

## Bijzondere examencommissies

Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann

### Afdeling bestuursrechtspraak 18 mei 2005, zaaknummer 200406184/1

#### Casus

De Examencommissie Accountancy van de Haagse Hogeschool verklaart op 21 februari 2003 een aantal tentamens van een student ongeldig. Op 10 februari 2004 verklaart het College van Beroep voor de examens van de Stichting Hoger Beroeps- onderwijs Haaglanden en Rijnstreek het door de student ingestelde beroep ongegrond. De student adieert de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag. Deze verklaart het beroep tegen het besluit van het College van Beroep op 28 juni 2004 ongegrond. De student stelt hoger beroep in bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De uitspraak luidt dat het hoger beroep gegrond is. Daaraan heeft de student echter (voorlopig) niets. Immers, de uitspraak vernietigt weliswaar de uitspraak van de voorzieningenrechter, maar verklaart de rechtbank onbevoegd.

#### Overwegingen van de Afdeling

2.2. Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de 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.

Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Awb wordt onder besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

2.2.1. Ingevolge artikel 7.10, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (hierna: de WHW) omvat elk tentamen een onderzoek naar de kennis, het inzicht en de vaardigheden van de examinandus, alsmede de beoordeling van de uitkomsten van dat onderzoek. Ingevolge het tweede lid van dit artikel is, indien de tentamens van de tot een opleiding of propedeutische fase van een bacheloropleiding behorende onderwijsseenheden met goed gevolg zijn afgelegd, het examen afgelegd, voorzover de examencommissie niet heeft bepaald dat het examen tevens omvat een door haar zelf te verrichten onderzoek als bedoeld in het eerste lid.

Ingevolge artikel 7.11, eerste lid, van de WHW, zoals deze bepaling luidde ten tijde hier van belang en voorzover hier van belang, wordt, ten bewijze dat een tentamen met goed

gevolg is afgelegd, door de desbetreffende examinator of examinatoren een daarop betrekking hebbend bewijsstuk uitgereikt. Ten bewijze dat het examen met goed gevolg is afgelegd, wordt door de examencommissie een getuigschrift uitgereikt.

Ingevolge artikel 7.12, eerste lid, eerste volzin, van de WHW stelt het instellingsbestuur ten behoeve van het afnemen van examens en ten behoeve van de organisatie en de coördinatie van de tentamens voor elke door de instelling aangeboden opleiding of voor groepen van opleidingen een examencommissie in.

Ingevolge artikel 7.12, vierde lid, van de WHW stelt de examencommissie regels vast met betrekking tot de goede gang van zaken tijdens de tentamens en met betrekking tot de in dat verband te nemen maatregelen. Die maatregelen kunnen inhouden dat in het geval van fraude door een student door de examencommissie, gedurende een door de examencommissie te bepalen termijn van ten hoogste één jaar, aan die student het recht wordt ontnomen een of meer daarbij aan te wijzen tentamens of examens aan de instelling af te leggen. De examencommissie kan aan de examinatoren richtlijnen en aanwijzingen geven met betrekking tot de beoordeling van degene die het tentamen aflegt en met betrekking tot de vaststelling van de uitslag van het tentamen.

Ingevolge artikel 7.13, eerste lid, van de WHW stelt het instellingsbestuur voor elke door de instelling aangeboden opleiding of groep van opleidingen een onderwijs- en examenregeling vast.

Ingevolge artikel 7.61, eerste lid, aanhef en onder f, van de WHW kan een betrokkene tegen beslissingen van examencommissies en examinatoren beroep instellen bij het college van beroep voor de examens.

2.2.2. De regels die door de algemeen directeur en de examencommissie met inachtneming van de hiervoor vermelde artikelen 7.10, 7.12, vierde lid, en 7.13 van de WHW zijn vastgesteld, zijn neergelegd in de artikelen 27 t/m 29 van hoofdstuk V ('Onderwijs') van deel 1 van het in deze zaak van toepassing zijnde Studentenstatuut 2002-2003 van de Haagse Hogeschool (hierna: het Studentenstatuut) en nader uitgewerkt in hoofdstuk 5: 'Onderwijs- en examenregeling' en hoofdstuk 6: 'Tentamen- en toetsreglement' van deel 2 van het Studentenstatuut.

In artikel 6.2.8, onder 2, van het Tentamen- en toetsreglement staat dat, indien een examinandus in enig opzicht in strijd met de voorschriften handelt en deze onregelmatigheid voor of tijdens het tentamen wordt ontdekt, hem door of vanwege de examencommissie de

verdere deelname kan worden ontzegd. Onder 3 staat dat, indien de ontdekking van het gedrag of de onregelmatigheid eerst na afloop van het examen plaatsvindt, door of vanwege de examencommissie kan worden beslist, dat geen getuigschrift en/of beoordelingslijst wordt uitgereikt. In deze bepaling is verder onder 7 vermeld dat de desbetreffende examinandus het recht heeft tegen een van de bovengenoemde beslissingen van de examencommissie binnen een termijn van dertig dagen in beroep te komen bij het college van beroep, conform het daartoe bepaalde in het desbetreffende artikel van het Studentenstatuut.

2.3. De Afdeling ziet zich ambtshalve voor de vraag gesteld of de ongeldigverklaring van de tentamens een besluit behelst als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb en derhalve of de voorzieningenrechter zich terecht bevoegd heeft geacht van het beroep kennis te nemen.

2.4. Niet in geschil is dat de Haagse Hogeschool een zogenoemde bijzondere instelling voor hoger onderwijs is en uitgaat van een rechtspersoon die krachtens privaatrecht is ingesteld. De Haagse Hogeschool noch de organen van bedoelde rechtspersoon kunnen dan ook als bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb worden aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat in dat verband de wettelijke bepalingen van de WHW moeten worden gezien als bekostigingsvoorwaarden voor de bijzondere hogeschool. Derhalve wordt de rechtsverhouding tussen appellant en de bijzondere instelling beheerst door het privaatrecht. Dit is slechts anders indien er sprake is van omstandigheden als bedoeld in de uitspraak van de Afdeling van 17 juli 2000 in zaak no. 199901807/1 (AB 2000, 446 en JB 2000/ 247).

2.5. De voorzieningenrechter heeft in zijn uitspraak verwezen naar die uitspraak van de Afdeling, waarin is overwogen dat de examencommissie van een bijzondere instelling voor hoger onderwijs met openbaar gezag is bekleed, voorzover het betreft het al dan niet toekennen van een getuigschrift ten bewijze dat het examen met goed gevolg is afgelegd. De WHW verbindt aan het bezit van een getuigschrift immers bepaalde voorrechten. In zoverre dient de examencommissie dan ook als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb te worden aangemerkt. Gelet hierop dient ook het college van beroep – voorzover dit heeft te oordelen over de rechtmatigheid van een dergelijk besluit van de examencommissie – als bestuursorgaan in genoemde zin te worden aangemerkt.

In het licht van deze uitspraak heeft de voorzieningenