeld het cijfer 1 aan de toets wordt toegekend. Het plegen van herstel kan ook plaatsvinden door de verdere toegang tot de toets of het tentamen te ontzeggen. De toets of het examen zal in beide gevallen op een ander moment moeten worden overgedaan.

De bevoegdheid om herstel te plegen in de hier bedoelde zin is inherent aan de beoordelingsbevoegdheid van degene die de toets afneemt. Op het moment dat er een onregelmatigheid of fraude wordt geconstateerd kan of kon geen (eerlijke en correcte) beoordeling van het kennen en kunnen plaatsvinden. Dat kan met zich brengen dat een examen ongeldig verklaard wordt, doordat daaraan de grondslag is ontvallen.²³⁴ Aangetekend moet worden dat de bevoegdheid om herstel te plegen in sommige gevallen berust bij anderen dan degene die de toets afneemt. Daarvan is in het bijzonder sprake als de onderwijswetgeving de bevoegdheid om op te treden tegen fraude of onregelmatigheden expliciet toekent aan een orgaan of persoon binnen de onderwijsinstelling. Dat geldt bijvoorbeeld voor de schooldirecteur bij het eindexamen in het voortgezet onderwijs (artikel 5, lid 1, Eindexamenbesluit VO). Voor toetsen of tentamens waarvoor geen

232. CBHO 6 juni 2016, 2015/247.5.

233. CBHO 24 juli 2013, 2013/076.

234. ABRvS 9 december 2015, AB 2017, 27 m.nt. Barkhuysen en Claessens.

expliciete bepaling in onderwijswet- en regelgeving is terug te vinden, komt de bevoegdheid om nadere regels te stellen over de wijze waarop het tentamen wordt afgenomen en de vraag wanneer er sprake is van een onregelmatigheid toe aan de persoon die ook bevoegd is de toets of het tentamen af te nemen. In de meeste gevallen gaat het dan om de docent.

Anders dan bij onregelmatigheden in algemene zin, geldt voor fraude in het bijzonder dat naast herstelmaatregelen ook disciplinaire maatregelen kunnen worden genomen. Een voorbeeld van dat type maatregel is de mogelijkheid om studenten die fraude hebben gepleegd de toegang tot andere tentamens dan het tentamen waarbij zij hebben gefraudeerd te ontzeggen.²³⁵ Die bevoegdheid wordt in bijvoorbeeld artikel 7.12b, lid 2, WHW toegekend aan de examencommissie. Een vergelijkbare bevoegdheid is ook opgenomen in het Eindexamenbesluit VO en in artikel 7.4.5a, lid 4, WEB. Het bijzondere aan dit soort maatregelen ten opzichte van de hiervoor besproken herstelmaatregelen is dat zij een tuchtrechtelijk karakter hebben. Het zijn disciplinaire maatregelen die tot doel hebben door middel van bestraffing te voorkomen dat studenten of leerlingen op een later moment nog eens in de fout gaan. Op de effectiviteit of de afschrikwekkende werking van dat soort sancties gaan wij hier niet nader in.

Anders dan de bevoegdheid tot het plegen van herstel, is de bevoegdheid om studenten die fraude plegen tuchtrechtelijk te straffen niet inherent aan de beoordelingsbevoegdheid. Voor openbare instellingen brengt het legaliteitsbeginsel in ieder geval met zich dat maatregelen anders dan herstel en met een dergelijk disciplinair karakter uitsluitend kunnen worden genomen als daartoe een expliciete basis bestaat in de onderwijswetgeving.²³⁶ Als in de onderwijswet- en regelgeving een algemene wettelijke grondslag is gecreëerd om bestraffend of disciplinair op te treden tegen onregelmatigheden, dan kan alleen gebruik worden gemaakt van die bevoegdheid als er geen sprake is van fraude in de hiervoor bedoelde zin. Om van een bevoegdheid om straffend op te treden gebruik te kunnen maken is in ieder geval vereist dat de student of leerling schuld heeft aan de onregelmatigheid. Daar komt bij dat een sanctie ook in verhouding moet staan tot de gepleegde onregelmatigheid. Dus het opleggen van sancties voor onregelmatigheden die niet beogen de beoordelaar om de tuin te leiden en waarbij dus geen sprake is van fraude, is disproportioneel, zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 3:4, lid 2, Awb. Dat geldt dus zelfs als de sanctiebevoegdheid in algemene zin geldt voor gepleegde onregelmatigheden. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de mogelijkheid om leerlingen of studenten wegens onregelmatigheden voor langere tijd uit te sluiten van toetsen of examens. Een dergelijke bevoegdheid kan alleen worden gebruikt ten aanzien van onregelmatigheden die gelden als fraude.

Op bijzondere instellingen zijn de hiervoor genoemde publiekrechtelijke beginselen, zoals het legaliteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel niet

235. Artikel 7.12b, lid 2, WHW; zie in deze zin CBHO 7 januari 2015, 2014/217.

236. Zie artikel 5:4, lid 1, Awb.

rechtstreeks van toepassing. Toch gelden genoemde uitgangspunten ook voor het bijzonder onderwijs. Ook in het bijzonder onderwijs bestaat er een recht om het onderwijs af te kunnen sluiten en uiteindelijk een diploma te kunnen verwerven. Als dat recht wordt bemoeilijkt doordat toegang tot het tentamen of de toets ontzegd wordt dan is er sprake van een onrechtmatigheid wanneer die toegang wordt ontzegd zonder voldoende basis, dus zonder dat vooraf voldoende vaststond welke consequenties de fraude kon hebben. In het onderwijs hebben de hiervoor genoemde publiekrechtelijke beginselen dan ook een zekere reflexwerking in de privaatrechtelijke verhouding binnen bijzondere onderwijsinstellingen.

4.4 Fraude en proportionaliteit

Wanneer maatregelen worden opgelegd als gevolg van een geconstateerde fraude voeren studenten en leerlingen vaak aan dat de maatregelen disproportioneel zijn of althans disproportioneel uitwerken. Het standaardvoorbeeld in het hoger onderwijs is de student die als gevolg van de opgelegde maatregelen een negatief bindend studieadvies krijgt. Doordat de student als gevolg van fraude door de examencommissie wordt uitgesloten van een tentamen haalt hij de vereiste ECTS niet binnen de voorgeschreven periode en krijgt hij dus een negatief bindend studieadvies. Bij de beoordeling van de vraag welke maatregel genomen mocht worden met betrekking tot de geconstateerde fraude, hanteert de rechter een grote mate van terughoudendheid. Een dergelijke marginale toets houdt zowel voor openbare als bijzondere instellingen in dat in beginsel slechts zal worden beoordeeld of de procedure die voorafgaand aan het toetsmoment is vastgesteld in de praktijk ook daadwerkelijk gevolgd is.²³⁷ Dat betekent bijvoorbeeld in het hoger onderwijs dat de rechter zal beoordelen of een in de OER vastgelegde escalatieladder van maatregelen is toegepast. Vaak zullen examencommissies een dergelijke escalatieladder volgen zonder een eigenstandige afweging te maken over de te nemen sanctie in een concreet geval. Die werkwijze is in beginsel toegestaan, omdat de belangafweging bij het opstellen van de escalatieladder reeds heeft plaatsgevonden.²³⁸

Een van de elementen die in de marginale toetsing door de rechter een rol kan spelen is de ernst van de overtreding.²³⁹ Dat geldt zeker als de onderwijswetgeving zwaardere sanctiebevoegdheden toekent aan opzettelijke fraude. De rechter kan dan beoordelen of die opzet daadwerkelijk aanwezig was. Ook de recidive kan bij de beoordeling door de rechter een rol spelen. Daarnaast kan de rechter grond vinden de disciplinaire maatregel ongedaan te maken als er een zeer beperkte mate van schuld aan de zijde van de student of leerling bestond. Dat neemt niet weg dat slechts in zeer bijzondere omstandigheden het beroep op de disproportionaliteit van de maatregel kan slagen.²⁴⁰ In algemene zin geldt immers dat de

237. Rb. Rotterdam 19 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9950.

238. CBHO 7 januari 2015, 2014/217.

239. Vgl. CBHO 6 juni 2016, 2015/247.5.

240. CBHO 29 maart 2016, 2015/232.

student of leerling door het eigen handelen de consequenties die hij voorafkende in het leven heeft geroepen.²⁴¹

4.5 Dremfels van de bewijslast

Aan het opleggen van bestraffende sancties dienen altijd feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen die tot de conclusie kunnen leiden dat er sprake is van fraude. Het verdient dan ook aanbeveling om op het moment dat de fraude wordt geconstateerd duidelijk vast te leggen welke waarneming is gedaan.²⁴² Soms verplicht de onderwijsregelgeving of het toetsprotocol expliciet tot het opmaken van een proces-verbaal.²⁴³

Vaak zijn de feiten en omstandigheden die tot de conclusie leiden dat fraude is gepleegd heel duidelijk. Dat geldt zeker als de fraude tijdens de toets of het examen wordt geconstateerd. De grootste moeilijkheden in de bewijslast ontstaan wanneer er na afloop van het toetsmoment een verdenking van plagiaat ontstaat. Maar ook dan geldt in beginsel dat het enkele feit dat er grote overeenkomsten bestaan in het woordgebruik en de opbouw van de antwoorden de conclusie kan rechtvaardigen dat er fraude is gepleegd.²⁴⁴ Daarbij zal het moeten gaan om overeenkomsten die te groot zijn om op toeval te berusten.²⁴⁵

5 SLOTBESCHOUWING. AFSLUITENDE GEDACHTEN OVER DE BEGINSELEN EN PRINCIPES ROND TOETSING, EXAMINERING, DIPLOMERING EN DE BIJBEHORENDE RECHTSBESCHERMING

5.1 Het belang van examinering en diplomering voor het civiel effect²⁴⁶

We zijn dit preadvies begonnen met een schets van het belang van examens en diploma's. Juridische kaders voor toetsing, beoordeling en examinering zijn bepalend voor het civiel effect van diploma's. Wat opvalt bij bestudering van de literatuur is evenwel, dat er geen eenduidige (juridische) definitie is van dit begrip: 'civiel effect'. De term lijkt in eerste instantie voorbehouden te zijn aan die instrumenten die ook een (publiekrechtelijke) wettelijke basis hebben, zoals diploma's en graden.

De Onderwijsraad stelt in zijn advies *Een diploma van waarde* in dit verband: 'In algemene zin is ten aanzien van diploma's en graadverlening op te merken dat aan diploma's een doorstroomrecht is verbonden. Een diploma zorgt voor toe-

241. CBHO 5 november 2015, 2015/149.

242. Strafprocesrechtelijke waarborgen zoals de cautie zijn op tuchtrechtelijke sancties als hier aan de orde niet van toepassing. Artikel 6 EVRM is niet van toepassing op de constatering van fraude in het onderwijs; vgl. CBHO 2011/195 en 2015/014.

243. Regeling examenprotocol centrale examinering mbo 2015 en artikel 40, lid 5, Eindexamenbesluit VO.

244. CBHO 16 december 2014, 2014/202.

245. CBHO 21 maart 2017, 2017/039.5.

246. Een deel van deze beschouwing verscheen eerder in P.W.A. Huisman & F.A.M. Hendriks, *Implementatie van het NLQF*, Rotterdam: ESL 2013 (onderzoek voor het Ministerie van OCW).

gang tot een vervolgopleiding, vervolgexamen, functie of beroep. Daarnaast biedt het allerhande maatschappelijke en juridische privileges (hypotheek en huisverstrekking, verzekeringsregimes, maar ook bijvoorbeeld bij re-integratietrajecten en het accepteren van werk van gelijk niveau).²⁴⁷ Het civiel effect wordt met name bepaald door de acceptatie van en het draagvlak voor de gehanteerde beoordelingsstandaard of meetlat, door de kwaliteit van de gehanteerde beoordelingsstandaard en door de personen belast met de ontwikkeling en uitvoering hiervan.²⁴⁸ Een diploma heeft civiel effect in de zin dat het toegang geeft tot vervolgonderwijs, tot een beroepsgroep of de arbeidsmarkt zowel in Nederland, als in het buitenland.

Aan diploma's zijn aldus directe, uit de wet voortvloeiende rechten verbonden (zoals bijvoorbeeld het voeren van titels/graden), maar ook indirecte rechten, zoals toelatings- of instroomrechten voor een bepaalde opleiding (voor toelating tot de universiteit is in beginsel bijvoorbeeld een vwo-diploma nodig), toelating tot een bepaalde beroepsgroep of inschrijving in het register van een bepaalde beroepsgroep.²⁴⁹ Vandaar dat bijzondere instellingen, voor zover een publiekrechtelijke grondslag aanwezig is, ook openbaar gezag uitoefenen (bestuursorgaan zijn die besluiten nemen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht) wanneer de examencommissie of directeur een getuigschrift afgeeft, of – in het hoger onderwijs – het instellingsbestuur verklaart dat het getuigschrift door de examencommissie kan worden afgegeven.²⁵⁰

Er zou naast deze omschrijving van het civiel effect in enge zin, met name gerelateerd aan toegang tot onderwijs en beroepsgroepen, ook gesproken kunnen worden van een *maatschappelijk* civiel effect; een diploma (of het voorspiegelen van een diploma of graad) schept verwachtingen jegens derden zoals werkgevers en daarmee ook (juridisch afdwingbare) aanspraken.²⁵¹ Preciezer gezegd: een getuigschrift van een instelling, waarmee specifieke wettelijke rechten zijn verbonden, nopen tot een omklede (publiekrechtelijke) waarborging. Dit maatschappelijk civiel effect zou ook verbonden kunnen zijn aan niet-gereguleerde diploma's.

Wanneer onderwijsinstellingen niet duidelijk zijn over de waarde van het diploma, c.q. de daaraan verbonden graad, kan dat leiden tot een schadevergoedingsplicht, omdat deelnemers bij het aangaan van de (onderwijs)overeenkomst hebben gedwaald.²⁵²

247. Onderwijsraad, *Een diploma van waarde*, Den Haag 2010, p. 19.

248. A. van den Broek, J. Kerstens, J. Braaksma, J. Graumans, *De blik naar buiten*, Den Haag: Onderwijsraad 2004, (Studie voor de onderwijsraad).

249. Artikel 9 Wet op de architectentitel bepaalt bijvoorbeeld dat inschrijving in het register als architect wordt verleend aan degene die in het bezit is van het getuigschrift van een masteropleiding op het gebied van architectuur of een opleiding bouwkunde op het gebied van de techniek van een universiteit genoemd in de (bijlage van de) WHW.

250. Zie ABRvS 19 juli 2006 AB 2007, 41 m.nt. Vermeulen.

251. Van den Broek e.a., a.w. p. 20.

252. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Bosch 16 september 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AK4534 (Hogeschool Criminologie) en Hof Arnhem 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT8435 (Saxion).

Er is dus het civiel effect in ‘enge zin’, waarbij de wet bepaalde rechten verstrekt aan instellingen met betrekking tot het uitreiken van diploma’s, getuigschriften, en graden, en het civiel effect verbonden met de waarde in het maatschappelijk verkeer, ook van toepassing op diploma’s of certificaten van opleidingstrajecten die niet wettelijk gereguleerd zijn. Ten aanzien van de borging van het eindniveau of examinering in sommige branches of beroepsgroepen worden ook particuliere instanties aangewezen, waarbij de wet of regeling niet zozeer de inhoud, als wel (indirect) de randvoorwaarden borgt, zoals de onafhankelijkheid van de exameninstantie of certificerende instelling.

5.2 Diploma: eens gegeven blijft gegeven?

In hoofdstuk 3 hebben we de kwalificatie van een beslissing tot examinering en diplomering juridisch geanalyseerd, en de wijzen van rechtsbescherming in kaart gebracht. Wat een bijzonder kenmerk aan het verstrekte waardepapier is, is dat het diploma (en de daaraan verbonden graad) zijn ‘waarde’ blijft houden.²⁵³ Tenzij sprake is van fraude kan intrekking veelal niet plaatsvinden.²⁵⁴ En wanneer de terminologie, opleidingsstructuren of titels veranderen vindt er krachtens overgangsrecht een evenwichtige transitie plaats.²⁵⁵ Ook al heeft een afgestudeerde jurist na zijn opleiding nooit meer een wetboek of overheid.nl bekeken, hij mag zich meester of in huidige termen LLM blijven noemen.

Dat ligt anders bij de systematiek van beroepscertificering. Krachtens de Arbeidsomstandighedenwet mogen een aantal beroepen niet worden uitgeoefend, tenzij zij in het bezit zijn van een bewijs van certificering.²⁵⁶ De houder van dit bewijs moet per periode aantonen dat hij nog steeds beschikt over de vereiste kennis en kunde; en bij ondeskundig optreden kan schorsing of intrekking plaatsvinden. Datzelfde geldt voor bepaalde beroepsgroepen die zich een ‘leven lang’ moeten bijscholen, zoals artsen en advocaten, om hun beroep te mogen blijven uitoefenen. In die zin is het diploma van een middelbare school, mbo- of h.o.-instelling wellicht niet meer dan een ‘foto’ van een behaald niveau *op een gefixeerd moment*. Zou iemand dat verworven recht ook weer kunnen verspelen, door activiteiten te verrichten die in strijd zijn met de beroepsethiek (bijvoorbeeld vanwege fraude door een jurist of accountant)? Zoals Zoontjens heeft aangegeven lijkt het voor een instelling nagenoeg onmogelijk om daar controle op te houden, omdat een oordeel of iemand zijn kwalificatie verliest zaken na de diplomadatum betreffen. In die zin is diplomering een zaak van gebonden uitvoering. De vraag of iemand ‘titel- of graadon-

253. In de praktijk is het natuurlijk zo dat de ‘waarde’ van een diploma kan dalen door de stijging van het opleidingsniveau van de beroepsbevolking en voortgaande technologisering van de samenleving. Zo is de startkwalificatie gesteld op minstens MBO-2 niveau, maar in hoeverre is dit voor de toekomst houdbaar?

254. Zie ook P.J.J. Zoontjens, ‘De betekenis en borging van diploma’s’, *NTOR* 2015 nr. 3, p. 177.

255. Zie bijvoorbeeld de Regeling conversietabel getuigschriften en vakken VO.

256. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om Hoger Veiligheidsdeskundigen of duikers. De betreffende juridische regulering, met een aparte positie van certificerende instellingen, de minister en de Inspectie zou overigens een zelfstandig onderzoek waard zijn. In de sfeer van verantwoordelijkheidsverdeling en toezicht op het grensvlak van publiek-privaat is nog veel onduidelijkheid, zoals bij wel meer zaken waar certificering een rol speelt, zie R. Neerhof, *Zichtbare handen bij zelfregulering op markten*, oratie VU-Amsterdam 2018.

waardige' handelingen verricht hangt af van complexe overwegingen, omdat het ook een tuchtrechtelijk element inhoudt.²⁵⁷ De toetsing zoals deze ten tijde van diplomering door een instellingsbestuur, examencommissie of directeur/rector wordt verricht is gebaseerd op de toen behaalde resultaten, maar deze bieden geen garantie voor de toekomst.

5.3 Toetsing getoetst; algemene beginselen van behoorlijke toetsing, beoordeling en examinering

5.3.1 *Beginselen van behoorlijke toetsing en bejegening*

Zoals we eerder hebben beschreven is een belangrijk algemeen recht van de docent het 'ius examinandi'; naast het geven van onderwijs heeft hij het recht het geleerde bij leerling en student te toetsen. Daarbij komt de docent een zelfstandige verantwoordelijkheid toe in het proces van beoordelen van de onderwijsprestaties van leerlingen en studenten.²⁵⁸ Deze verantwoordelijkheid en de daarmee samenhangende autonomie zal echter altijd binnen de kaders van de wet en de reglementen die de instelling/opleiding opstelt uitgeoefend moeten worden. Het vertrekpunt is dus weliswaar een toets- en beoordelingsruimte voor de docent, maar binnen wettelijke kaders en een aantal basisbeginselen.

In de literatuur wordt veelal verwezen naar 'algemene beginselen van behoorlijke toetsing en examinering'.²⁵⁹ Dat zijn beginselen die zowel gegrondvest zijn op onderwijskundige principes van goede toetsing, als die welke raken aan beginselen van behoorlijk bestuur zoals het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel. In de kern zijn deze beginselen gericht op objectiviteit, tegengaan van willekeur en borging van gelijke behandeling.

We zouden daarbij een onderscheid kunnen maken tussen beginselen die van toepassing zijn op de toets of beoordeling – het *examen zelf* – en de *bejegening* van de student of de leerling. In de *eerste* categorie vallen de (onderwijskundige) vereisten aan de inhoud van de toets alsmede de (zorgvuldigheidsvereisten) rondom de toets. Inhoudelijk is onder meer vereist dat een toets valide, betrouwbaar en objectief moet zijn, en dat de toets gaat over de (voorgescreven) leerstof en de leerdoelen.²⁶⁰ Het oordeel mag alleen daarover gaan; aftrek van punten voor te laat komen is in dat licht bijvoorbeeld niet geoorloofd.²⁶¹ Vooraf moet dus ook duidelijk zijn wat de stof zal zijn waarover geëxamineerd wordt. De zorgvuldigheids- of procesvereisten hebben betrekking op de toets zelf en

257. Hier zitten wellicht aspecten aan in de sfeer van een 'criminal charge' als bedoeld in artikel 6 EVRM, maar in het algemeen zal dergelijk optreden primair gezien worden als een vorm van bestuurlijk-disciplinair toezicht, vgl. ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1689 (intrekken asbestcertificaat).

258. P.W.A. Huisman en B.P. Vermeulen, 'De juridische positie van de leraar in balans', in: F.H.J.G. Brekelmans e.a., *De docent: onderdaan of autoriteit?*, NVOR-advies, Den Haag: Sdu 2007.

259. We verwijzen kortheidshalve naar het proefschrift van C.W. Noorlander, *Recht doen aan ouders en leerlingen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, hoofdstuk 14. Noorlander bouwt voort op het werk van M.J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

260. Er is een overvloed aan literatuur. Een goede ingang is het 'dossier' examen en examenprocedures op de website van de Onderwijsraad.

261. Zie P.J.J. Zoontjens, 'Rechtsbescherming bij beoordelingsbeslissingen door een onafhankelijke rechter', *School en Wet* 1989, nr. 6, p. 118 en 119.

op de fase daarna (de correctie- en publicatiefase). Zo moeten tijdens het afleggen van de toets de randvoorwaarden zodanig zijn dat studenten ongestoord de toets kunnen maken. En na de toets dient er een redelijke nakijk- of uitslagtermijn te zijn.

Dan is er het centrale aspect van de beoordeling. De marges om beoordelingsnormen te formuleren verschillen per sector en fase. Bij de centrale eindtoets in het primair onderwijs en het centraal eindexamen in het voortgezet onderwijs is sprake van een minder of meer stringente vorm van gebonden uitvoering. In andere sectoren en fasen is er een aanzienlijk marge voor instelling en professional; niettemin moet ook dan inzichtelijk en navolgbaar zijn hoe de beoordeling tot stand is gekomen. Een docent die geen inzicht kan geven hoe het cijfer of oordeel tot stand is gekomen voldoet niet aan de zorgvuldigheidsnorm.²⁶² Anderzijds is het ook niet zo dat tot op zeer gedetailleerd niveau gemotiveerd moet worden hoe een bepaald antwoord of praktijkhandeling gewaardeerd wordt.²⁶³ De marges zijn uiteraard kleiner wanneer van instellings- of overheidswege wel een aanzienlijke mate van gedetailleerdheid vereist wordt, door een uitgebreid beoordelingsformulier met vastgelegde norm(antwoorden) voor te schrijven, met subwaarderingen per onderdeel.

Een evidente minimumeis is in ieder geval dat de instelling of opleiding het eigen beleid toepast, en dat er inzichtelijkheid is in de beslissing.²⁶⁴ De eis van navolgbaarheid en controleerbaarheid van het oordeel als ‘harde basisgrens’ schept wel problemen bij bijvoorbeeld mondelinge tentamens of toetsen. Net als in Vlaanderen zou de eis kunnen worden gesteld dat van het tentamen aantekeningen worden bijgehouden over gestelde vragen en antwoorden (of zoals nu vaak in de OER is voorgeschreven: middels geluids- en beeldopnamen). Vraag is bovendien of mondelinge tentamens door één docent nog wel de toets van het verbod van vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb), transparantie en zorgvuldigheid/motivering kunnen doorstaan.²⁶⁵ Ook bij vakken of opleidingen waarin ‘artistieke kwaliteiten’ moeten worden beoordeeld kan inzichtelijkheid in het oordeel een probleem opleveren, met name als dit geschiedt door één persoon.²⁶⁶

De *tweede* categorie ziet op beginselen inzake de gelijke behandeling en bejegening van studenten. Vanzelfsprekend is dat beoordelingen of beoordelingsnormen waarbij direct of indirect gediscrimineerd wordt op leeftijd, afkomst, of politieke overtuiging juridisch niet door de beugel kunnen. In de praktijk is

262. Artikel 2.9 onder k, Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel noemt expliciet dat de leraar/docent ‘toetsen kan ontwikkelen, toetsresultaten kan beoordelen, analyseren en interpreteren en de kwaliteit van toetsen en examens kan beoordelen’.

263. Zeker bij praktijkexamens is dat niet haalbaar zie ook Rb. Utrecht (vzr.) 5 september 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400.

264. Zie Rb. Dordrecht 21 juli 1988, KG 1988, 319.

265. Maar zie CBHO 29 juli 2014, 2014/068: er bestaat geen rechtsregel op grond waarvan het tentamen zonder meer door twee examinatoren had moeten worden beoordeeld. De enkele omstandigheid dat het tentamen door één examinator is beoordeeld, maakt dan ook niet dat de beslissing van de CvE (Commissie voor de Examens) onzorgvuldig tot stand is gekomen.

266. Kunstopleidingen proberen dit te ondervangen door onderling uitwisselen en ontwikkelen van een gemeenschappelijk toetsingskader.

dat in sommige gevallen wel aan de orde.²⁶⁷ Er zijn inmiddels experimenten gaande met zogenoemde 'blind grading',²⁶⁸ om elk vooroordeel uit te sluiten, maar dit is ingewikkeld bij praktische of mondelinge toetsen.²⁶⁹ Er zijn ook varianten waarbij (particuliere) opleidingen het geven het onderwijs, het maken van het tentamen en het afnemen van de toets aan verschillende personen opdragen om zo 'bias' uit te sluiten.²⁷⁰

Soms is een materiële gelijkheidsnorm van toepassing, waarbij voor bijvoorbeeld studenten met een handicap of chronische ziekte doeltreffende aanpassingen moeten worden verricht, zonder dat dit evenwel mag leiden tot aantasting (c.q. verlaging) van de wezenlijke competentievereisten.²⁷¹ Zoals het CvTE het heeft uitgedrukt: wel compensatie, maar geen dispensatie.²⁷² Hoe groter evenwel de vrijheid van de opleiding en examencommissie om voor onderdelen vrijstellingen vast te stellen, hoe groter ook de mogelijkheid dat bepaalde onderdelen waarvoor studenten worden vrijgesteld raken aan de competentievereisten. De vraag is dan of het civiel effect dan nog voldoende gegarandeerd wordt.

Voor de zuiverheid van beoordelingen is tot slot de zorgplicht van de instelling van belang. Een redelijke beoordeling kan alleen plaatsvinden wanneer de instelling en de opleiding ervoor zorg dragen dat er in het traject naar de toets of het examen toe voldoende begeleiding en feedback is gegeven.²⁷³ Een besluit tot verwijdering van de opleiding of afstroom naar een ander niveau of een lager dan verwacht schooladvies voor het voortgezet onderwijs mag nooit als donderslag bij heldere hemel komen, maar moet volgen uit eerdere beoordelingen, waarbij er een zekere consistentie moet zijn.²⁷⁴ De Landelijke Klachtencommissie hanteert daarnaast het beginsel – zoals dat ook wordt gehanteerd ten aanzien van het (negatief) bindende studieadvies in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs – dat een besluit tot doubleren niet als een verrassing mag komen. Tijdig waarschuwen en ingrijpen ziet de LKC als een zorgplicht van het bevoegd gezag.²⁷⁵

267. Zie bijvoorbeeld de problematiek van discriminatie bij stages in het MBO, *Kamerstukken II 2017/18*, 31 524, nr. 374.

268. Zie de discussie in Vlaanderen, <http://www.veto.be/artikel/laat-schriftelijke-examens-op-een-computer-maken>.

269. Er zijn dan ook pleidooien door toetsdeskundigen om die totaal af te schaffen <http://www.veto.be/artikel/mondelinge-examens-zijn-de-minst-betrouwbare-examenvorm>

270. Als het MBO de examinering volledig 'outsourced' is dat in zekere zin ook zo.

271. Zie in dit verband het ook in deze bundel opgenomen preadvies van Joke Sperlring en Annie Wigger.

272. Aldus de brochure College voor Toetsen en Examens, 'Kandidaten met een beperking, centrale examens en rekentoets vo 2018', versie januari 2018.

273. Wat dan 'voldoende' is zal beoordeeld moeten worden naar de concrete omstandigheden van het geval. We komen hier op het (aanpalende) terrein van de zorgplicht voor goed onderwijs. Is een onvoldoende of te late beoordeling terug te voeren op nalatigheid van de instelling? De bewijslast ligt in eerste instantie bij de eisende partij, zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3140.

274. Zonder dat het verwerken van feedback *an sich* hoeft te leiden tot een positieve (eind)uitkomst, zie CBHO 6 november 2014, 2014/114.

275. LKC 29 november 2016, nr. 107423.

5.3.2 *Uitsluiting van willekeur en ruimte voor maatwerk in examinering*

De spanning tussen de eis van een beoordeling langs dezelfde meetlat, ‘zonder onderscheid des persoons’ en de wens of de plicht tot individueel maatwerk is in de praktijk, maar ook juridisch, het meest problematisch. Vaak gaat het in de jurisprudentie om grensgevallen, waarbij de vraag is of persoonlijke kwaliteiten of omstandigheden zwaarwegend(er) moeten zijn, en volgens de leerling, ouder of student daarom – in afwijking van de gestelde norm – alsnog zouden moeten leiden tot een overgang naar een volgende klas of studiejaar, een vrijstelling of een alternatieve (afstudeer)opdracht.

De juridische problematiek lijkt het meest pregnant in het geval waarin het recht van de docent om te beoordelen raakt aan het recht van de leerling (student) op een faire beoordeling. Dan gaat het met name om situaties die niet (strak) geregeld zijn, zoals overgangsbeslissingen in het voortgezet onderwijs. Hier strijden verschillende principes, waarbij juist een individuele beoordeling in de concrete casus nodig is, naast (objectieve) cijfers. Een strakke norm zou wellicht de ‘willekeur’ (de beoordeling van de ‘houding’ of de prognose over het vervolgtraject in het onderwijs) wegnemen, maar wellicht ook kansen ontnemen en onvoldoende recht doen aan situaties van ‘hardheid’, waarin persoonlijke omstandigheden en vermogens mee moeten wegen. Hoe kun je op een faire, inzichtelijke manier de houding van een leerling betrekken bij ‘bespreekgevallen’, of een leerling overgaat, blijft zitten of afstroomt? Uitgangspunt is nog steeds dat er – in het po, vo en mbo- veel ruimte is voor de beslissingen inzake overgang of het al dan niet halen van de norm, zoals er ook veel ruimte is in het hoger onderwijs bij het geven van beoordelingen. Dit hangt ook samen met de inrichtingsvrijheid van het bevoegd gezag, meestal gepersonifieerd in de docent. Die vrijheid is niet onbegrensd. Op het moment dat de wetgever normen gaat stellen (aantal studiepunten dat mag worden geëist om geen negatief bindend studieadvies te krijgen, of de norm voor overgang van vmbo naar havo) wordt zij uiteraard kleiner.

Algemeen geldt in ieder geval het uitgangspunt dat een leraar die de leerling niet gunstig gezind is niet in zijn eentje de vraag mag beantwoorden of deze kan doorstromen of kan examineren/afstuderen, en dat de beoordeling van de leerling ingekaderd moet zijn door (objectieve en kenbare) regels en eisen en door de oordelen van collega-leraren. In de woorden van een al wat ouder oordeel van de Landelijke Klachtencommissie: ‘De intersubjectieve wisselwerking tussen de leden van de lerarenvergadering zal – wanneer het beoordelingsproces op de juiste manier verloopt – voldoende objectiviteit garanderen.’²⁷⁶

Als er ‘maatwerkafspraken’ worden gemaakt (overgang onder voorwaarden) is de minimumeis dat deze afspraken eenduidig zijn. ‘Het is niet onredelijk om aan de bevordering van een leerling specifieke voorwaarden te verbinden, maar deze voorwaarden moeten dan wel scherp en eenduidig worden geformuleerd, zodat alle betrokkenen weten waar zij aan toe zijn. In dit geval is dat niet gebeurd. De wijze waarop de afspraken zijn geformuleerd, laat te veel ruimte

276. LKC openbaar en algemeen toegankelijk onderwijs 14 september 2001, nr. 01096.

voor misinterpretatie. De Commissie is van oordeel dat dit de school is aan te rekenen', aldus de Landelijke Klachtencommissie.²⁷⁷

5.3.3 *Adequate vormgeving van de 'examen-governance': naar een Toets- en Examenbesluit in het voortgezet onderwijs en een aanscherping van de positie van de examinerator in het hoger onderwijs*

De besluitvorming, de bevoegdheidstoedeling en de rechtsbescherming bij beoordelingsbeslissingen behoeft wat ons betreft op punten verbetering. Waar in het voortgezet onderwijs het eindexamen (en de aanloop daarnaar toe) vrij strak geregeld is, is er als het gaat om de bevorderings- en beoordelingsreglementen en -normen een grote variëteit, waarbij niet duidelijk is wat de status is van de beslissing van de leraren/rapportvergadering en wat de waarborgen zijn die in het stemproces in acht genomen moeten worden. De positie van de directie is soms ambivalent (soms is hij degene die een doorslaggevende stem heeft én tegelijk degene die beslist op het bezwaar van ouders). Ook de mogelijkheid om revisie aan te vragen en de status van de revisievergadering (kan deze de 'rapportvergadering' overrulen?) is niet altijd duidelijk. Ditzelfde geldt vermoedelijk voor de (interne) rechtsbescherming bij overgangsbeslissingen in het vo. Bezwaartermijnen lijken soms onredelijk kort ('binnen twee werkdagen moet gemotiveerd schriftelijk bezwaar worden aangetekend bij het College van Bestuur'). Daarbij wordt dan gesteld dat de uitspraak 'bindend' is.²⁷⁸

Gezien het toenemende gewicht van een 'ononderbroken' ontwikkeling en doorstroom en de onduidelijkheid in de interne reglementen over wat de positie is van de individuele docent, van de 'vergadering', de directie en 'in beroep' het bevoegd gezag, is het aangewezen het Eindexamenbesluit op onderdelen aan te vullen.²⁷⁹ Wellicht dat de term 'eindexamen' moet vervallen en het besluit uitgebreid moet worden tot een 'Toets- en Examenbesluit VO', waarin bepaalde grondtrekken van behoorlijke toetsing en examinering worden geborgd, op vergelijkbare wijze als al in de WEB en de WHW is gebeurd. Ons lijkt ook aangewezen dat geëxpliciteerd wordt dat een directeur (namens het bevoegd gezag) het verstrekte getuigschrift kan intrekken wanneer sprake is van fraude of (kennelijke) verschrijvingen. Dit kan dus ook gaan om administratieve of organisatorische fouten waarbij feitelijk is vast te stellen dat de kandidaat niet alle door de bij of krachtens wet vereiste onderdelen van het examen op de juiste wijze heeft afgelegd of heeft gehaald. Het civiel effect weegt in die gevallen zwaarder dan het vertrouwensbeginsel waarop de kandidaat dan mogelijk een beroep doet.²⁸⁰ Evenzo zou in het nieuwe besluit de procedure moeten worden geregeld rond de situatie van herziening van een cijfer voor het eindexamen. Die situatie is blijkens de jurisprudentie onduidelijk. Dit nieuwe besluit zou, net zoals in de sectorwetten van het beroeps- en hoger onderwijs is gebeurd, de figuur van de examencommissie moeten regelen. Die

277. LKC 19 december 2016, nr. 107370.

278. Dit laat onverlet het beroep op klachtencommissie en de burgerlijke rechter, vgl. HR 31 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2085, NJ 1996/693 m.nt. PAS (Amghane/Mij. tot Nut van 't Algemeen Eindhoven).

279. Sommige onderdelen zullen worden geïncorporeerd in de nieuwe WVO 20xx), maar bepaalde uitvoeringsregelingen zullen toch bij op het niveau van de AMvB geregeld moeten worden.

280. Zie de aangehaalde uitspraken in hoofdstuk 4.

examencommissie zou dan de instantie moeten zijn die verantwoordelijk is voor de naleving van de ‘algemene beginselen van behoorlijke toetsing en examinering’. Docenten worden geacht toetsdeskundigheid te hebben en zouden net zoals hun collegae in de andere sectoren daarvoor verantwoordelijkheid kunnen dragen. Het nemen van overgangsbeslissingen – zoals dat in Vlaanderen door een Decreet is vastgelegd²⁸¹ – zou een gemandateerde bevoegdheid kunnen zijn van de lerarenvergadering. Naast de figuur van de examencommissie zouden in het nieuwe Toets- en Examenbesluit de bevoegdheden van de lerarenvergadering op het punt van bevordering vastgelegd moeten worden. Uiteraard moeten beslissingen blijven binnen de afgesproken kaders zoals bevorderingsnormen, het examenreglement en het Programma van Toetsing en Afsluiting (de ‘OER’ van de school).

Of het schoolexamen, dat historisch bedoeld is als ‘contragewicht’ tegen het gereguleerde landelijk centraal examen, nadere regeling behoeft zal mogelijk afhangen van de uitkomsten van het onderzoek van de commissie Ten Dam: betrof de in hoofdstuk 1 geschetste situatie in Maastricht een incident, of is er sprake van meer structurele tekortkomingen in de ‘governance’ en inrichting van programma’s van toetsing en afsluiting? De vraag is steeds of de regeling tekortschiet, de uitvoering dan wel de handhaving. De PTA’s moeten thans naar de Inspectie worden gestuurd, maar verdere kwaliteitscontrole (ook met betrekking tot de uitvoering) ontbreekt. Wanneer het schoolexamen – conform de bedoeling van de wetgever – als schooleigen verantwoordelijkheid blijft gezien worden (en geen duplicaat wordt van het centraal eindexamen), dan zou dat tot uitdrukking gebracht kunnen worden door de examencommissie nadrukkelijk in de WVO en het Toets- en Examenbesluit vast te leggen.

Ten aanzien van het mbo zijn er wellicht (op meer beperkte schaal) ook verbeteringen mogelijk. In het mbo functioneren de commissies van beroep voor de examens, maar is er geen instantie zoals het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs.²⁸² Ondanks de terughoudende rechterlijke toetsing ten aanzien van de inhoud van de beoordeling kan het voor de rechtseenheid van belang zijn ook voor het mbo een centraal rechterlijk beroepscollege in te richten, zeker nu de examinering en de positie van de examencommissies volop in beweging zijn.

Wat in de WEB evident ontbreekt is een regeling van de positie van de examinerator. Deze heeft geen geattribueerde bevoegdheden – zoals in de WHW wel het geval is – al wordt hij her en der wel genoemd (zoals in artikel 7.5.1. WEB inzake de beroepsmogelijkheid bij de Commissie van beroep voor de examens). De positie van de student in het hoger onderwijs is aanmerkelijk beter geregeld dan de positie van de leerling in het voortgezet en beroepsonderwijs, al kan een kanttekening geplaatst worden bij de beperkte toetsing van beoordelingsbeslissingen door de rechter (het CBHO). We komen daar in de volgende subparagraaf op terug.

281. Daar is sprake van de ‘delibererende klassenraad’.

282. Zie in breder verband over de positie van studenten in het MBO: A. Baas, M. Kooistra, M. van de Koppel, R. van Schoonhoven & E. Wegdam, ‘Heeft de onderwijsovereenkomst in het mbo toekomst?’, *NTOR* 2018-3, p. 5-13.

5.3.4 Rechtsbescherming

In de sector van het hoger onderwijs is adequate rechtsbescherming ten aanzien van beoordelingsbeslissingen voorzien in de vorm van een interne rechtsgang bij het College van Beroep voor de Examens en vervolgens een externe rechtsgang bij een gespecialiseerde rechter, het CBHO. In de andere sectoren is de regeling van de rechtsbescherming veel kariger.

Niet geheel uitgesloten is, dat het schooladvies in het primair onderwijs een Awb-besluit is. In het voortgezet en het beroepsonderwijs is de beslissing om een diploma te verlenen (of niet) in ieder geval een besluit, dat in principe bij de bestuursrechter appellabel is. Het is echter niet duidelijk wat er het nut van is om tegen diplomaverlening op te komen, tenzij om hogere cijfers (die als het ware de grondslag van het diploma vormen) te krijgen. Mogelijk heeft het zin om op te komen tegen de weigering om een diploma te verlenen, en daarbij aan te voeren dat de als onvoldoende beoordeelde onderdelen op onjuiste wijze zijn gewaardeerd. Een daartoe ingesteld beroep op de bestuursrechter – ook wanneer het bijvoorbeeld het schooladvies zou kunnen betreffen – zal echter afstuiten op het gegeven dat sprake is van beoordelingen van het kennen en kunnen (artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb). Hetzelfde geldt *a fortiori* voor het bijzonder onderwijs, waar de beoordelingen per vak, onderdeel etc. vanwege het karakter van de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen leerling en instelling überhaupt niet als besluiten tellen. Voor het middelbaar beroepsonderwijs, dat geen openbare instellingen meer kent, is de situatie hetzelfde als die van de instellingen voor voortgezet onderwijs.

Een en ander wordt in zekere mate verzacht door het bestaan van interne beroepsprocedures. In het voortgezet onderwijs is voorgeschreven dat er beroep mogelijk moet zijn op een Commissie van beroep. Die beroepsmogelijkheid geldt echter alleen ordemaatregelen in verband met onregelmatigheden tijdens het centraal examen, onder meer fraude. Deze beroepsmogelijkheid is dus zeer begrensd, heeft geen betrekking op beoordelingsbeslissingen in eigenlijke zin, en ziet alleen op de afsluitende fase in het voortgezet onderwijs. De Commissie van beroep voor de examens in het beroepsonderwijs oordeelt daarentegen wel over beoordelingsbeslissingen. In beide sectoren zal de leerling ten slotte, als hij een onafhankelijk rechterlijk oordeel wil, de soms kostbare en lastige weg moeten bewandelen van het civiele recht, gezien de aard van de geschillen veelal in een kort geding waarin de voorzieningenrechter zeer terughoudend zal oordelen, onder meer vanwege het te betrachten respect voor de professionele autonomie van school en docent.

Een uitzondering vormt de reeds eerder aangestipte beslissing van de Commissie van beroep in het voortgezet onderwijs ten aanzien van ordemaatregelen bij het centraal eindexamen. Voor zover we uit artikel 30a WVO in samenhang met de artikelen 5 en 31 Eindexamenbesluit VO en de wetshistorie kunnen afleiden, is een dergelijk oordeel binnen het openbaar onderwijs een in administratief beroep genomen besluit, waartegen via de algemene bestuursrechtelijke rechtsgang – beroep op de rechtbank, hoger beroep op de Afdeling bestuursrecht-

spraak van de Raad van State – opgekomen kan worden.²⁸³ Artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb staat daar niet aan in de weg, nu het geen beoordelingsbeslissingen maar ordemaatregelen betreft. Voor het bijzonder onderwijs is uit het Eindexamenbesluit af te leiden dat een beslissing van een Commissie van beroep niet de status van een besluit heeft, en dus niet bestuursrechtelijk appellabel is.

5.3.5 *Naar een uniforme, gespecialiseerde rechtsgang?*

Een geval als zojuist besproken – van ordemaatregelen in het kader van het centraal eindexamen, waarbij in het openbaar onderwijs sprake is van Awb-besluiten waartegen ten slotte bij de bestuursrechter opgekomen kan worden, en het bijzonder onderwijs waar die maatregelen niet als besluit tellen en men voor de civiele rechter moet procederen – vormt een argument ten gunste van uniforme rechtsbescherming bij een gespecialiseerde onderwijsrechter. De Boer en Zoontjens hebben hier voor gepleit, met het voorbeeld van het College van Beroep voor het Hoger onderwijs voor ogen.²⁸⁴ In navolging daarvan nemen Joke Sperling en Annie Wigger in hun preadvies- en uitgebreider in een artikel van hun hand²⁸⁵ eenzelfde standpunt in, overigens met name geïnspireerd door de complexiteit van de rechtsbescherming in het passend onderwijs. Dit komt er op neer dat alle onderwijsgeschillen in feite bij een bestuursrechter terecht komen.

We hebben begrip voor de opvatting van Sperling en Wigger dat in de sfeer van het passend onderwijs soms sprake is van een cumulatie van procedures, waarbij nogal eens parallel een civielrechtelijke en een bestuursrechtelijke procedure gevoerd moeten worden. Dat is bijvoorbeeld zo in het geval dat het gaat om verwijdering door het bestuur van een bijzondere school (civiel), gekoppeld aan een toelaatbaarheidsverklaring – een besluit – met betrekking tot een andere school (bestuursrechtelijk). Voor het overige doet zich deze problematiek van uiteenlopende rechtsgangen in openbaar resp. bijzonder onderwijs in ieder geval met betrekking tot beoordelingsbeslissingen in het reguliere onderwijs echter nauwelijks meer voor. In het hoger onderwijs was structureel sprake van een verschil in rechtsbescherming, maar met de concentratie van de beslechting van beoordelingsgeschillen bij het CBHO is dat verschil opgeheven. In de andere sectoren – nogmaals, voor zover het gaat om dergelijke geschillen – doet zich dit nagenoeg niet voor: bijna alle geschillen zullen in laatste instantie aan de civiele rechter voorgelegd moeten worden.

We zijn nog niet overtuigd van het voorstel, zeker als dat op het hele scala van onderwijs-juridische conflicten ziet. Het ligt niet erg voor de hand om personeelskwesties, leerlingenzaken, schadevergoedingsprocedures wegens aansprakelijkheid voor ongevallen, medezeggenschapskwesties etc. bij een bestuursrechter te beleggen; dat zou ook onvoldoende recht doen aan het privaatrechtelijke karakter van het bijzonder onderwijs, en moeilijk te verenigen

283. *Kamerstukken II 2014/15*, 34 146, nr. 3, p. 9-10.

284. Jacob de Boer en Paul Zoontjens, 'Naar duidelijkere rechtsbescherming in het duale bestel', *NTOR* 2016, nr. 3, p. 161-189.

285. 'Geschilbeslechting bij passend onderwijs: een pleidooi voor uniformering', *School en Wet* oktober 2018, p. 24-31.

zijn met artikel 112, lid 1, Grondwet. Een gespecialiseerde onderwijsrechter past ook niet goed in het streven naar uniformering en harmonisatie van rechtsgangen.

Tegelijkertijd erkennen wij dat het zinvol kan zijn om de rechterlijke beoordeling van bepaalde beoordelingsbeslissingen bij een rechter à la het CBHO te beleggen. De huidige gang van zaken, waarin dit college dergelijke beslissingen zowel in het openbaar als bijzonder onderwijs beoordeelt, lijkt bevredigend te functioneren. Daarnaast snappen we het pleidooi van Sperling/Wigger heel goed, gezien de juridische complexiteit van passend-onderwijsconflicten. Maar mogelijk kan volstaan worden met een specifiek voor die sector gegeven regeling, waarin samenhangende besluitvorming voorgeschreven wordt (vergelijk artikelen 3:19-3:29 Awb).

Nog een laatste opmerking over de rechtsbescherming. We herhalen nog maar eens het pleidooi voor schrapping van artikel 8:4, lid 3, onder b, Awb, de ‘kennen en kunnen’-uitzondering.²⁸⁶ De zorg dat de rechter na schrapping te zeer zal treden in de autonomie van docenten en onderwijsinstellingen is ongegrond. De civiele jurisprudentie, die immers niet door deze bepaling is gebonden, laat dat zien. Door schrapping zou ruimte gecreëerd worden voor bestuursrechters, om zonder dat er een administratief beroep-filter (zoals een College van Beroep voor de Examen) tussen zit beoordelingsbesluiten te toetsen. Bovendien zou er dan – hoewel terughoudend – enige ruimte gecreëerd worden om de toetsing niet meer te beperken tot louter procedurele voorschriften en beginselen.

5.4 Afsluiting

We sluiten af. We haalden in hoofdstuk 2 de nota over examinering aan uit begin jaren '80 van de vorige eeuw, waarin de belangrijkste functies van het examen waren benoemd, waaronder de ‘paspoortfunctie’. Het diploma als resultaat van een succesvol afgelegd examen is – net als een paspoort of rijbewijs – een waardepapier. Daarmee geeft de onderwijsinstelling – met overheidsgezag – de garantie af dat de betreffende persoon bepaalde kennis, vaardigheden en houdingen heeft verworven. Dat waardepapier is bepalend voor de toelating tot vervolgoopleidingen en de kansen op de arbeidsmarkt.

Diploma's en toetsen worden soms gezien als instrumenten die ‘niet meer passen bij deze tijd’, waarin het veel meer gaat om individuele kwaliteiten.²⁸⁷ Wij voorzien echter – met de Onderwijsraad²⁸⁸ – dat een trend naar individuele toetsing/flexibilisering problematische consequenties kan hebben: voor de toelaatbaarheid naar vervolgoopleidingen (die zullen meer moeten gaan selecteren) en voor de samenleving. Een voordeel van een landelijk examen of een door een zekere standaardisatie verkregen graad is immers de onderlinge vergelijkbaarheid en juist de uitsluiting van persoonlijk-individuele kenmerken van degene die het examen heeft afgelegd. Mogelijk wordt door flexibilisering de juridische

286. Vermeulen/Zoontjens 2000.

287. Zie bijv. het interview met deze onderwijsvernieuwer <https://brandpuntplus.kro-ncrv.nl/brandpuntplus/harold-bekker-interview/>.

288. Zie het advies uit 2015.

regeling gecompliceerder, want waar kan een beoordelingscommissie een garantie op geven naar de buitenwereld, als dit slechts voor één uniek persoon geldt?²⁸⁹ Maar ook is er een mogelijk effect op de kansengelijkheid van studenten en leerlingen. Wanneer het veel meer gaat afhangen van de (financiële) mogelijkheden om competenties, kennis en vorming te ontwikkelen en te verkrijgen en een 'portfolio' op te bouwen, en niet meer van een neutrale test of iemand voldoet aan objectief vastgestelde eisen, zal dit de gelijkheid van mogelijkheden tot ontwikkeling verder kunnen aantasten. Ook de daarmee samenhangende scheiding tussen grofweg beroeps- en vormend onderwijs zou dan groter kunnen worden. Dat staat op gespannen voet met de zorg van de overheid voor de samenhang in het onderwijsstelsel en het tegengaan van segregatie en ongelijkheid. De wettelijke regeling van (behoorlijke) toetsing, examinering en diplomering maakt onlosmakelijk onderdeel uit van die opdracht.

289. Voor examencommissies in het hoger onderwijs die betrokken zijn bij de pilots flexibilisering is dit al een hele klus. Zie J. van Drieënhuizen-Kok en M. Pol-Neefs, 'Flexibilisering zorgt voor taakverzwaring', in: *HO Management* december 2017, te raadplegen via de site van de Onderwijsinspectie.

Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering van leerlingen en studenten met een beperking

Mr. J. Sperling en mr. A.M.T Wigger

1. INLEIDING

Chris Geven is in mei 2018 geslaagd voor zijn havodiploma en studeert nu hbo-rechten. Als hij geen aanpassingen bij zijn onderwijs, toetsen en examens had gekregen, was hij nooit zo ver gekomen. Chris is namelijk geboren met de oogziekte glaucoom en heeft maar 1 procent zicht. Op de basisschool had hij een braillemachine en papieren boeken in braille. In het vo gebruikte hij een laptop met een brailleleesregel die alles vertaalde naar braille. Zijn eindexamens waren in braille en de antwoorden vulde hij in op de computer, want ‘ik heb letterlijk een cursus blind typen gehad’, grapt hij in een interview.²⁹⁰ Er zijn ook andere aanpassingen. ‘Tabellen bij economie worden omgevormd tot tekst. Grafieken worden omgezet in tekeningen met voelbaar reliëf. En bij geschiedenis worden de plaatjes tot in detail omschreven. Die omschrijvingen gaan zo ver mogelijk zonder het antwoord weg te geven.’ Hij kreeg ook dubbele tijd voor zijn examens. Chris vindt dat zijn school, het Veluws College Walterbosch, ‘er echt alles aan heeft gedaan om alles rondom mij goed te regelen. Die bereidheid is echt geweldig.’

In dit onderdeel van het preadvies behandelen wij de wettelijke bepalingen die een school of onderwijsinstelling in staat stellen leerlingen en studenten zoals Chris de mogelijkheid te geven zijn potentieel te bereiken. Met andere woorden, hoe is de toetsing, examinering en beoordeling van leerlingen en studenten met een beperking juridisch geregeld? Onder toetsing, examinering en beoordeling verstaan wij het nemen van beslissingen over de inhoud en het niveau van examens en toetsen, de procedures en voorwaarden waaronder examens en toetsen worden afgenomen en het vaststellen van de uitslag van examens en toetsen. Onder ‘beperkingen’ verstaan wij specifieke fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke eigenschappen van een leerling of student waardoor hij of zij niet op dezelfde wijze getoetst, geëxamineerd of beoordeeld kan worden als iemand die zulke beperkingen niet heeft. Wij bespreken wetgeving en jurisprudentie.

De wetgeving bevat bepalingen waarin direct of indirect wordt voorgeschreven hoe scholen en onderwijsinstellingen leerlingen en studenten met een beperking kunnen toetsen, beoordelen en examineren. Zo bevat het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap (VRPH) algemene voorschriften over onderwijs en personen met een handicap. In de Wet gelijke

²⁹⁰ *De Stentor* 25 mei 2018, <https://www.destentor.nl/apeldoorn/chris-uit-apeldoorn-doet-bijna-blind-eindexamen-enlquo-ik-was-helemaal-openrquo~a5867bca/>.

behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) staat voorgeschreven welke afwegingen scholen moeten maken bij het maken van aanpassingen in het onderwijs aan leerlingen en studenten met een handicap of chronische ziekte. De onderwijswetten bevatten algemene en specifieke bepalingen met betrekking tot toetsing, beoordeling en examinering van leerlingen en studenten met een beperking. De combinatie van deze bepalingen is bedoeld om een ruime schakering van mogelijkheden te bieden zonder afbreuk te doen aan de inhoud van de examinering of toets.

Opzet

De opzet van dit deel van het preadvies is als volgt. In onderdeel 2 geven wij een beschrijving van de relevante bepalingen van het VRPH, gevolgd in onderdeel 3 door een overzicht van de relevante bepalingen van en rechtspraak over de Wgbh/cz. In onderdeel 4 bespreken wij de wetgeving en rechtspraak over toetsing en examinering en de rechtsbescherming van leerlingen met een ondersteuningsbehoefte in het primair en voortgezet onderwijs. In onderdeel 5 bespreken we de relevante wetgeving over aanpassingen bij toetsen en examinering en de rechtsbescherming in het middelbaar beroepsonderwijs. In onderdeel 6 komt het hoger onderwijs aan de orde. We eindigen in onderdeel 7 met een aantal conclusies.

2. VERDRAG VAN DE VERENIGDE NATIES INZAKE DE RECHTEN VAN PERSONEN MET EEN HANDICAP²⁹¹

Doel van het VRPH is ‘het volledige genot door alle personen met een handicap van alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid te bevorderen, beschermen en waarborgen, en ook de eerbiediging van hun inherente waardigheid te bevorderen. Personen met een handicap omvat personen met langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving’.²⁹²

Artikel 24 VRPH verplicht de staat het recht van personen met een handicap op onderwijs te erkennen. Het verdrag bepaalt niet wat onder ‘handicap’ moet worden verstaan. In de preambule wordt opgemerkt dat het begrip handicap aan verandering onderhevig is en voortvloeit uit de wisselwerking tussen personen met functiebeperkingen en sociale en fysieke drempels die hen beletten volle, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving. Het recht op onderwijs omvat niet alleen het recht op toegang tot het onderwijssysteem. Ook garandeert het de mogelijkheid om nuttig effect te halen uit het genoten onderwijs en dus het recht om, onder voorwaarden van de overheid, officiële erkenning te krijgen van, door middel van toetsen en examens, behaalde diploma’s.²⁹³

291. Het verdrag trad op 14 juli 2016 in werking (*Trb.* 2007, 169, rectificatie *Trb.* 2014, 113).

292. Artikel 1 VRPH.

293. EHRM 23 juli 1968, 1 *EHRM* 252 (Belgian Linguistics Case No. 2). Zie ook paragraaf 2.1.1 van het preadvies van Huisman, Philipsen en Vermeulen hiervoor.

Om het recht op onderwijs zonder discriminatie en op basis van gelijke kansen te kunnen verwezenlijken, moet de staat een inclusief onderwijssysteem op alle niveaus en voorzieningen voor een leven lang leren garanderen.²⁹⁴ Bij de uitoefening van dit recht moet de staat waarborgen dat:

- redelijke aanpassingen worden verschaft naar gelang de behoefte van de persoon in kwestie;
- personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te vergemakkelijken; en
- doeltreffende, aan het individu aangepaste, ondersteunende maatregelen worden genomen in omgevingen waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd, overeenkomstig het doel van onderwijs, waarbij niemand wordt uitgesloten.

Onder ‘redelijke aanpassingen’ verstaat het verdrag: ‘noodzakelijke en passende wijzigingen, en aanpassingen die geen disproportionele of onevenredige, of onnodige last opleggen, indien zij in een specifiek geval nodig zijn om te waarborgen dat personen met een handicap alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid met anderen kunnen genieten of uitoefenen’.²⁹⁵ Daaronder vallen ook aanpassingen bij examinering en testen.²⁹⁶

De verplichtingen betreffen niet alleen het leerplichtig onderwijs, maar alle vormen van onderwijs, zoals het tertiair onderwijs, beroepsopleidingen, volwassenenonderwijs en een leven lang leren. Gehandicapten moeten zonder discriminatie toegang tot deze vormen van onderwijs hebben en de staat moet waarborgen dat hen redelijke aanpassingen worden verschaft.²⁹⁷

Vrijwel alle bepalingen van het verdrag leggen verplichtingen op aan de staat. Het verdrag heeft daarom geen rechtstreekse werking.²⁹⁸

3. WET GELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN HANDICAP OF CHRONISCHE ZIEKTE

De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) is een maatregel die is vereist op grond van de Europese richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De wet

294. Zie over de betekenis van ‘inclusief onderwijs’, M. van Leerdam, ‘Het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en de (beperkte?) houdbaarheid van het special onderwijs’, *NTOR Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, nr. 2, juni 2018, p. 69 e.v.

295. Artikel 2 VRPH.

296. Zie bijv. United Nations, office of the High Commissioner, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment on Equality and Non-discrimination (article 5), First draft as 31 August 2017, p. 10, nr. 24.

297. Artikel 25, lid 5, VRPH. Zie ook artikel 23 Verdrag inzake de rechten van het kind.

298. Zie ook Geschillencommissie passend onderwijs (GPO) 4 april 2017, advies 107566.

beperkte zich aanvankelijk tot het beroepsonderwijs, maar is in de loop der jaren uitgebreid tot het gehele onderwijs.²⁹⁹

Artikel 5b, aanhef en onder c, Wgbh/cz bepaalt dat onderscheid is verboden bij, onder meer, het aanbieden van of verlenen van toegang tot diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van loopbaanoriëntatie en advies of voorlichting over school- of beroepskeuze door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van onderwijs. Volgens de memorie van toelichting valt ook het onderwijs onder het terrein van goederen en diensten en is artikel 5b van toepassing op alle vormen van onderwijs,³⁰⁰ waaronder ook het afnemen van examens en toetsen.³⁰¹

Onder ‘onderscheid’ wordt verstaan:

- direct onderscheid: indien een persoon op grond van handicap of chronische ziekte op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld; en
- indirect onderscheid: indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een handicap of chronische ziekte in vergelijking met andere personen bijzonder treft (artikel 1).

De wet bepaalt met opzet niet wat onder ‘handicap of chronische ziekte’ moet worden verstaan. Of iemand belemmeringen ondervindt wegens zijn handicap of ziekte is afhankelijk van de context waarbinnen hij of zij functioneert.³⁰² Een handicap of chronische ziekte kan fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn.

In artikel 2 Wgbh/cz staat dat het verbod van onderscheid mede inhoudt dat degene, tot wie dit verbod zich richt, verplicht is ‘naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen’. De woorden ‘naar gelang de behoefte’ houden in dat het initiatief voor een doeltreffende aanpassing in beginsel ligt bij de leerling of student dan wel de ouders bij een minderjarige leerling.³⁰³ Deze dienen op tijd aan de school duidelijk te maken welke aanpassingen nodig zijn, aangezien zij weten waaraan de individuele leerling of student behoefte heeft. Een school of instelling heeft dus geen generieke verplichting jegens een leerling of student om aanpassingen te maken, maar een verplichting die afhankelijk van de

299. Het College voor de Rechten van de Mens behandelt echter geen klachten over het speciaal onderwijs. Zie hierover J. Sperling, ‘Leerlingen in het special onderwijs en de toepassing van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte: pleidooi voor een andere CGB-benadering’, *NJCM-Bulletin*, 2012, nr. 3, p. 311 e.v.

300. *Kamerstukken II 2013/14*, 33 990, nr. 3, p. 5.

301. De huidige tekst van artikel 5b Wgbh/cz is tot stand gekomen bij de wetswijziging in 2016 om het VRPH te bekrachtigen. Tot die wetswijziging luidde dit artikel: ‘Onderscheid is verboden bij het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, *het afnemen van toetsen* tijdens en het afsluiten van onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs (...)’ (cursivering toegevoegd). Volgens de regering was de wetswijziging een uitbreiding van artikel 5b en betekende het vervallen van de specifieke bepalingen m.b.t. onderwijs niet dat deze specifieke verplichtingen waren vervallen. Deze bleven onverminderd bestaan. (*Kamerstukken II 2014/15*, 33 990, nr. 6, p. 13-15).

302. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 169, nr. 3, p. 9.

303. *Kamerstukken II 2001/02*, II 28 169, nr. 3, p. 26.

situatie en de omstandigheden moet worden ingevuld.³⁰⁴ Desondanks kan op een school toch de verplichting rusten om te onderzoeken welke aanpassingen nodig zijn indien zonder meer duidelijk is dat een leerling doeltreffende aanpassingen nodig heeft, bijvoorbeeld bij een zichtbare fysieke handicap.

Doeltreffende aanpassingen

Onder 'doeltreffende aanpassingen' moet worden verstaan alle maatregelen die gehandicapten en chronisch zieken in staat stellen om daadwerkelijk te participeren in het onderwijs. De aanpassingen moeten geschikt en noodzakelijk zijn om de gehandicapte of chronisch zieke als ieder ander te laten deelnemen aan het onderwijs. Geschikt is die aanpassing die belemmeringen van welke aard dan ook kan wegnemen en die de zelfstandigheid en volwaardige participatie en integratie van de gehandicapte of chronisch zieke in het onderwijs kan bevorderen. De onderwijsaanbieder moet onderzoeken welke aanpassingen nodig zijn.³⁰⁵

Bij het bepalen of de aanpassingen doeltreffend zijn, speelt ook de aard van de opleiding een rol. Bijvoorbeeld in het geval van een hoger beroepsopleiding tot maatschappelijk werker overwoog de Commissie gelijke behandeling (CGB)³⁰⁶ dat de school bij taaltoetsen van een student met dyslexie de spelling mocht laten meewegen vanwege de vele rapportages die een maatschappelijk werker in het werkveld moet schrijven en omdat de school meerdere aanpassingen bij de toetsen toestond.³⁰⁷ Als een aanpassing tot gevolg heeft dat de school of instelling niet meer de kwaliteit van de examens en de tentamens kan borgen, is de gevraagde aanpassing niet geschikt om de student als ieder ander te laten deelnemen aan het maatschappelijk leven. De aanpassing is in dat geval niet doeltreffend en de school mag de gevraagde aanpassing afwijzen.³⁰⁸

De school moet voldoende eigen onderzoek doen. Onvoldoende was een afwijzing van de gevraagde aanpassingen met de enkele verwijzing naar een door de student overgelegd rapport waarin stond dat deze 'specifieke maatregelen en faciliteiten' nodig had met de motivering dat het rapport niet specifiek de door de student gevraagde aanpassingen vermeldde.³⁰⁹ Ook was onvoldoende dat een school geen nadere navraag had gedaan bij het College voor Toetsen en Examens (CvTE) over een aanpassing die de school doeltreffend vond, maar door de onderwijsinspectie niet werd toegestaan.³¹⁰

Tevens moet de school of onderwijsinstelling nagaan of de gevraagde voorziening noodzakelijk is, in die zin dat met een andere (minder kostbare) voorziening

304. College voor de rechten van de mens, 27 juni 2016, oordeelnr. 2016, 59.

305. Nalaten om navraag te doen bij het College voor toetsen en examens (CvTE) over aanpassingen bij het centraal eindexamen of staatsexamen kan strijd met de Wgbh/cz opleveren (CGB 9 mei 2011, oordeelnr. 201-75).

306. De CGB is in 2012 vervangen door het College voor de rechten van de mens.

307. CGB 28 september 2012, oordeelnr. 2012-155.

308. CBHO 5 oktober 2017, 2017/091.

309. College voor de Rechten van de Mens 7 mei 2013, oordeelnr. 2013-58.

310. College voor de Rechten van de Mens 9 mei 2011, oordeelnr. 2011-75.

hetzelfde doel bereikt zou kunnen worden.³¹¹ Zie bijvoorbeeld een uitspraak waarin het CGB vond dat de school niet verplicht was een leerling met dyslexie voor de taalvakken mondelinge tentamens te laten doen omdat de school toestond dat leerlingen tijdens de toetsen gebruik konden maken van een laptop, waarbij de spellingscontrole mag worden aangezet.³¹² Maar in een ander geval vond het College voor de Rechten van de Mens ‘de andere voorziening’ onvoldoende. Een school had het verzoek afgewezen van een leerling met dyslexie om bij de schriftelijke schoolexamens gebruik te mogen maken van Kurzweil, een digitaal programma dat mensen met dyslexie ondersteunt bij het lezen. Het College verwierp het argument dat de school de leerling niet discrimineerde, omdat hij voor verschillende vakken herexamen mocht doen, en hij voor enkele vakken een hoger cijfer of extra tijd kreeg. Het College vond dat de school hiermee het nadeel voor de leerling niet wegnam en dat het afleggen van een herexamen nadelig is, omdat hiervoor voorbereiding nodig is, waardoor de voorbereiding van andere examens in de knel kan komen.³¹³

Het CvTE stelt dat een school moet afwegen op welke wijze – met inachtneming van de doelen van het onderwijs en het examen – de belemmeringen bij onderwijs en examens zo veel mogelijk kunnen worden weggenomen. Van belang is daarbij de werking van de aanpassing. Een aanpassing bij een toets of schoolexamen is niet doeltreffend louter omdat deze leidt tot meer punten. Een doeltreffende aanpassing neemt de belemmering weg, waardoor de kandidaat in staat wordt gesteld te laten zien of en in welke mate hij aan de eisen voldoet. De aanpassing neemt niet de eisen als zodanig weg.³¹⁴

Onevenredige belasting

Met ‘onevenredige belasting’ wordt volgens de wetgever tot uitdrukking gebracht dat niet elke aanpassing gevergd kan worden, maar alleen als die voor de wederpartij geen onevenredige belasting zal vormen. De vraag of sprake is van een onevenredige belasting komt pas aan de orde nadat de doeltreffende aanpassing is vastgesteld. De toets of de gevraagde doeltreffende aanpassing wel of niet een onevenredige belasting vormt, houdt een weging in van enerzijds de belangen van de gehandicapte of chronisch zieke bij deze aanpassing en anderzijds de belangen van de school of onderwijsinstelling, waaronder financiële belangen en de mogelijkheid van de school of instelling om financiële steun voor de aanpassing te verkrijgen. Sinds de invoering van passend onderwijs in 2014, moet bij het financiële aspect van de aanpassing steeds de mogelijkheid van financiële steun vanuit het samenwerkingsverband (SWV) waarbij de school is aangesloten, worden betrokken. Een ander belang kan zijn een mogelijke aantasting van de belangen van andere leerlingen of studenten als gevolg van de aanpassing, bijvoorbeeld als voor hen mindere financiële onderwijsmiddelen beschikbaar zullen zijn. Bij de belangenafweging kan ook het belang dat toekomstige leerlingen bij de gevraagde aanpassing kunnen

311. Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 25.

312. CGB 1 mei 2012, oordeelnr. 2012-80.

313. College voor de Rechten van de Mens 7 mei 2018, oordeelnr. 2018-44.

314. CvTE, Brochure *Kandidaten met een beperking, Centrale Examens en Rekenoets VO* 2018, p. 6.

hebben, betrokken worden.³¹⁵ Te denken valt aan computers met bepaalde voorzieningen die ook door toekomstige leerlingen gebruikt kunnen worden.

Een voorbeeld van een situatie waarin sprake was van een onevenredige belasting was het gebruik van het dyslexiesoftware Kurzweil op een kleine school (522 leerlingen), die geen IT-specialist in dienst kon nemen, te weinig personeel had om de laptops van de leerlingen vooraf te controleren en onvoldoende middelen had om zelf laptops aan de leerlingen beschikbaar te stellen. Het gebruik van de software is fraudegevoelig en het faciliteren en begeleiden hiervan vormde voor de school een enorme organisatorische belasting. Hoewel de leerling een zwaarwegend belang had bij het gebruik van Kurzweil, kon dit belang niet opwegen tegen het belang van de school, vond het College voor de rechten van de mens. Daarbij was tevens van belang dat de school de ouder voor de inschrijving van de leerling had geïnformeerd over het niet toestaan van Kurzweil bij toetsen.³¹⁶ Opmerkelijk is dat in de uitspraak niet aan de orde komt of de school of het College onderzocht hadden of de kosten mogelijk door het SWV konden worden vergoed of dat de school had onderzocht of de leerling deze extra ondersteuning mogelijk op een andere school wel had kunnen krijgen.

Maar in een ander geval vond het College voor de Rechten van de Mens dat een onderwijsinstelling wel discrimineerde door de weigering een student gebruik te laten maken van een computer met Kurzweil-software bij examens. De instelling had gesteld dat zij vele organisatorische maatregelen zou moeten nemen als zij het gebruik van de software zou toelaten en dat dit ook kosten met zich zou meebrengen. Omdat de aanpassing doeltreffend was en de instelling niet had onderzocht en aangetoond dat sprake was van een onevenredige belasting, oordeelde het College dat de instelling een verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte maakte.³¹⁷

Rechtsbescherming

In artikel 12 Wgbh/cz staat dat het College voor de Rechten van de Mens in individuele gevallen kan onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet en of gehandeld is in strijd met artikel 2 Wgbh/cz. Het College beoordeelt of de school zich voldoende heeft gekweten van zijn taak om desgevraagd voldoende doeltreffende aanpassingen te bieden om de beperkingen op te heffen. Van dit laatste was bijvoorbeeld geen sprake bij een weigering van de school om een leerling met een taalontwikkelingsstoornis extra tijd te geven bij een rekentoets.³¹⁸ Het College acht het niet zijn taak om te beoordelen of een leerling, wat zijn (intellectuele) capaciteiten betreft, geschikt is om een bepaalde opleiding te volgen en succesvol af te ronden. Het College geeft ook geen oordeel over een verzoek dat betrekking heeft op de inhoud van de toetseis, bijvoorbeeld herformulering van examenvragen.³¹⁹

315. *Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 28-29.*

316. College voor de Rechten van de Mens 29 december 2016, oordeelnr. 2016-145.

317. College voor de Rechten van de Mens 8 oktober 2013, oordeelnr. 2013-126.

318. College voor de Rechten van de Mens 21 juli 2016, oordeelnr. 2016-82. Zie ook College voor de Rechten van de Mens 14 augustus 2013, oordeelnr. 2013-106.

319. College voor de Rechten van de Mens 10 mei 2012, oordeelnr. 2012-88.

Het College voor de Rechten van de Mens geeft alleen adviezen en is geen rechterlijke instantie. De uitspraken van het College zijn dan ook niet afdwingbaar. Ouders, een leerling of een student zullen dus, naast een procedure bij het College, ook nog een procedure bij de bestuursrechter, als het gaat om een geschil met een openbare school, of civiele rechter, als het gaat om een geschil met een bijzondere school, moeten voeren om de gevraagde voorziening af te dwingen. Ook de rechter is niet gebonden aan het advies van het College en maakt een eigen beoordeling op grond van de Wgbh/cz.³²⁰ Wel weegt de rechtbank het advies van het College mee in zijn uitspraak. In sommige geschillen over aanpassingen bij examens en toetsen is ook de Geschillencommissie passend onderwijs (GPO) bevoegd. Deze commissie past eveneens de Wgbh/cz in haar beoordelingen toe. Wij gaan hierop nader in in onderdeel 4.

4. PRIMAIR EN VOORTGEZET ONDERWIJS

De WPO en WVO schrijven voor dat ten aanzien van leerlingen die extra ondersteuning behoeven, het onderwijs gericht is op individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van de leerling.³²¹ De wet bepaalt niet wat moet worden verstaan onder ‘extra ondersteuning’ of ‘extra ondersteuningsbehoefte’,³²² maar uit de wet blijkt dat het in ieder geval gaat om ondersteuning die nodig is als gevolg van stoornissen of handicaps van het kind of beperkingen in de onderwijsparticipatie.³²³ In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel over passend onderwijs staat dat ‘het gaat (...) om de aanpassingen die nodig zijn zodat de leerling onderwijs kan volgen.’³²⁴ De regering zegt met opzet geen uniforme, landelijk geldende omschrijving van ‘extra ondersteuning’ te geven omdat die per SWV kan verschillen. Verwezen wordt naar de termen ‘basiszorg’ en ‘speciale zorg’, waarbij de laatste term ‘extra ondersteuning’ lijkt te betekenen. Basiszorg is de ondersteuning die elke de school zou moeten kunnen bieden.³²⁵ Speciale zorg of ‘extra ondersteuning’ is de ondersteuning die wordt geboden met inzet vanuit het SWV of op scholen voor speciaal onderwijs of een andere voorziening.³²⁶ De GPO heeft ‘extra ondersteuning’ gedefinieerd als ‘ondersteuningsbehoefte die uitstijgt boven de basisondersteuning van de school’.³²⁷

320. Zie bijv. Rb. Amsterdam 8 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4196.

321. Artikel 8, lid 4, WPO en artikel 17b, lid 1, WVO.

322. Ondersteuning ter bevordering van de beheersing van de Nederlandse taal met het oog op het voorkomen en bestrijden van onderwijsachterstanden, valt in ieder geval niet onder ‘extra ondersteuning’.

323. Artikel 40, lid 3, WPO, artikel 40, lid 4, WEC en artikel 27, lid 2b, WVO.

324. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 106, nr. 3, p. 1.

325. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 106, nr. 3, p. 12.

326. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 106, nr. 7, p. 24-25 en 127. Voor een nadere invulling van deze termen wordt in de memorie van toelichting verwezen naar het ‘Referentiekader Passend onderwijs’ van de sectorraden: <https://www.passendonderwijs.nl/wp-content/uploads/2012/02/Referentiekader-passend-onderwijs1.pdf>.

327. GPO 27 juli 2015, zaaknr. 106865.

Als de school heeft vastgesteld dat een leerling extra ondersteuning nodig heeft, moet het een ontwikkelingsperspectief (opp) voor die leerling opstellen.³²⁸ Het opp bevat, onder meer, een omschrijving van het zogenoemde ‘handelingsdeel’, de individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van die leerling.³²⁹ Indien voor de leerling bij de inrichting van het onderwijs wordt afgeweken van één of meer onderdelen van het onderwijsprogramma, wordt dat ook in het opp opgenomen.³³⁰ Hoewel de wet hierover niets vermeldt, kan ons inziens worden aangenomen dat onder die omschrijving ook individuele aanpassingen met betrekking tot examens en toetsen worden begrepen. Die aanpassingen zijn immers nodig opdat die leerling onderwijs kan volgen. Voordat de school de omschrijving van de begeleiding kan vaststellen, moet hierover overeenstemming tussen de school en de ouders bereikt zijn.³³¹

Maar ook leerlingen met een ondersteuningsbehoefte die niet als ‘extra’ is gekwalificeerd, kunnen in aanmerking komen voor aanpassingen bij toetsen en examens. De vraag of een leerling aanspraak kan maken op aanpassingen wordt immers niet alleen beantwoord aan de hand van de onderwijswetten, maar ook op grond van andere wetgeving zoals het VRPH en de Wgbh/cz. Deze wetten maken geen onderscheid in ‘ondersteuning’ of ‘extra ondersteuning’ in hun voorschriften over aanpassingen in het onderwijs en examens en toetsen. Het College voor de Rechten van de Mens doet dat evenmin en stelt, een ‘doeltreffende aanpassing is hetzelfde als (extra) ondersteuning in het passend onderwijs’.³³² Een school moet dus voor elke leerling die om een ‘doeltreffende aanpassing’ bij een examen of toets vraagt een onderzoek in de zin van artikel 2 Wgbh/cz verrichten.

Centrale eindtoets PO

Het primair onderwijs kent een centrale eindtoets, in groep 8 van de basisschool (de school heeft daarbij de keuze uit vier eindtoetsen). Deze toets meet de kennis en vaardigheden van de leerling op het terrein van de Nederlandse taal, rekenen en wiskunde.³³³ Het resultaat dat een leerling behaalt bepaalt het advies omtrent het te volgen vervolgonderwijs. Als een leerling de eindtoets beter maakt dan verwacht, moet de basisschool het schooladvies heroverwegen.

De WPO geeft het bevoegd gezag de bevoegdheid om gemotiveerd te bepalen dat zeer moeilijk lerende leerlingen en meervoudig gehandicapte leerlingen voor wie het zeer moeilijk lerend zijn een van de handicaps is, de centrale eindtoets niet afleggen.³³⁴ Met betrekking tot leerlingen met een beperking die wel de toets kunnen afleggen, moet de school de voorschriften volgen in het

328. Een aanpassing voor een leerling die niet is gekwalificeerd met een ‘extra’ ondersteuningsbehoefte hoeft niet in een opp te worden vastgelegd. Dat is alleen verplicht voor leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte.

329. Artikel 40a, lid 6, WPO, artikel 41a, lid 2, WEC en artikel 26, lid 6, WVO.

330. Artikel 26, lid 6, WVO jo. artikel 17b, lid 1, WVO.

331. Artikel 26, lid 2, WVO.

332. College voor de rechten van de mens, brochure *Recht op gelijke behandeling voor gehandicapte en chronisch zieke leerlingen in het basis- en voortgezet onderwijs*, 14 januari 2013, p. 5.

333. Artikel 9b WPO.

334. Artikel 9b, lid 4, WPO.

toetsreglement dat iedere toetsaanbieder moet vaststellen over de wijze van afnemen. In dat reglement wordt ten minste geregeld de wijze waarop de toets kan worden afgelegd door leerlingen voor wie een afwijkende wijze van toetsing nodig is.³³⁵

Verder staat in de Regeling toetsreglement van de centrale eindtoets po schooljaar 2018–2019 dat de directeur van een school de zorgplicht heeft om vooraf te onderzoeken welke leerling wat nodig heeft aan speciale ondersteuning.³³⁶ De beslissing of een leerling een aangepaste versie van de toets krijgt, is aan de directeur van de school. De school mag geen hulpmiddel of aanpassing toestaan buiten de mogelijkheden die in de Regeling staan aangegeven. Als bij een leerling met speciale ondersteuningsbehoefte met het bovengenoemde aanbod en de ruimte in de afnamecondities niet adequaat de belemmering door de beperking of combinatie van beperkingen kan worden weggenomen, neemt de school contact op met het CvTE voor een advies of verdere aanpassingen kunnen worden gedaan.

De eisen van de centrale eindtoets voor leerlingen met een beperking zijn dezelfde als die voor andere leerlingen. Maar de vorm waarin de toets wordt aangeboden kan (gedeeltelijk) anders zijn. Bij de centrale eindtoets worden de volgende aangepaste versies voor leerlingen met speciale ondersteuningsbehoeften aangeboden:

- braille, voor leerlingen met een visuele beperking. Dat kan ook beperkte gevolgen hebben voor de inhoud (bijv. afbeeldingen vervangen door beschrijvingen);
- een cd-rom met een versie voor leerlingen die slechtziend zijn, waarbij de opgaven onder andere duidelijk gemarkeerd zijn;
- audio voor leerlingen met een leesbeperking (dyslexie) of een visuele beperking;
- daisy-cd met natuurlijke spraak voor leerlingen met dyslexie of een visuele beperking;
- een pdf geschikt voor tekst-naar-spraak-software, zoals gebruikt door leerlingen met dyslexie of een visuele beperking;
- een zwart-wit versie op normale grootte, voor kleurenblinde leerlingen.

Voor leerlingen met dyscalculie wordt geen aangepaste toets geleverd. Gebruik van de rekenmachine is alleen toegestaan wanneer dat expliciet in de opgave staat aangegeven. Hulpmiddelen die nodig zijn voor gebruik met de aangepaste versies (zoals een computer met spraaksynthesoftware of braille-leesregel) zijn toegestaan. Hulpmiddelen zoals spellingkaarten of rekenmachines, of andere hulpmiddelen die de facto informatiedragers zijn, zijn niet toegestaan. De school heeft, naast de genoemde aangepaste versies van de centrale eindtoets, ook de mogelijkheid om op een andere wijze rekening te houden met de

335. Artikel 7 Toetsbesluit PO.

336. Artikel 8 Regeling van het College voor Toetsen en Examens van 25 juni 2018, nummer CvTE-18.00950, houdende vaststelling van toetsreglement van de centrale eindtoets primair onderwijs schooljaar 2018-2019, *Stcr.* 2018, 39604.

ondersteuningsbehoefte van de leerling, zoals het bieden van een extra rustige werkplek, een korte onderbreking of verruiming van de toetstijd.

Centrale eindexamens VO

De WVO staat niet toe dat leerlingen aan minder eisen voldoen om een in die wet erkend diploma te behalen.³³⁷ Uitgangspunt is dat leerlingen die (extra) ondersteuning nodig hebben over dezelfde stof worden geëxamineerd, dezelfde examens moeten afleggen, volgens dezelfde normen beoordeeld worden en er geen mogelijkheid van ontheffing is. Doorslaggevend is dat leerlingen of studenten met een ondersteuningsbehoefte een diploma halen dat gelijkwaardig is aan dat van leerlingen die de ondersteuningsbehoefte niet hebben.³³⁸

Leerlingen met een ondersteuningsbehoefte in het reguliere onderwijs kunnen op hun eigen school centraal eindexamen doen. Leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte in het voortgezet speciaal onderwijs kunnen dat op de volgende wijzen doen:

1. op de eigen vso-school als deze een examenlicentie heeft (artikel 14a WEC); de school dient daarbij de voorwaarden van de WVO te volgen;
2. als extraneus op een reguliere vo-school (artikel 30 WVO);
3. door middel van staatsexamen;
4. op een school voor volwassenonderwijs (vavo) als de eigen vso-school met een vavo samenwerkt (artikel 14b WEC).³³⁹

Het is bij het centraal eindexamen toegestaan om bepaalde (fysieke) aanpassingen te realiseren bij het afleggen van de examens. Artikel 55 Eindexamenbesluit VO bepaalt, in lijn met de Wgbh/cz.³⁴⁰

1. De rector of directeur van een vo-school kan toestaan dat een gehandicapte kandidaat het eindexamen geheel of gedeeltelijk aflegt op een wijze die is aangepast aan de mogelijkheden van die kandidaat. In dat geval bepaalt de directeur de wijze waarop het examen zal worden afgelegd, met dien verstande dat aan de overige bepalingen in het Examenbesluit VO wordt voldaan. Hij doet hiervan zo spoedig mogelijk mededeling aan de onderwijsinspectie.
2. Tenzij sprake is van een objectief waarneembare lichamelijke handicap, geldt ten aanzien van aangepaste wijze van examineren dat:
 - a. er een deskundigenverklaring is die door een ter zake kundige psycholoog, orthopedagoog, neuroloog of psychiater is opgesteld,
 - b. de aanpassing in ieder geval kan bestaan uit een verlenging van de duur van de desbetreffende toets van het centraal examen met ten hoogste 30 minuten, en
 - c. een andere aanpassing slechts kan worden toegestaan voor zover daartoe in de deskundigenverklaring een voorstel wordt gedaan of als de aanpassing

337. Artikelen 26e en 26n Inrichtingsbesluit WVO bevatten een aantal zeer beperkte ontheffingsmogelijkheden van het volgen van onderwijs in bepaalde vakken.

338. Brief 15 mei 2018 van minister Slob aan Tweede Kamer, *Kamerstukken II*, niet-dossierstuk, documentnr. 2108D28523.

339. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 31 289, nr. 346.

340. CvTE, *Kandidaten met een beperking, centrale examens en rekentoets VO 2018*, versie januari 2018, p. 6.

aantoonbaar aansluit bij de begeleidingsadviezen, vermeld in die deskundigenverklaring.³⁴¹

Ieder jaar stelt het CvTE een regeling vast met daarin vermeld welke hulpmiddelen zijn toegestaan voor kandidaten in de zin van artikel 55 Eindexamenbesluit VO.³⁴² Bijlage 2 bij deze regeling bevat een opsomming van hulpmiddelen voor kandidaten met een visuele en/ of auditieve beperking, dyslexie, kleurenblindheid, dyscalculie en een zware lichamelijke beperking. De regeling bevat geen aanpassingen met betrekking tot ADHD of autisme. De school kan, zonder iets aan de exameneisen te wijzigen, de examencondities voor deze kandidaten optimaliseren door bijvoorbeeld afleidingen te voorkomen en door het structureren en vooraf laten ervaren van de regels bij de afname of een halfuur tijdverlenging of een pauze toekennen. Tijdverlenging of een pauze is ook mogelijk voor kandidaten met diabetes. Leerlingen met een taalontwikkelingsstoornis kan ook een tijdverlenging met een halfuur worden toegestaan.³⁴³ In bijzondere situaties kan een mondeling examen worden afgenomen.³⁴⁴

Volgens het CvTE schrijft het CvTE geen hulpmiddelen of aanpassingen voor en ook niet of voor een individuele leerling een aanpassing nodig is, maar definieert het slechts het speelveld waarbinnen de school keuzes kan maken.³⁴⁵ Deze keuze vergt een inhoudelijke beoordeling door de directeur en leidt tot een doeltreffende aanpassing voor de leerling. De school dient zich tot het CvTE te wenden als het speelveld naar het oordeel van de school te beperkt is.³⁴⁶ Met name bij een combinatie van beperkingen kan het standaardaanbod inadequaat zijn. Zo voldoet bij een auditief beperkte dyslectische leerling het standaardaanbod van audio niet, zodat naar een andere oplossing moet worden gezocht. Als die andere oplossing niet binnen het standaardaanbod past, mag de school niet autonoom handelen en moet zich voor overleg tot het CvTE wenden.³⁴⁷ Maar het is uiteindelijk de directeur die het besluit neemt.

De directeur mag zich echter niet steeds bij een advies van het CvTE neerleggen. Het College voor de Rechten van de Mens oordeelde dat een school weliswaar in strijd zou handelen met het Eindexamenbesluit VO als de school het gebruik van een formulekaart voor de vakken wiskunde A en economie door een leerling met dyscalculie tijdens het CSE toestond, maar dat dit gebruik geen wettelijke uitzondering was op het verbod van onderscheid op grond van de Wgbh/cz. Het College wees op de rangorde in wetgeving, waarbij een wet in formele zin

341. Voor staatsexamens geldt het identieke artikel 33 Staatsexamenbesluit VO, zij het daar het CvTE het besluit tot aanpassing neemt. Zie ook CvTE, *Kandidaten met een beperking, centrale examens en rekenoets VO 2018*, p. 6.

342. Zie bijv. voor 2019: Regeling van het College voor Toetsen en Examens van 26 juni 2017, nummer CvTE-17.01277, houdende vaststelling van toegestane hulpmiddelen voor de centrale examens van de eindexamens en de staatsexamens vo in 2019 (Regeling toegestane hulpmiddelen voor de centrale examens vo 2019).

343. CvTE, *Kandidaten met een beperking, centrale examens en rekenoets VO 2018*, versie januari 2018, p. 29.

344. Idem, p. 32 e.v.

345. Idem, p. 6.

346. Nalaten om navraag te doen bij het CvTE kan strijd met de Wgbh/cz opleveren (CGB 9 mei 2011, oordeelnr. 201-75).

347. CvTE, *Kandidaten met een beperking, centrale examens en rekenoets VO 2018*, versie januari 2018, p. 7.

(de Wgbh/cz) boven een Algemene maatregel van bestuur (het Eindexamenbesluit VO) gaat. Dit betekent dat de school een verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte zal maken indien de school niet toestaat dat de leerling tijdens het centraal eindexamen gebruik maakt van een formulekaart.³⁴⁸ In een andere zaak waarin het CvTE niet toestond dat een leerling met ernstige dyslexie een digitaal woordenboek gebruikte bij het eindexamen vanwege de kans op fraude door oneigenlijk gebruik, vond het College dat de school een verboden onderscheid maakte met deze weigering. Het College vond dat wel toelaatbaar, mits tevens gebruik werd gemaakt van een logboek, dat een controlemiddel is tegen oneigenlijk gebruik van een digitaal woordenboek.³⁴⁹

Naast de mogelijke aanpassingen van artikel 55 Eindexamenbesluit VO geeft artikel 59 Examenbesluit VO het bevoegd gezag de bevoegdheid om, de onderwijsinspectie gehoord, toe te staan dat een centraal eindexamenkandidaat die in het laatste leerjaar langdurig ziek is geweest of een kandidaat die lange tijd ten gevolge van een bijzondere, van de wil van de kandidaat onafhankelijke omstandigheid, niet in staat is geweest het onderwijs in alle betrokken eindexamenvakken gedurende het laatste leerjaar te volgen, het centraal examen en het schoolexamen voor een deel van de vakken in het ene schooljaar en voor het andere deel in het daarop volgende schooljaar, aflegt. In dat geval wordt het eindexamen in een vak in het eerste of in het tweede van deze schooljaren afgesloten.

De CvTE publiceert elk jaar bij het begin van het schooljaar een brochure over de regels en achtergronden bij het afleggen van het centraal examen en de rekentoets door leerlingen met een beperking. De actuele brochure voor het centraal examen 2019 en de rekentoetsen in dat schooljaar verscheen in september 2018.³⁵⁰

Rechtsbescherming

Ouders die een geschil met de school hebben over aanpassingen bij schooltoetsen of schoolexamens van hun kind kunnen het geschil voorleggen aan de civiele rechter in het geval van een bijzondere school. In de praktijk is dat de kortgedingrechter, want een bodemprocedure zal te lang duren. Voor een geschil met een school voor openbaar onderwijs is de bestuursrechter bevoegd.

Daarnaast kunnen ouders het geschil voorleggen aan het College voor de rechten van de mens. Uitspraken van het College zijn echter niet afdwingbaar, maar zijn slechts adviezen. In sommige gevallen kan ook de GPO bevoegd zijn. Deze commissie is, onder meer, bevoegd in geschillen over de vaststelling van het opp en het bereiken van overeenstemming tussen het bevoegd gezag en de ouders over het handelingsdeel van het opp.³⁵¹ Uitspraken van de GPO zijn ook slechts adviezen en dus evenmin afdwingbaar. Tot op heden heeft de GPO nog geen uitspraken gedaan over aanpassingen van toetsen en examens die mogelijk

348. CRM 7 mei 2012, oordeelnr. 2012-85.

349. CRM 10 april 2015, oordeelnr. 2015-33. Zie ook oordeelnr. 2014-37.

350. Zie bijv. CvTE, *Kandidaten met een beperking, centrale examens en rekentoets VO 2018*, versie januari 2018.

351. Artikel 27, lid 2, aanhef en onder a, WVO en artikel 26, lid 1 en 2, WVO.

onderdeel zijn van het opp. De GPO is niet bevoegd in geschillen over de uitvoering van het opp. Daarvoor moeten ouders zich tot de rechter wenden.

Ouders die een geschil met de school hebben over aanpassingen bij de Centrale eindtoets PO of de toepassing van artikel 55 Eindexamenbesluit VO kunnen bezwaar maken bij de directeur die de beslissing heeft genomen. Bij afwijzing van hun bezwaar kunnen zij beroep instellen bij de bestuursrechter tegen de beslissing van de directeur, ongeacht of het om een openbare of bijzondere school gaat. De wetgeving kent immers de bevoegdheid tot het vaststellen hoe een gehandicapte kandidaat de toets of het examen geheel of gedeeltelijk aflegt toe aan de directeur. Deze oefent daarbij een publiekrechtelijke bevoegdheid uit tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van de leerling. De directeur is derhalve in zoverre bekleed met openbaar gezag en is een bestuursorgaan. Diens beslissing is een besluit in de zin van artikel 1:3, lid 1, Awb.³⁵² Ook kunnen ouders het geschil over de aanpassingen bij de Centrale eindtoets PO of op grond van artikel 55 Eindexamenbesluit VO voorleggen aan het College voor de Rechten van de Mens indien zij denken dat de school niet handelt overeenkomstig de Wgbh/cz.

5. MBO

*Instellingsexamens*³⁵³

De Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) schrijft voor dat het bevoegd gezag zorgt voor een goede organisatie en kwaliteit van het onderwijsprogramma en de examinering. ‘Examinering’ is gedefinieerd als ‘het nemen van beslissingen over inhoud en niveau van examens van een beroepsopleiding, procedures en voorwaarden waaronder examens worden afgenomen, alsmede het vaststellen van de uitslag van examens.’³⁵⁴ Het bevoegd gezag legt de beschrijving van het onderwijsprogramma en de regels met betrekking tot het examen tijdig voor aanvang van de opleiding vast in de onderwijs- en examenregeling (OER) van de instelling en zorgt ervoor dat deelnemers volledig en tijdig worden geïnformeerd over het onderwijsprogramma, examens en het ondersteuningsaanbod voor gehandicapte deelnemers die extra ondersteuning behoeven.³⁵⁵ De extra ondersteuning die voortvloeit uit de handicap van een deelnemer moet worden vermeld in de onderwijsovereenkomst (OOK) die aan de inschrijving ten grondslag ligt.³⁵⁶

Het bevoegd gezag van een mbo-instelling moet een examencommissie instellen. Deze commissie heeft onder meer als taak het borgen van de kwaliteit van de examinering en instellingsexamens, het vaststellen van richtlijnen en aanwijzingen om instellingsexamens te beoordelen en vast te stellen en het vaststellen

352. Analooq aan ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1879.

353. Zie ook MBO Raad, Kennispunt Onderwijs & Examinering, CINOP Advies en Expertisecentrum handicap + studie, *Passende examinering van beroepsspecifieke onderdelen in het mbo voor studenten met een ondersteuningsbehoefte*, april 2018.

354. Artikel 1.1.1, onder o, WEB.

355. Artikel 7.4.8, lid 2, WEB.

356. Artikel 8.1.3, lid 3, onder g, WEB.

van de instellingsexamens.³⁵⁷ De examencommissie stelt regels vast over de uitvoering van de taken en bevoegdheden en de maatregelen die zij in dat verband kan nemen.³⁵⁸ De examencommissie stelt ook regels vast met betrekking tot de goede gang van zaken tijdens het afnemen van de toetsen, het examen of de examenonderdelen.³⁵⁹ Onder deze regels vallen ook regels over het beslissen op verzoeken om aangepaste examinering.³⁶⁰ Bij die beslissingen dient het beoordelingsschema van de Wgbh/cz te worden gevolgd. Als het verzoek wordt gehonoreerd, kan de aanpassing en de onderbouwing worden vastgelegd in de OOK. De examencommissie dient te controleren of de examinering ook daadwerkelijk plaatsvindt zoals vastgelegd.³⁶¹

Centrale examens Nederlandse taal, rekenen en Engels.

Op grond van de Regeling aangepaste wijze of vorm van examineren centrale examens mbo kan de examencommissie³⁶² voor een deelnemer met een beperking de wijze van centrale examinering mbo aanpassen, indien door de wijze van examinering en de aard van de beperking de deelnemer bij het centraal examen niet in staat wordt gesteld te tonen of hij aan de eisen voldoet waarvan de toetsing met het betreffende centrale examen wordt beoogd.³⁶³ De examencommissie moet daarbij gebruik maken van de door de CvTE aangeleverde examens ten behoeve van deelnemers met een leesbeperking (dyslexie), een auditieve of visuele beperking.³⁶⁴ De instelling mag dus niet zelf het centraal examen aanpassen, of afnamecondities opstellen die rechtstreeks verband houden met de kwalificatie-eisen. Doet de instelling dat wel, dan handelt zij in strijd met de regels van het CvTE. Maar de instelling blijft verplicht te onderzoeken of een gevraagde aanpassing mogelijk is. Doet zij dat niet, dan handelt zij in strijd met de Wgbh/cz.

Bij deelnemers met een lichamelijke (motorische) of zintuiglijke (auditieve of visuele) beperking is ten behoeve van het aanpassen van het centraal examen geen deskundigenverklaring nodig. Bij andere beperkingen is een verklaring van een ter zake deskundige orthopedagoog of psycholoog nodig. Dit geldt dus bijvoorbeeld bij dyslexie en vormen van autisme. Voor andere beperkingen dan dyslexie of een auditieve of visuele beperking moet de examencommissie contact opnemen met de CvTE dat besluit over verdergaande aanpassing.³⁶⁵ Vindt de CvTE dat zo'n aanpassing mogelijk is, dan levert de CvTE een daarvoor aangepast

357. Artikel 7.4.5a, lid 1, WEB.

358. Artikel 7.4.5a, lid 3, WEB.

359. artikel 7.4.8, lid 5, WEB.

360. *Kamerstukken II 2015/16*, 34 402, nr. 3, p. 14-15.

361. MBO Raad, Kennispunt Onderwijs & Examinering, CINOP Advies en Expertisecentrum handicap + studie, *Passende examinering van beroepsspecifieke onderdelen in het mbo voor studenten met een ondersteuningsbehoefte*, april 2018, p. 9-10.

362. Artikel 7.4.5 WEB.

363. Artikel 1 Regeling van het College voor examens van 15 april 2014, nummer CvE-14.01042, houdende vaststelling van regels voor een aangepaste wijze of vorm van examineren bij deelnemers met een handicap rekening houdend met de aard van de handicap bij centrale examens in het mbo (Regeling aangepaste wijze of vorm van examineren centrale examens mbo), Stcrt. 2014, nr. 17718.

364. Artikel 2a jo. artikel 5 Regeling aangepaste wijze of vorm van examineren centrale examens mbo.

365. Artikel 7 WEB.

examen aan.³⁶⁶ Dat kan maatwerk zijn in een incidenteel geval, zoals een mondelinge afname voor een zwaar lichamelijk beperkte deelnemer. De examencommissie beslist daarna of van de geboden ruimte gebruik wordt gemaakt. Het is dus de examencommissie die bepaalt of een aanpassing voor een deelnemer doeltreffend is.

Ook kan de examencommissie zonder nadere eisen de examencondities voor een deelnemer aanpassen indien deze condities geen onderdeel zijn van de kwalificatie-eisen.³⁶⁷ Gedacht kan worden aan aangepast meubilair of toetsenbord, het inlassen van een pauze bij diabetes of de mogelijkheid om het examen afgescheiden van de andere examendeelnemers te laten plaatsvinden. Verder kan de examencommissie de afnametijd van het examen voor een leerling met een beperking verlengen met maximaal een halfuur. De examencommissie moet al deze aanpassingen vastleggen in een proces-verbaal. Tevens moet de examencommissie beschikken over een dossier waarin de aard van de beperking van de deelnemer, de eventuele verklaring van een deskundige en de aanpassing bij het examen en de eventuele afspraken met het CvTE zijn opgenomen.³⁶⁸

Rechtsbescherming

Indien een deelnemer het niet eens is met een beslissing van de examencommissie over de aanpassing voor toetsing of examen, kan hij of zij in beroep gaan bij de commissie van beroep voor de examens. Hierbij kan ook om voorlopige voorzieningen worden gevraagd. De commissie van beroep stelt een onderzoek in alvorens te beslissen. Indien de commissie van beroep het beroep gegrond acht, vernietigt zij de beslissing geheel of gedeeltelijk. De commissie van beroep is niet bevoegd in de plaats van de geheel of gedeeltelijk vernietigde beslissing een nieuwe beslissing te nemen. Zij kan bepalen dat de examencommissie opnieuw of, indien de beslissing is geweigerd, alsnog in de zaak beslist, dan wel dat het examen of enig onderdeel daarvan opnieuw wordt afgenomen onder door de commissie van beroep te stellen voorwaarden. De examencommissie voorziet, voor zover nodig, opnieuw in de zaak met inachtneming van de uitspraak van de commissie van beroep voor de examens. De commissie van beroep kan daarvoor in haar uitspraak een termijn stellen.³⁶⁹

Als een deelnemer het oneens is met een beslissing van een commissie van beroep kan hij het geschil voorleggen aan de civiele rechter.³⁷⁰ Alleen indien een bijzondere instelling met betrekking tot een bepaalde beslissing openbaar gezag uitoefent, is de bestuursrechter bevoegd. Daarvan is bij een beslissing over aanpassingen bij toetsen en examens geen sprake.

366. Artikel 2, onder c, jo. artikel 5, onder d, Regeling aangepaste wijze of vorm van examineren centrale examens mbo.

367. Artikel 7 Regeling aangepaste wijze of vorm van examineren centrale examens mbo.

368. Regeling aangepaste wijze of vorm van examineren centrale examens mbo, p. 4.

369. Artikel 7.5.2 WEB.

370. ABRvS 11 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9914. Zie ook Rb. Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7226. Bij een openbare instelling moet een deelnemer in beroep gaan bij de bestuursrechter. In de praktijk zijn er echter geen openbare MBO-instellingen.

6. HOGER ONDERWIJS

De WHW geeft geen omschrijving van het begrip examen. Wel staat in artikel 7.10 WHW dat elk tentamen een onderzoek omvat naar de kennis, het inzicht en de vaardigheden van de examinandus, alsmede de beoordeling van de uitkomsten van dat onderzoek. Verder bepaalt de WHW dat het instellingsbestuur verantwoordelijk is voor de praktische organisatie van tentamens en examens.³⁷¹ De geldende procedures en rechten en plichten met betrekking tot de examens moeten worden vastgelegd in de onderwijs- en examenregeling (OER). Daarin moet ook worden vermeld op welke wijze studenten met een handicap of chronische ziekte redelijkerwijs in de gelegenheid worden gesteld de tentamens af te leggen.³⁷² In de WHW is niet bepaald welk orgaan de beslissing over aanpassingen met betrekking tot examens neemt. In veel gevallen is dit de examencommissie. Deze is immers verantwoordelijk voor het borgen van de kwaliteit van de organisatie en procedures rondom tentamens en examens.³⁷³

Het bestuur van een bekostigde instelling voor hoger onderwijs moet tevens voorzieningen treffen voor de financiële ondersteuning van een bij die instelling ingeschreven student die in verband met de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid studievertraging heeft opgelopen of naar verwachting zal oplopen. Onder bijzondere omstandigheid valt een handicap of chronische ziekte.³⁷⁴ Ook moet het instellingsbestuur nadere regels vaststellen over verlenging van de geldigheidsduur van tentamens in het geval van handicap of chronische ziekte. De bevoegdheid om die beslissing per individueel geval te nemen, ligt bij de examencommissie. De geldigheidsduur van met goed gevolg afgelegde tentamens wordt in dat geval verlengd met ten minste de duur van de toegekende financiële ondersteuning.³⁷⁵

Rechtsbescherming

Beroep van de beslissingen van een examencommissie wordt ingesteld bij het college van beroep voor de examens dat elke hogeschool of universiteit moet instellen.³⁷⁶ Van beslissingen van dit college kan beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) in Den Haag. Ook kan om voorlopige voorzieningen worden gevraagd. Tegen een uitspraak van het CBHO staat geen verder beroep open.

Het CBHO heeft verschillende uitspraken gedaan over aanpassingen bij tentamens en examens in het hoger onderwijs. Uit deze uitspraken kunnen een aantal algemene trends worden afgeleid. Zo lijkt het CBHO er veel waarde aan te hechten dat studenten de instelling tijdig en volledig informeren over hun handicap. Studenten die dat niet doen, kunnen in de regel geen aanspraak op aanpassingen maken of op afwijking van de regels met betrekking tot studie-

371. Artikel 7.10, lid 3, WHW.

372. Artikel 7.13, lid 2, aanhef en onder m, WHW.

373. Artikel 12b, lid 1, aanhef en onder e, WHW.

374. Artikel 7.51, lid 2, aanhef en onder d, WHW.

375. Artikel 10, lid 4, WHW.

376. Artikel 7.60 WHW.

voortgang.³⁷⁷ Van belang is ook of de school algemene informatie heeft verstrekt over het studeren met een handicap of ziekte en hoe een verzoek tot aanpassingen kan worden ingediend, bijvoorbeeld door deze informatie te plaatsen op de website van de school.³⁷⁸

Het niet-nakomen van de aanpassingen door de instelling betekent niet zonder meer dat de instelling de student een nieuw tentamen moet aanbieden. In een geval waarin de instelling had verzuimd de student te berichten waar zij het examen in een, in verband met haar beperking, aparte ruimte kon afleggen, vond het CBHO dat de omstandigheid dat de student een studiebeperking had, er niet aan afdeed dat het college van beroep voor de examens mocht aannemen dat zich geen substantiële studievertraging zou voordoen, gelet op de beperkte studiebelasting van de onderwijseenheid in kwestie en de nog openstaande onderwijseenheden. Daarbij vond het CBHO het van belang dat de examencommissie aan het nadeel van de student tegemoet was gekomen door toe te zeggen dat, indien de geldigheidsduur van tentamens in het geding zou komen, ze welwillend zou kijken naar een verzoek om verlenging daarvan.³⁷⁹

Een voorbeeld van een situatie waarin de school voldoende aanpassingen had gedaan is het oordeel van het CBHO over het verzoek van een pabo-student met dyscalculie om een alternatieve test voor de landelijk verplichte rekentoets te mogen afleggen. Het CBHO nam in aanmerking dat de WISCAT-toets een landelijk verplichte toets is en rekenen een kernvak van de Pabo-opleiding betreft. Daarbij was van belang dat de student zelf geen geschikte alternatieve toetsvorm had voorgesteld en het bestaan van een geschikt alternatief voor deze toets ook niet aannemelijk had gemaakt, gelet op het adaptieve karakter ervan en de omstandigheid dat het gebruik van rekenmachines of papier zich niet verdraagt met de toetsing van de hoofdrekenvaardigheid. Verder vond het CBHO het van belang dat de teamleider individuele gesprekken met de student had gevoerd, een rekenwiskunde-docent van de hogeschool de student in een kleine onderwijsetting ondersteuning had verleend bij rekenvraagstukken en de student naar aanleiding van haar functiebeperking door de Pabo-examencommissie toetstijdverruiming had gekregen. Het CBHO volgde daarom niet het betoog van de student dat de school onvoldoende rekening had gehouden met diens functiebeperking.³⁸⁰

7. CONCLUSIES

Uit het overzicht blijkt dat er verschillende wetten van toepassing zijn op het toetsen, beoordelen en examineren van leerlingen en studenten met een beperking. Dat zijn in de eerste plaats de onderwijswetten en de Wgbh/cz. Voor wat betreft centrale, landelijke examens zijn er diverse besluiten en regelingen. De wetgeving geeft zowel algemene normen als specifieke voorschriften, dat laatste met name met betrekking tot centrale, landelijke toetsen en examens. Uitgangspunt in deze wetgeving is dat leerlingen die aanpassingen nodig hebben

377. Zie bijv. CBHO 18 december 2013, 2013/245.1.

378. CBHO 19 september 2017, 2017/114.

379. CBHO 12 juni 2013, 2013/036.

380. CBHO 29 februari 2012, 2011/124.

over dezelfde stof worden geëxamineerd, dezelfde examens afleggen, volgens dezelfde normen beoordeeld worden en er geen mogelijkheid van ontheffing van examens en toetsen is. Leerlingen of studenten met een ondersteuningsbehoefte moeten een resultaat of diploma halen dat gelijkwaardig is aan dat van leerlingen en studenten die geen specifieke ondersteuningsbehoefte hebben. De waarde van het diploma komt daardoor niet in het geding, hetgeen juist voor leerlingen met een ondersteuningsbehoefte van belang is.

Centraal in deze wetgeving is de Wgbh/cz. Deze wet geeft een beoordelingskader voor scholen bij verzoeken om aanpassingen bij toetsing en examinering: een school of onderwijsinstelling is verplicht, naar gelang de behoefte van de leerling of student, onderzoek te verrichten naar doeltreffende aanpassingen en deze aanpassingen te maken, tenzij het maken van deze aanpassingen voor de school of instelling een onevenredige belasting vormt. Sinds de invoering van passend onderwijs, moeten PO- en VO-scholen bij deze beoordeling ook de (financiële) ondersteuning vanuit het SWV betrekken. Of dat ook daadwerkelijk gebeurt, blijkt niet altijd uit de rechtspraak.

Gezien de beleidsvrijheid en de open norm van de Wgbh/cz hangt het succes van de wettelijke voorschriften in de praktijk vaak af van de inzet en bereidheid van de school of instelling om deze voorschriften vanuit het belang van de leerling of student toe te passen. Dit maakt de rechtsbescherming voor deze kwetsbare leerlingen en studenten van extra belang. Op dit moment is die rechtsbescherming versnipperd, vooral in het leerplichtig onderwijs. Het onderscheid tussen openbare en bijzondere scholen en de daarmee samenhangende verschillen in procedures kan tot verwarring en ongelijkwaardige rechtsbescherming leiden. De mogelijkheid om het geschil snel te beslechten is met name in het bijzonder onderwijs beperkter dan in het openbaar onderwijs, waar de bestuursrechter bevoegd is. Deze laatste rechtsgang is laagdrempeliger dan die bij de civiele rechter. Bij geschillen met bijzondere scholen, en dus bij de civiele rechter, kan eigenlijk alleen maar een procedure in kort geding worden gevoerd, met een marginale toetsing, verplichte rechtsbijstand en hoge procedurele kosten.

Wij pleiten dan ook voor een uniforme, snelle en laagdrempelige geschillenregeling tussen ouders en leerlingen enerzijds en scholen (en samenwerkingsverbanden) anderzijds. Uniformiteit in rechtsbescherming leidt tot specialistische kennis bij de rechter en rechtseenheid in uitspraken. De rechtsbescherming moet elk kind gelijke rechtsbescherming bieden, ongeacht naar welke school hij of zij gaat en wie de tegenpartij is. De beoordeling van een geschil over aanpassingen in examinering en toetsing voor leerlingen met beperkingen kan onderdeel zijn van die uniforme regeling.

Wij voelen veel voor het voorstel van Zoontjens en De Boer in hun artikel 'Naar een duidelijkere rechtsbescherming in het duale bestel' om de rechtsbescherming in het leerplichtig onderwijs op dezelfde wijze te regelen als in het hoger

onderwijs.³⁸¹ Zij stellen voor één, zowel voor het openbaar als bijzonder onderwijs, bevoegde geschilinstantie te creëren, die onderdeel van de rechterlijke macht is. Zoontjens en De Boer noemen dit, in navolging van de WHW, het College van Beroep voor het Onderwijs, of: CBO. Dit CBO zal ook bevoegd zijn in geschillen tussen ouders en/of leerlingen en studenten over aanpassingen in examens en toetsen en verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Daarmee kan volgens ons een uniforme, snelle en goedkope rechtsbescherming worden gecreëerd voor dit soort geschillen.

381. NTOR, *Nederlands Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid*, 2016, nr. 3, p. 161-189. Zie ook J. Sperling en A.M.T. Wigger, 'Geschilbeslechting bij passend onderwijs: een pleidooi voor uniformering', *School en Wet* 2018, nr. 3, p. 24-31.

Expertisecentrum handicap + studie

Voor inclusief onderwijs en studentenwelzijn

Bijlage bij preadvies J. Sperling en A.M.T. Wigger
L. Schlundt Bodien, coreferent

Expertisecentrum handicap + studie ondersteunt universiteiten, hogescholen en het mbo bij het toegankelijk maken van onderwijs voor studenten met een extra ondersteuningsvraag. Het gaat bijvoorbeeld om studenten met dyslexie, dyscalculie, autisme, psychische klachten, chronische ziekten, rolstoelgebruikers, dove of slechthorende studenten en blinde of slechtziende studenten.

Behalve studenten met een functiebeperking hebben ook studenten met mantelzorgtaken, jonge ouders en zwangere studenten en studenten in gendertransitie vaak behoefte aan flexibiliteit of specifieke voorzieningen. Expertisecentrum handicap + studie streeft naar inclusief hoger onderwijs, waaraan zoveel mogelijk verschillende studenten kunnen meedoen en waarin het steeds gewoner wordt om het onderwijs af te stemmen op de behoefte.

Expertisecentrum handicap + studie is onderdeel van CINOP.

Werkwijze

In samenwerking met onderwijsinstellingen en studenten met een extra ondersteuningsvraag ontwikkelt en implementeert handicap + studie innovatieve en praktische oplossingen voor het hoger onderwijs. Ook het mbo komt steeds meer in beeld. We werken in projecten samen met onderwijsinstellingen, geven advies, organiseren trainingen, regionale bijeenkomsten en kennisuitwisseling. Het doel is dat (meer) studenten met een extra ondersteuningsvraag succesvol kunnen studeren aan de opleiding van hun keuze.

Expertise

Om onderwijsinstellingen houvast te bieden bij het maken en uitvoeren van beleid rond inclusief onderwijs werkt Expertisecentrum handicap + studie volgens een aantal vaste thema's:

- informatievoorziening en voorlichting,
- toegankelijkheid van het onderwijs,
- begeleiding van studenten,
- deskundigheid van professionals,
- flexibele leerroutes aanbieden,
- toetsing en examinering,
- waarborgen voor kwaliteit en continuïteit,
- stage en werk,
- inclusief studieklimaat,
- studentenparticipatie.

Rond al deze thema's verzamelt en ontsluit het Expertisecentrum handicap + studie informatie.

Heeft u een vraag of wilt u advies over studeren met een functiebeperking?
Bel de handicap + studie infolijn voor onderwijsprofessionals, 073-6800783.
Of mail naar algemeen@handicapstudie.nl.

www.handicap-studie.nl

Verslag NVOR jaarsymposium 2017 Over big data in het onderwijs en de beperkingen die de privacywet daaraan stelt

Mr. H. ten Cate³⁸²

Tablets vol educatieve apps en spelletjes, digitale toetsen van CITO, een robot in de klas zodat het zieke klasgenootje ook mee kan doen, leren hoe je online kunt profileren met vlogs en blogs, beroepsgames (*serious games*) om met virtual reality te oefenen als ICT-beheerder, videocollege volgen vanuit bed met e-learning... Het onderwijs digitaliseert en dat is – in ieder geval volgens de Onderwijsraad – maar goed ook.³⁸³ De snel digitaliserende samenleving vraagt om onderwijs waarin plaats is voor digitale onderwijsdoelen, de inzet van digitale leermiddelen en het gebruik van digitale toepassingen, aldus de Onderwijsraad.

Digitalisering in het onderwijs kan echter ook risico's met zich brengen. Zo bleek in 2014 dat persoonsgegevens van leerlingen op grote schaal via Basispoort gedeeld werden met educatieve uitgevers. Op zijn minst werd de suggestie gewekt dat de uitgevers deze leerlinggegevens konden gebruiken voor eigen, commerciële doeleinden. Gerrit-Jan Zwenne (hoogleraar Recht en de Informatiemaatschappij aan de Universiteit Leiden) merkte destijds in de media op dat aan deze constructie grote juridische bezwaren kleven, vooral omdat het gaat om de verwerking van bijzonder gevoelige informatie over het kind. In dat geval moeten extra waarborgen worden verlangd. Er volgde uiteindelijk een privacyconvenant tussen de onderwijssector en onder meer uitgeverijen en leveranciers van digitale leermiddelen.³⁸⁴ In 2016 bleek dat scholen gegevens deelden met derden, zoals andere scholen of hulp- en zorgverleners, terwijl dat niet noodzakelijk was. Zwenne benadrukte toen dat de oplossing voor dit probleem ligt in bewustwording. In augustus 2017 riep de privacytoezichthouder, de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), in een brief gericht aan de onderwijskoepels scholen op zorgvuldig om te gaan met beeldmateriaal van leerlingen.³⁸⁵

Al met al aanleiding genoeg voor Zwenne om zich als preadviseur, samen met Arno Lodder (hoogleraar Internet Governance and Regulation aan de VU), voor de NVOR te bezinnen op het onderwerp 'big data in het onderwijs en de beperkingen die de privacywet daaraan stelt'. Deze bezinning heeft geresulteerd in een kort maar krachtig preadvies, voorzien van coreferaten van Iris Hoen (Wille Donker advocaten) en Wouter Pors (Bird&Bird). In dit verslag wordt de kern van

382. Hester ten Cate is juridisch adviseur bij de directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Zij heeft dit verslag op persoonlijke titel geschreven.

383. Zie het advies 'Doordacht Digitaal' van de Onderwijsraad van 9 mei 2017, in te zien via <http://www.onderwijsraad.nl/>.

384. Dit convenant is inmiddels herzien naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), zie <https://www.privacyconvenant.nl/> voor versie 3.0.

385. Zie voor deze brief en meer informatie over scholen en gegevensbescherming <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/onderwijs/scholen-de-avg>.

het Jaarsymposium van 1 december 2017 en de daar gevoerde discussie naar aanleiding van het preadvies en de coreferaten thematisch uiteengezet.

Het speculatieve karakter van het preadvies en de discussie

Een opmerking vooraf. Lodder en Zwenne vermoeden dat in het onderwijs meer gegevens dan ooit (zullen) worden vastgelegd en bewaard. Aan het begin van hun presentatie wijzen zij erop dat het lastig is te voorspellen welke kant het precies op zal gaan met *big data analytics*. Als uitgangspunt voor het preadvies is gekozen voor ontwikkelingen die mogelijk plaats gevonden zullen hebben in het jaar 2028. Dit zorgt ervoor dat het preadvies op sommige punten een wat speculatief karakter heeft.

Deze notie maakt echter niet dat deze bezinning en de daarop volgende discussie tijdens het Jaarsymposium aan betekenis inboeten. Lodder en Zwenne benadrukken dat technologische ontwikkelingen ontzettend snel kunnen gaan. Het doel van het preadvies is dan ook om het kritisch nadenken over de huidige en toekomstige ontwikkelingen in het onderwijs te stimuleren. Het is van belang niet af te wachten, omdat de ervaring leert – zoals eerder met de opkomst van internet – dat als de technologische mogelijkheid er eenmaal is, het lastig is er geen of beperkt gebruik van te maken. Om deze reden moet een blik verder vooruit worden geworpen. Enige vorm van speculatie moet in dat verband als onvermijdelijk worden beschouwd. Lodder en Zwenne bakenen aan het begin van de presentatie wel direct enigszins af: ‘We gaan alleen ontwikkelingen bespreken die we nu al zien. Wat we nu niet zien, dat bespreken we ook niet.’

Toekomstscenario's uit het preadvies

Welke kant zien Lodder en Zwenne de technologische ontwikkelingen in het onderwijs dan op gaan? Deze vraag wordt beantwoord in het preadvies. Er zijn ter illustratie vier scenario's geschetst waarin technologie een grote rol speelt binnen diverse fases in het onderwijs van 2028.

Ten eerste is er robotisering van het onderwijs aan kleuters (4 tot 6 jaar). Zelfrijdende auto's, fietsen en schoenen zorgen ervoor dat de leerling op tijd in de klas is. Er is een robotonderwijzer die de gesprekken begeleidt en het leerproces ondersteunt. Ten tweede vindt er in groep 3 tot en met 8 (6 tot 12 jaar) uitgebreide monitoring plaats. Leraren worden ondersteund door robots, die de leerlingen observeren en veel data genereren. Al deze informatie komt in het leerlingdossier, wat maatwerk in het onderwijs verder faciliteert. Ten derde is er *augmented reality* op de middelbare school (12 tot 18 jaar). Er wordt minder geleerd vanuit (digitale) boeken, maar het onderwijs wordt vooral aangeboden in virtuele leeromgevingen, zoals een laboratorium of de tijdvakken van de Romeinen en de Tweede Wereldoorlog. Ten vierde en tot slot wordt op de universiteit (>18 jaar) gebruikgemaakt van data-analyses en profilering. Op basis van de drie eerdere levensfasen wordt de beste vervolgopleiding (of direct gaan werken) bepaald. De universiteit biedt een selectie van bijpassende opleidingen aan en het collegegeld is afhankelijk van de gemaakte keuze en de geleverde prestaties; hoe lager in de top 3 hoe duurder en hoe beter wordt gepresteerd hoe minder er uiteindelijk daadwerkelijk betaald hoeft te worden.

Een rode draad in alle vier scenario's is dat het gebruik van deze toepassingen met zich brengt dat er persoonsgegevens over leerlingen, scholieren en studenten worden vastgelegd en beschikbaar worden gemaakt. Wat al deze technologische ontwikkelingen in ruime mate opleveren is data; gegevens over gedrag, kennis, inzicht en dergelijke die al dan niet door zelflerende algoritmes worden geanalyseerd. Het doel van deze analyses is veelal processen te optimaliseren. In het preadvies is opgemerkt dat de leerling of de student hierbij bijzondere aandacht verdient, omdat de uitkomsten van de analyses betrekking hebben op hen en gevolgen voor hen hebben.

Pors schrijft in zijn coreferaat in reactie op het preadvies dat robotisering, augmented reality, nieuwe vormen van monitoring en profilering inderdaad uitdagingen van de nabije toekomst zullen zijn. Hij is echter van mening dat eerst nog uitdagingen moeten worden aangepakt die in het verleden zijn blijven liggen en in het heden problemen veroorzaken. Hij ziet een rol voor de wetgever weggelegd, in het bijzonder daar waar het gaat om in zijn ogen gebrekkige grondslagen in bijvoorbeeld de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Helaas kon Pors door vervoersperikelen pas aanschuiven toen de stellingen werden behandeld. Hij heeft om deze reden zijn coreferaat niet gepresenteerd op het Jaarsymposium.

De triade techniek, recht en ethiek

Tijdens de presentatie op het Jaarsymposium benadrukken Lodder en Zwenne dat voorkomen moet worden dat we in de toekomst aanbelanden in scenario's als gepresenteerd in het preadvies zonder dat zorgvuldig is nagedacht over de toelaatbaarheid en de wenselijkheid ervan. Hiermee identificeren zij een triade die van belang is voor de beoordeling van big data verwerkingen in het onderwijs, bestaande uit techniek (wat kan), recht (wat toelaatbaar is) en ethiek (wat wenselijk is), het 'supertrio'.

Het uitgangspunt in de praktijk wordt gevormd door mogelijkheden die de techniek biedt; er is ontzettend veel – en ook steeds meer – mogelijk. Het feit dat iets technisch mogelijk is, betekent echter nog niet dat het ook juridisch toelaatbaar is. De randvoorwaarden voor deze toelaatbaarheid worden bepaald door het recht, waarbij in het preadvies gefocust is op privacy- en gegevensbeschermingsrecht. Het recht oordeelt echter in principe ook nog altijd niet over de wenselijkheid van verwerkingen; hierbij komt de ethiek als derde stap om de hoek kijken. Lodder en Zwenne wijzen er in het preadvies op dat, hoewel zij zich als juristen primair bezighouden met juridische vragen, zij er bij ontwikkelingen als hiervoor beschreven niet aan ontkomen om over de wenselijkheid ervan na te denken. De ethiek kan als richtsnoer dienen; de belangrijke menselijke waarden moeten altijd voorop blijven staan.

Tijdens de presentatie op het Jaarsymposium identificeren Lodder en Zwenne drie mogelijke 'smaken' van de triade. Wit zijn ontwikkelingen die technisch mogelijk, juridisch toelaatbaar en ethisch wenselijk zijn. Grijs houdt in dat het technisch mogelijk en juridisch toelaatbaar is, maar de ethische wenselijkheid op zijn minst betwijfeld kan worden. Zwart betekent dat het technisch onmogelijk

lijk is of technisch gezien wel kan maar juridisch niet toelaatbaar moet worden geacht.

Het juridisch kader: de Algemene verordening gegevensbescherming

Het is volgens Lodder en Zwenne nuttig te inventariseren onder welke voorwaarden het analyseren van persoonsgegevens juridisch is toegestaan. Het belangrijkste kader voor *big data analytics* vormt de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Zwenne, Lodder, Hoen en Pors wierpen in hun schrijven een blik vooruit; de AVG wordt pas sinds 25 mei 2018 daadwerkelijk toegepast. Een datum die op het moment van schrijven van dit verslag inmiddels achter ons ligt.

De AVG bevat diverse regels, uitgangspunten en randvoorwaarden die het meest direct beperkingen opleggen aan gegevensverwerking ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, zoals leerlingen, scholieren, studenten, leraren, docenten, ouders, etc. In het preadvies en de coreferaten wordt ingegaan op de diverse regels van de AVG die paal en perk stellen aan (grootschalige) verwerkingen van persoonsgegevens en die ook van toepassing zijn op de onderwijssectoren. Het voert te ver al deze regels in dit verslag uit te werken; hierna wordt slechts melding gemaakt van de onderwerpen waarover uitgebreider is gesproken tijdens het Jaarsymposium.

Hoen stelt bij de presentatie van haar coreferaat dat – hoewel de AVG evident een juridisch instrument is – de verordening ook bomvol ethische aspecten zit. De AVG probeert het recht op privacy en het recht op informatie met elkaar te verenigen. Welk recht prevaleert, wordt bepaald aan de hand van het juridisch kader dat ruimte laat voor afwegingen die context- en tijdgebonden zijn. Vooral in de algemene beginselen, zoals rechtmatigheid, doelbinding en data-minimalisatie, ziet zij de ethiek terugkomen. Omwille van tijd en ruimte is hier uitgebreider bij stilgestaan in haar coreferaat dan op het Jaarsymposium. In dit verslag wordt in beginsel dan ook volstaan met verwijzing naar haar coreferaat. Slechts daar waar inhoudelijk gediscussieerd is, is dit punt verder uitgewerkt.

Grondslagen voor verwerking

Een van de eisen die de AVG stelt is dat een verwerking van persoonsgegevens een grondslag moet hebben. Welke dat kunnen zijn staat in artikel 6, lid 1, AVG. Tijdens de bespreking op het Jaarsymposium blijkt dat deze grondslagkwestie diverse vragen en ook wat discussie oproept. Op de grondslag ‘wettelijke verplichtingen’ wordt in dit verslag nader ingegaan onder ‘Onderwijswetgeving en privacy’.

Hoen merkt, onder verwijzing naar het coreferaat van Pors, op dat het in de praktijk lastig is om een grondslag aan te wijzen. Zwenne meent dat in het onderwijs juist al snel sprake zal zijn van een grondslag. Hij geeft aan dat zijn kennis van het onderwijsrecht tekort schiet om hier inhoudelijk op in te kunnen gaan, maar er zou veelal sprake zijn van een wettelijke verplichting of een taak

van algemeen belang, en in sommige gevallen zelfs van gerechtvaardigd belang van de school zelf.³⁸⁶

De grondslag ‘taak van algemeen belang’ roept een vraag op tijdens de discussieronde. De welbekende ‘publiekrechtelijke taak’ uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) verdwijnt en ‘algemeen belang’ en ‘openbaar gezag’ komen ervoor terug in de AVG. Brondijk vraagt zich af hoe deze wijziging geïnterpreteerd moet worden. Zwenne antwoordt dat hij niet de indruk heeft dat de Uniewetgever af heeft willen wijken van de voorafgaande gegevensbeschermingsrichtlijn.³⁸⁷ Hij meent dat met deze begrippen in de kern hetzelfde wordt bedoeld.

Hoer wijst er wel op dat deze taken en het openbaar gezag als zodanig in wet- en regelgeving terug moeten kunnen worden gevonden. Zij geeft het voorbeeld van een inspecteur van de gemeente Amsterdam die langskwam op een school. De inspecteur wilde weten waar specifieke leerlingen woonden en bij welke ouder dat was. Uit navraag bleek dat deze uitvraag was gebaseerd op de Participatiewet en dus bedoeld was voor opsporing van bijstandsfraude. De inspecteur was op grond van de wet bevoegd om bij diverse instanties informatie op te vragen, maar de school stond niet in dat rijtje. Dus hoewel er sprake was van uitoefening van een publiekrechtelijke taak – en nu vast ook van een taak van algemeen belang – was er geen goede grondslag om de informatie bij de school op te kunnen vragen, nu de wet deze ruimte niet bood.

Zwenne en Lodder zien hier ook een ontwikkeling in de rechtspraak, bijvoorbeeld met de uitspraak van de rechtbank Den Haag over de gegevensuitwisseling tussen DUO en Translink Systems.³⁸⁸ In die laatste zaak werd informatie van de ov-chipkaart van studenten opgevraagd om het recht op uitwonende beurs te kunnen controleren. Volgens de rechtbank was er sprake van een inbreuk op het recht op privacy van artikel 8 EVRM en moest in dat geval sprake zijn van een met voldoende precisie in de wet omschreven grondslag. De algemene toezichtsbeoordelingen van de Algemene wet bestuursrecht³⁸⁹ werden door de rechtbank destijds onvoldoende bevonden.³⁹⁰

Toestemming van betrokkene (of diens wettelijk vertegenwoordiger in geval van personen jonger dan 16 jaar) kan volgens Zwenne in principe nooit een grondslag zijn voor kernactiviteiten binnen het onderwijs. Aangezien iedereen naar school moet en zich daar moet (laten) registreren kan er nooit sprake zijn van vrije wil om toestemming te geven of te weigeren. Toestemming kan echter

386. Indien relevant kan daar waar ‘school’ staat uiteraard ook ‘instelling’, ‘universiteit’ e.d. worden gelezen.

387. Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* L 281 van 23/11/1995, p. 0031-0050.

388. Rb. Den Haag 8 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5165.

389. Het ging hier om artikel 5:16 en 5:17 Awb.

390. De Centrale Raad van Beroep heeft overigens na de bespreking op het Jaarsymposium geoordeeld dat het opvragen van reisgegevens van studenten bij controles wel degelijk was toegestaan, omdat de inbreuk op de privacy – gelet op het doel van fraudebestrijding – beperkt was. Zie CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269.

bijvoorbeeld wel een rol spelen als een school beeldmateriaal van leerlingen op internet wil plaatsen. Hierbij verwijst Zwenne naar de eerder aangehaalde brief van de AP aan de onderwijskoepels.

En dan is er nog de grondslag ‘overeenkomst’. In het middelbaar beroepsonderwijs zijn er overeenkomsten die worden getekend door scholier of student, soms ook de ouder(s) of andere wettelijk vertegenwoordiger, en de school of instelling. Hoen herinnert de aanwezigen eraan dat minister Bussemaker in juli 2017 aan de Tweede Kamer heeft laten weten dat nut en noodzaak van de onderwijsovereenkomst in het middelbaar beroepsonderwijs onderzocht wordt. Het is volgens Hoen dan ook nog maar de vraag of het verstandig is een verwerking op deze grondslag te baseren.

Overigens ben je er nog niet als je de grondslag aan kunt wijzen. De verwerking moet volgens de AVG ook rechtmatig zijn in het licht van alle overige bepalingen. Toestemming kan een eventuele onrechtmatigheid niet opheffen, vertelt Hoen.

Onderwijswetgeving en privacy

Bij de grondslag van de ‘wettelijke plicht’ werd wat uitgebreider stilgestaan, in het bijzonder daar waar het gaat om grondslagen en taken in onderwijswetgeving. Twee van de drie behandelde stellingen hielden hier ook verband mee.

De eerste stelling is afgeleid uit het coreferaat van Pors:

Er moet een in de wet verankerde grondslag komen voor de gegevensverwerkingen die samenhangen met het onderwijsproces.

De aanwezigen tonen zich verdeeld. Aan de ene kant zijn de rechten van betrokkenen doorgaans beter gewaarborgd als in sectorwetten specifiek omschreven wordt welke gegevens voor welk doel of welke taak mogen worden verwerkt. Aan de andere kant zou een dergelijke uitgewerkte norm ook met zich brengen dat toekomstige verwerkingen erbuiten vallen, meent Laemers. De toepasselijke juridische grenzen worden scherper, maar dit zorgt er tegelijkertijd voor dat het onderwijsveld mogelijk niet goed geëquipeerd is voor toekomstige ontwikkelingen. Gesloten regimes kunnen in dat geval ook een obstructie vormen. De wetgeving moet volgens Vogelaar de nodige bewegingsvrijheid laten en afgestemd zijn op het onderwijsproces waarbinnen de verwerkingen plaatsvinden. Volgens Zwenne kan wetgeving met betrekking tot gegevensverwerking alleen toekomstbestendig worden gemaakt door gebruik te maken van open normen en vage begrippen. Hij vindt het geen goed idee om in de wet al te precies te omschrijven welke gegevens wel en niet mogen worden verwerkt. De definitie moet niet zo eng zijn dat elke verwerkingsactiviteit afzonderlijk wordt benoemd, vult Hoen aan. Zwenne concludeert dat dit leidt tot onvermijdelijke onzekerheden in de praktijk en dat jurisprudentiële ontwikkeling noodzakelijk is.

Of de huidige normen in de wetgeving toereikend zijn of niet, daarover biedt de verhandeling op het Jaarsymposium geen uitsluitel. Het hangt er ook maar van af hoe ruim of nauw de in wetgeving verankerde norm in de praktijk wordt uitgelegd. Volgens Pors doet het probleem rond grondslag zich vooral voor in situaties waar nog niets wettelijk geregeld is en de vraag dus is hoe en waaraan getoetst moet worden. Hij benadrukt dat als de wetgever wil dat in het onderwijs bepaalde taken worden uitgevoerd, deze taken ook voldoende wettelijk verankerd moeten worden.

Veringa, de directeur Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, vraagt zich voorafgaand aan de stemming dan ook hardop af of hij een opdracht meekrijgt van de leden. Is de verwerkingsgrondslag niet al impliciet in de (sector)wetgeving vervat, samen met de taken die de scholen en instellingen hebben? De leden twijfelen en een heldere reactie blijft uit. Lodder heeft wel een suggestie voor Veringa; wellicht kan de onderwijssector meer voorzien in zelfregulering door middel van gedragscodes en certificering, waarvoor binnen de AVG ruimte is.

De tweede stelling nodigt vooral uit ook verder te kijken dan enkel en alleen naar grondslagen in de onderwijswetgeving:

De onderwijswetgeving is nog lang niet klaar voor de AVG.

Pors wijst erop dat ook de waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen verschilt in de wetgeving, onder meer op het gebied van rechtsbescherming en gebruik van het Burgerservicenummer (BSN). Dit valt te verklaren vanuit het feit dat de doelgroep uiteenloopt van zeer jonge kinderen tot mondige volwassenen. Hem bekruipt het gevoel dat het de onderwijswetgever ontbreekt aan visie op deze wettelijke waarborgen. Zwenne herkent dit beeld in brede zin. Doordat vraagstukken fragmentarisch en individueel worden uitgedokterd, wordt het zoeken naar een oplossing onnodig ingewikkeld gemaakt, meent hij. Hierdoor ontstaat ook een groter risico dat aan het einde van de rit blijkt dat toch niet is voldaan aan alle eisen die de AVG stelt. Een suggestie vanuit de zaal is om dit mee te nemen bij algemene onderwijswet. Veringa reageert dat hier aan wordt gewerkt.³⁹¹

Eén recente voor het onderwijs relevante wetswijziging op het gebied van privacy is zowel in het preadvies als tijdens de presentatie door de preadviseurs aange-

391. Er is een wetsvoorstel voorgelegd aan de Raad van State voor advies, dat een eerste aanzet voor een nieuwe algemene onderwijswet vormde. De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap merkt in het nader rapport op dat hij in het advies van de Afdeling advisering aanleiding heeft gezien om af te zien van een algemene onderwijswet. Het wetsvoorstel heeft daarom alleen nog betrekking op het bundelen en moderniseren van de registerwetgeving voor onderwijsdeelnemers. De nieuwe titel van het wetsvoorstel is de Wet register onderwijsdeelnemers. Dit wetsvoorstel is op 6 februari 2018 ingediend bij de Tweede Kamer. Zie voor meer informatie: https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34878_wet_register.

haald: de Wet pseudonimisering leerlinggegevens.³⁹² Het Burgerservicenummer (BSN) van de leerling wordt omgezet naar een pseudoniem als omzettingscode, wat weer kan worden omgezet in KetenID's (in de praktijk onder meer bekend als ketenpseudoniem ECK iD). Het KetenID wordt vervolgens gebruikt voor gegevensuitwisseling in het onderwijs, bijvoorbeeld voor toegang tot digitale leermiddelen en het digitaal afnemen van toetsen en examens. De tussenstap, het pseudoniem, wordt wel bewaard maar niet prijsgegeven.³⁹³ Op deze manier is identificatie van de individuele leerling een stuk ingewikkelder voor derde partijen. Lodder en Zwenne zien deze wetwijziging niet als sluitende oplossing voor alle privacyproblemen die zich voordoen in het onderwijs, maar het zorgt er wel voor dat het systeem een stuk veiliger wordt. Ze beschouwen dit als een interessante ontwikkeling die vermoedelijk ook binnen andere domeinen en sectoren navolging zal gaan krijgen. Er wordt wel benadrukt dat het bij pseudonimisering nog steeds gaat om persoonsgegevens en de AVG en de Nederlandse uitvoeringswet van toepassing blijven op verwerkingen waarbij het pseudoniem of de KetenID worden gebruikt.³⁹⁴

De stemming naar aanleiding van de stelling levert geen eenduidige conclusie op: velen geven aan hier nader over na te moeten en willen denken. Voor hen is doorgaans onduidelijk in hoeverre de onderwijswetgeving toereikend moet worden geacht.

Het belang van een goede doelomschrijving

Een andere eis die de AVG stelt is dat gegevens ten behoeve van een bepaald doel worden verzameld en in beginsel ook alleen worden gebruikt voor het doel waarvoor ze zijn verkregen (doelbinding). Verdere verwerking is toegestaan zolang het doel van de verdere verwerking niet onverenigbaar moet worden geacht met het oorspronkelijke verzameldoel. Volgens Hoen is het daarom van belang dat scholen goed weten waarvoor ze de gegevens hebben verkregen en wat ze er dus wel en niet mee mogen doen. Verder geldt het principe van gegevensminimalisatie; er mogen niet meer gegevens verwerkt worden dan noodzakelijk is om het doel te bereiken.

Zwenne acht het – zeker vanuit ethisch oogpunt – wel problematisch dat het aan de verwerker is om te bepalen voor welk doel de gegevens worden verwerkt. Zwenne en Hoen zijn het met elkaar eens dat ook de AP niet precies voor zal gaan schrijven welke gegevens noodzakelijk zijn; alles hangt in principe af van

392. Wet van 29 november 2017 tot wijziging van diverse onderwijswetten in verband met het pseudonimiseren van het persoonsgebonden nummer van een onderwijsdeelnemer ten behoeve van het bieden van voorzieningen in het kader van het onderwijs en de begeleiding van onderwijsdeelnemers, *Stb.* 2017, 508.

393. Meer informatie over hoe dit werkt via <https://www.kennisnet.nl/publicaties/de-leermiddelenken-tin-het-onderwijs/>. De stichting Kennisnet ontvangt subsidie van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

394. Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (*PbEU* 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming), *Stb.* 2018, 144.

hoe de verwerkingsverantwoordelijke het doel voor de gegevensverzameling heeft geformuleerd. Het verzameldoel moet binnen het 'bedrijfsmodel' gerechtvaardigd, welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn; het vormt het uitgangspunt voor de juridische toetsing. De toetsing van de gegevensverwerking aan dat doel vindt binnen het bedrijfsmodel plaats. Zolang gegevensverwerking noodzakelijk moet worden geacht om het eigen omschreven doel te bereiken is er ook geen sprake van minimalisatie. Een soort slager die eigen vlees keurt. Zwenne meent daarom dat vanuit ethisch perspectief ook naar bedrijfsmodellen gekeken zou moeten worden, iets waar de AVG als zodanig niet op ziet.

Het doel van de gegevensverwerking komt ook aan bod bij de discussie, aan de hand van een specifieke casus. Coenraad vertelt over een instelling met een onderwijsvisie waarin diversiteit een grote rol speelt. Het is de bedoeling dat de studenten zoveel mogelijk kennis nemen van elkaars achtergrond. Op deze diversiteit wordt actief gestuurd bij het samenstellen van werkgroepen in de propedeusefase en de hoofdfase. Dit betekent echter wel dat gegevens met betrekking tot etniciteit ('rasgegevens') moeten worden geregistreerd. Is daar een legitiem doel voor, gezien vanuit de onderwijsvisie? Hoen beschouwt het diversiteitsdoel van de onderwijsvisie als een 'onderwijsdoeleinde'. Als de wet hiervoor ruimte laat, ziet zij geen problemen. Dit ontslaat de onderwijsinstelling er echter sowieso niet van erbij stil te staan wat ze zelf eigenlijk van een dergelijke verwerking vinden. Vinden ze dat dit wel moet kunnen, zijn de risico's wel voldoende onderkend? De AVG – en daarmee de AP – vraagt deze afweging inzichtelijk te maken.

De Functionaris gegevensbescherming

De AVG hecht ook aan formaliteiten. Een formele eis waar in het preadvies minder aandacht aan wordt besteed dan op het Jaarsymposium, is het verplicht aanstellen van een Functionaris gegevensbescherming (FG). Benadrukt wordt dat alle scholen inderdaad een FG moeten hebben, maar dat deze ook per stichting aangesteld mag worden. Volgens Zwenne en Lodder is dit vermoedelijk zelfs beter, omdat deze persoon dan in principe al zijn of haar tijd aan deze taken kan besteden in plaats van 'het erbij te doen'.

Zwenne merkt hierbij op dat het benoemen van een FG in de praktijk in eerste instantie een uitdaging is omdat er nog maar weinig voldoende onderlegde mensen zijn terwijl overal FG's moeten worden aangesteld. Hij beschouwt dit als een groeistuipe van een nieuw rechtsgebied, als iets wat uiteindelijk vanzelf wel opgelost zal worden.

Eisen van transparantie en verantwoording; waar recht en ethiek samenkomen?

In menig opzicht wijkt de AVG helemaal niet zoveel af van het tot dan toe bestaande juridische kader, de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de Europese richtlijn, menen Lodder en Zwenne. Veel regels die de AVG kent zijn daarin ook al terug te vinden en in de kern is er weinig essentieels veranderd. Het grootste verschil zit volgens hen in de 'accountability': in hoeverre een organisatie aan moet tonen dat voldaan wordt aan de regels. Deze verantwoordingsplicht geldt ook voor scholen.

Hoer beschouwt de eisen van transparantie, het op verzoek en (pro)actief afleggen van verantwoording en het verschaffen van uitleg als een uiting van ethiek in de AVG. Scholen moeten risico's inschatten en belangen goed afwegen, zeker aangezien zij daar beter toe in staat moeten worden geacht dan ouders of leerlingen. Scholen zullen dan ook moeten aantonen dat zij de juiste keuzes maken en de diverse beginselen van de AVG effectief toepassen in de praktijk. Keuzes en beslissingen moeten dus uitlegbaar zijn als er om wordt gevraagd door de burger of de toezichthouder. Zwenne stelt dat daarmee de onschulds-presumptie in het privacyrecht als het ware is komen te vervallen; de onschuld dient voortaan te worden aangetoond. Hoer benadrukt dat het juridische kader van de AVG in ieder geval voldoende aanleiding biedt om scholen te bevragen over de normatieve en ethische afwegingen die zijn en worden gemaakt.

Die mogelijke bevraging, zeker door de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), heeft ertoe geleid dat de schrik er goed inzit bij scholen en anderen die bij het onderwijsproces betrokken zijn. Zwenne en Lodder signaleren dat de komst van de AVG – en de boetebevoegdheden van de AP – nogal wat paniecreacties teweeg heeft gebracht. Zelf voorzien zij weinig problemen als de formele eisen in acht worden genomen en verder zoveel mogelijk ethisch verantwoorde keuzes worden gemaakt.

Maar hoe doe je dat dan, ethisch verantwoord handelen? Vogelaar wijst er op dat het nog maar de vraag is wat we in de praktijk precies kunnen met vage begrippen als transparantie en integriteit. De interpretaties van dergelijke begrippen kunnen toch vrij snel veranderen. Kunnen de preadviseurs wellicht wat meer houvast bieden, meer duidelijk ethische waarden? Zwenne antwoordt dat hij in dit soort situaties uitgaat van het individu; aangezien wij allen er zelf één zijn kunnen wij ons doorgaans ook prima in hem of haar verplaatsen. We kunnen ons indenken wat iemands reactie zal zijn. Kunnen we hem uitleggen wat we van plan zijn of al doen? Hij meent dat als iets niet kan worden uitgelegd, je het misschien ook helemaal niet moet willen. Lodder vult aan dat hierbij uit wordt gegaan van de menselijke waardigheid. Hij gaat uit van het principe van 'the reasonable expectation of privacy'. Dit Amerikaanse aspect ziet hij ook terug in de AVG: welke privacyverwachting hebben mensen in een bepaalde context en welke niet? In die zin ziet hij privacy en ethiek inderdaad samenvallen in een eis van uitlegbaarheid die de AVG stelt.

De AVG als rem op een (te) snelle racewagen

Het recht – maar zeker ook de ethiek – kan dus als rem dienen bij de beoordeling van gegevensverwerkingen. Moet de AVG dan niet eigenlijk als een belemmering voor innovatie met *big data analytics* worden beschouwd?

De derde stelling van het Jaarsymposium, afgeleid uit het preadvies, sluit hierop aan:

De Privacywet hindert de ontwikkeling van innovatieve onderwijs toepassingen (gebaseerd op bijv. *big data predictive analytics*) op eenzelfde wijze als verkeersregels de automobilist beperken gebruik te maken van de snelweg.

Uit de stemming over deze stelling valt geen eenduidig beeld te ontwaren, de reacties zijn gemengd.

Zwenne en Lodder menen dat het remmen van innovatie relatief moet worden gezien. Tijdens de presentatie halen zij het voorbeeld aan van Formule 1-coureur Max Verstappen. Een belangrijke reden waarom hij zo hard kan rijden met zijn bolide is omdat hij heel goede remmen heeft waar hij op kan vertrouwen. Zo moeten de regels van de AVG ook worden beschouwd; ze bieden de mogelijkheid om iedereen tijdig bij het proces te betrekken, alle belangen goed af te wegen en deze belangenafweging terug te laten komen in het ontwerp van technologie. Op die manier kunnen brokken achteraf voorkomen worden.

Het imago van juristen als ‘remmers’ van innovatie is hardnekkig, vertelt Zwenne. Hij hoort dergelijke geluiden wel eens bij educatieve uitgeverij en innovatieve toepassingsontwikkelaars terug. In dat geval geeft hij ze terug dat regels niet voor niets zijn bedacht. De AVG is wellicht wat hinderlijk, maar moet worden beschouwd als een kader om ervoor te zorgen dat verwerkingen op aanvaardbare en zorgvuldige wijze plaatsvinden. Lodder sluit zich hierbij aan: organisaties moeten op een volwassen manier met hun informatiehuishouding omgaan. Op het moment dat dat altijd gebeurt, dan zijn regels niet meer nodig om de privacy te waarborgen. Maar tot die tijd is het wel degelijk nodig om al die waarborgen met wet- en regelgeving voor te schrijven.

De referentie aan verkeersregels blijkt een gelukkige en roept allerlei beelden op bij de aanwezigen. Regels kunnen volgens Lodder inderdaad in de weg staan aan het rijden van 180 kilometer per uur, maar het is wel zo veilig. Hoen licht toe dat men op de Duitse autobahn zo hard mag rijden als men zelf wil, maar dat bij een ongeluk schuld wordt verondersteld en je je dus goed zult moeten verantwoorden. Pors vertelt over Vietnam waar vreselijk veel verkeer op de weg is, maar men heel langzaam rijdt. Hij heeft begrepen dat er wel regels zijn, maar de ene helft kent ze niet en de andere helft houdt zich er (doelbewust) niet aan. Omdat ze niet kunnen voorspellen wat de ander zal gaan doen, kunnen ze niet op elkaar vertrouwen en rijden bestuurders dus extra langzaam om ongelukken te voorkomen. Regels zorgen daarmee niet altijd voor vertraging; ze zorgen er ook voor dat iedereen weet waar hij of zij aan toe is. Het creëren van vertrouwen tussen de partijen die betrokken zijn bij de gegevensverwerking, dat is waar privacyregels juist goed voor zijn.

Uit de praktijk: het uitdijende leerlingdossier

In de praktijk moet er door ouders, leerlingen, scholieren en anderen ook veelal op vertrouwd worden dat het verzamelen, opslaan en anderszins verwerken van hun persoonsgegevens op de juiste manier gebeurt. Een praktisch voorbeeld waar op het Jaarsymposium relatief veel aandacht voor wordt gevraagd betreft die van gegevensverwerking in het leerlingdossier op school. Een kwestie die ook goed aansluit bij het toekomstscenario dat in het preadvies werd geschetst voor de bovenbouw van de basisschool in het jaar 2028. Welke informatie van en over de leerling mag nu wel en niet in het leerlingdossier worden opgenomen?

Uit de reacties vanuit het panel blijkt dat deze kwestie vanuit het recht bezien wellicht nog niet eens zo spannend is. Lodder benadrukt dat het hier gaat om de vraag in hoeverre het noodzakelijk is deze informatie aan de school te verstrekken om het kind goed te kunnen (laten) helpen. In het preadvies schreven Lodder en Zwenne al dat het leerlingdossier niet moet uitdijen tot een veelomvattend en allesbeheersend document met daarin allerhande niet direct voor het onderwijs relevante zaken. Scholen moeten volgens Hoen actiever na gaan denken over of ze de informatie écht nodig hebben. Alleen die informatie mogen ze ontvangen. Nu komt het nog te vaak voor dat scholen alles opvragen, ‘want je weet maar nooit’. Dit neigt volgens Zwenne naar een soort *big data analytics*: scholen lijken te zoeken naar verbanden en patronen die op voorhand bij de verzameling van de data nog niet bekend zijn. Hij toont zich kritisch.

Volgens Slump wordt vaak door scholen gevraagd om de volledige medische informatie te overleggen voor begeleiding, bijvoorbeeld in het kader van passend onderwijs. Deze informatie wordt veelal opgenomen in het dossier van de leerling op school, maar ze stelt dat vaak niet duidelijk is wat er precies wel en niet mee gebeurt, wie toegang heeft tot de gegevens en of er ooit nog iets uit wordt gehaald. Lodder stelt dat scholen in het algemeen terughoudend zouden moeten zijn in het vragen van medische informatie, zeker gezien het feit dat de medische expertise meestal niet op school aanwezig is. Volgens Zwenne moet de school vooral kunnen uitleggen waarom deze informatie noodzakelijk is. Hoen zegt dat veel scholen genoeg nemen met de conclusies en aanbevelingen van een rapport; meer hebben ze doorgaans ook niet nodig.

Hoen stipt ook de problematiek van de regelgeving over de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, zoals medische gegevens, in het onderwijs aan. Dit is in beginsel verboden.³⁹⁵ Hoewel er een uitzondering is gecreëerd voor de verwerking van gezondheidsgegevens in het onderwijs in de Nederlandse uitvoeringswet bij de AVG, is dit gelimiteerd tot voor zover de verwerking met het oog op de speciale begeleiding van leerlingen of het treffen van bijzondere voorzieningen in verband met hun gezondheidstoestand noodzakelijk is.³⁹⁶ Hierbij moet gedacht worden aan acties in het kader van passend onderwijs; de rest is wettelijk (nog) niet geregeld. Hoen zet vraagtekens bij andere gegevens die mogelijk worden verwerkt in leerlingdossiers, zoals land van herkomst (‘ras’) of geloof. Zij meent dat de wetgever dergelijke nieuwe verwerkingen eerst mogelijk moet maken door ze een wettelijke basis te geven.

Ook het elektronische leerlingvolgsysteem Magister, marktleider in de sector voorgezet onderwijs, wordt in deze context genoemd. Ouders kunnen de prestaties van hun kinderen via toegang tot dit systeem volgen en krijgen zo melding van informatie als cijfers en afwezigheid te zien. Als een scholier 16 jaar of ouder is zou de school expliciete toestemming van de scholier moeten krijgen alvorens de gegevens met de ouders worden gedeeld. Magister laat het aan de scholen om te regelen wat precies wel en niet gedeeld wordt met de

395. Artikel 9 AVG. Zie in dit verband ook artikel 22 t/m 30 Uitvoeringswet AVG.

396. Artikel 30, lid 2, aanhef en onder a, Uitvoeringswet AVG.

ouders. Slump meldt dat hierover in de praktijk door scholen niet altijd goed wordt nagedacht of bij stil wordt gestaan.

Ingewikkelder wordt het wanneer de discussie zich verplaatst naar een beschouwing vanuit een meer ethisch perspectief. Informatie in het dossier en het systeem kan lang worden megedragen door een kind. Slump benadrukt dat privacy voor een kind juist ook het recht inhoudt te veranderen, om je in diverse omgevingen en contexten anders te presenteren. De onmogelijke puber thuis kan een braaf en gehoorzaam kind op school zijn en vice versa. De overgang van de ene naar de andere school kan door het overdragen van het leerlingdossier worden gekleurd, terwijl het kind vaak juist behoefte heeft aan een frisse nieuwe start. Lodder bevestigt dat context binnen privacy inderdaad heel belangrijk is en dat het vastleggen van gegevens één ding is, maar het toegankelijk maken voor derden ervan nog iets heel anders is. In sommige gevallen is het juist wel in het belang van het kind om informatie te delen. Slump meldt dat er een verschil bestaat tussen het leerlingdossier en het onderwijskundig rapport. Het onderwijskundig rapport zou bij de overgang alleen informatie mogen bevatten die niet contextgevoelig is, terwijl het dossier binnen de school toegankelijk is en meer kan bevatten. Zij denkt dat het gevaarlijk kan zijn voor de ontwikkeling van kinderen als te gemakkelijk informatie met dezen en genen wordt gedeeld.

Jansen wijst erop dat in het onderwijs steeds meer wens is te komen tot individuele programma's en onderwijsaanbod. Volgens Pors is in het traditionele onderwijs een vast onderwijsprogramma, maar naarmate er meer maatwerk wordt geleverd er ook een spanningsveld ontstaat met bepalen wat het eindniveau is en of het bereikt is. Het resultaat hiervan is dat de Inspectie van het Onderwijs niet meer het algemene programma toetst, maar op het individuele leerling- en studentniveau zal moeten beoordelen. Omdat de school volgens de wet de plicht heeft te zorgen voor de ononderbroken ontwikkeling van een kind, eist de Inspectie van het Onderwijs in de praktijk goede registratie van diverse leerlinggegevens om te kunnen controleren. Hoewel deze behoefte aan uitgebreide administratieve neerslag niet onlogisch is, denkt Jansen dat het soms beter zou zijn als de leerkracht niet al te veel van een kind verneemt uit een papieren of digitaal dossier. Jansen meent dat het belangrijk is om kinderen onbevooroordeeld tegemoet te treden. Als ze op een bepaalde manier worden benaderd, gaan ze zich daar mogelijk ook naar gedragen en kan hun gedrag weer worden opgevat als bevestiging van het vooroordeel. Heeft het kind dan niet het recht om een ander mens te worden? Hoen bevestigt dat dit soort dilemma's op tafel komen bij discussies rond privacy en dat de komst van de AVG hier weinig aan kan en zal veranderen. Het is volgens haar een verplichting van de overheid, op basis van een interpretatie van de wetgeving. Hoe meer maatwerk er wordt geleverd, hoe meer spanning er uiteindelijk met het recht op privacy zal ontstaan, meldt Lodder.

Uit de praktijk: samenwerking met derde partijen

Een tweede praktische kwestie die veelvuldig aan bod kwam betreft de mogelijkheden van scholen om informatie te delen met derde partijen, ook al kort gemeld bij de kwestie van het leerlingdossier. Mulder stelt dat het identificeren van

grondslagen voor gegevensonderwijs in het reguliere onderwijs geen heet hangijzer is, maar dat dit wel het geval is als scholen willen samenwerken met andere partijen. Hij signaleert steeds meer aansluitingsvraagstukken in de praktijk.

Juist in het huidige onderwijsproces, waarin samenwerking met anderen wordt gestimuleerd, is volgens Mulder meer regulering vereist dan momenteel in de wetgeving is verankerd. Pors stelt dat op dit punt bijzonder weinig is geregeld in de onderwijswetgeving. Er ontstaat volgens hem vooral een probleem wanneer de leerling wel een (directe) relatie heeft met de ene partij, maar niet met de andere. Hij denkt niet dat gegevens dan zomaar mogen worden uitgewisseld en dat het riskant kan zijn dit te doen zonder een goede wettelijke grondslag. Mulder meent ook dat er een betere wettelijke grondslag vereist is als samenwerking in het onderwijs in een dergelijke situatie gewenst is.

Niessen haalt aan dat de school een toelaatbaarheidsverklaring nodig heeft als men denkt dat de leerling naar het speciaal onderwijs moet. Welke gegevens mogen dan mee met de aanvraag naar het samenwerkingsverband en welke niet? Slump bevestigt dat gegevensverwerking wel is geregeld voor scholen afzonderlijk en onderling (bij overgang van de oude naar de nieuwe school), maar niet voor de samenwerking in een samenwerkingsverband. In die situatie worden gegevens ook uitgewisseld met leerplichtambtenaren en Jeugdzorg. Wil je dit verankeren en gaan regelen, dan moet worden uitgekeken voor frictie met andere wet- en regelgeving, zoals in dit geval de Jeugdwet, waar schuwt zij.

Vogelaar gaat in op het punt van het delen van leerlinggegevens uit het leerlingdossier met Jeugdzorg in het kader van passend onderwijs. De grondslag 'taak van algemeen belang' van het onderwijs kan volgens hem als een soort Zwitsers zakmes worden gebruikt. In dat geval is toestemming ook niet nodig. Vooral bij een dergelijk integraal onderwijs-zorg-arrangement lijkt het erop dat de betrokken instanties zo gegevens met elkaar kunnen uitwisselen. Hij heeft daar grondige bedenkingen bij.

Vermeulen meldt dat doelbinding in het kader van passend onderwijs niet echt een beperking vormt, omdat de school daar zelf invulling aan kan geven in verband met gerechtvaardigd belang. Op het moment dat de instelling de vrijheid heeft het belang zo te interpreteren dat uitwisseling met Jeugdzorg daar ook onder valt, dan wordt het doelbindingsvereiste echter uitgehold. Zien de preadviseurs grenzen aan de interpretatievrijheid ten aanzien van doelbinding? Zwenne denkt niet dat het de onderwijsinstelling vrijstaat zich het belang van Jeugdzorg aan te trekken; dat is onvoldoende gerechtvaardigd. Het doelbindingsvereiste is daarom wel van belang als sprake is van een publiekrechtelijke taak, omdat de instelling de taak moet uitoefenen die in de wet staat omschreven. Volgens hem moet de samenwerking sowieso worden beoordeeld met een proportionaliteitstoets; er mag hoe dan ook niet méér uitgewisseld worden dan noodzakelijk is, ongeacht de grondslag of het doel.

Uit de zaal komt nog een vraag over gegevensverstrekking door een samenwerkingsverband aan een extern adviesbureau. Het samenwerkingsverband wil thuiszitten voorkomen en huurt het bureau in voor onderzoek, waarvoor de verstrekking van (gevoelige) persoonsgegevens vereist is. Het samenwerkingsverband heeft belang bij het onderzoek en advies van het bureau. De vraag is of dat zomaar mag. Hoen reageert met de vraag wie de verwerkingsverantwoordelijke is en constateert dat dat in dit geval het samenwerkingsverband is. Het samenwerkingsverband heeft een grondslag voor de verwerking voor een bepaald doel, verankerd in wetgeving. Het bureau beschouwt zij als dienstverlener aan het samenwerkingsverband; het neemt de kern van de verwerking niet over, de gegevens moeten als bijkomstigheid worden gedeeld om tot een goed advies te kunnen komen.

Lodder vraagt zich af of pseudonimisering hier niet meer voor de hand ligt. In dat geval kunnen gegevens wel worden doorgegeven, maar zonder directe herleidbaarheid. Zwenne poneert de vraag of het bureau niet toch als verwerker moet worden beschouwd. Het gaat om een derde partij die wordt ingehuurd en deze activiteiten onderneemt namens het samenwerkingsverband. Op zich zou dit voldoende kunnen zijn, op voorwaarde dat er sprake is van een goede verwerkersovereenkomst, de geheimhouding is geregeld, etc. Er wordt in dat geval gebruik gemaakt van de bevoegdheden en de taak die het samenwerkingsverband heeft.

Door de primaire vraagsteller wordt aangevuld dat het bureau mogelijk ook huisbezoeken voor het samenwerkingsverband gaat afleggen, nadat de analyse van de gegevens is afgerond. Lodder kijkt hier wat moeilijk bij. Hij noemt het 'lastig' als de primaire taken van scholen worden uitbesteed. Dat gegevens worden geanalyseerd door een derde kan hij begrijpen, maar het vervolgtraject ligt volgens hem minder voor de hand. Je stuurt toch een onbekende bij een leerling thuis langs. De juridische toelaatbaarheid is één ding, maar hij vraagt zich hardop af of je dit als school überhaupt wel moet willen.

Afronding

Bootsma sluit de discussie af met een prangende vraag voor de panelleden: als u in deze context nog één ding mee zou willen geven aan het onderwijsveld, wat zou dat zijn?

Zwenne benadrukt dat de AVG en *big data analytics* iets is waar de onderwijssectoren mee te maken gaan krijgen. Ze moeten daarom ofwel samenwerken met een jurist of de kennis van het rechtsgebied eigen maken. Lodder geeft mee dat alle regels rond de verwerking van persoonsgegevens en informatie niet teveel moeten worden beschouwd als een hindernis. De samenleving drijft op informatie dus is het geen wonder daar hier regels voor zijn, zeker vanuit het perspectief van bescherming van betrokkenen. Hoen adviseert te luisteren naar het onderbuikgevoel. Het kan verstandig zijn met goed boerenverstand eens de organisatie en alle verwerkingen door te lichten. Als de algemene beginselen van de AVG worden toegepast zijn de scholen en samenwerkingsverbanden volgens haar al een heel eind. Pors nodigt de scholen uit vanaf het begin aan te sluiten bij de ontwikkelingen en niet te wachten tot de AVG over ze heen komt. Er moet goed worden nagedacht over welke verwerkingen wel of niet door kunnen gaan.

Scholen moeten actief aan de slag in plaats van afwachten of ze wel handelen in overeenstemming met de AVG en andere relevante wet- en regelgeving.

De behandeling van het preadvies en de coreferaten en de discussie hebben veel vragen opgeroepen en enkele beantwoord. Rond de ontwikkeling van *big data analytics* en het gegevensbeschermingsrecht is veel onzeker en onduidelijk. Eén ding is echter wel zeker: het NVOR-Jaarsymposium van 2017 heeft voldoende stof tot nadenken verschaft. De levendige discussie is ongetwijfeld na de afsluiting voortgezet bij de borrel.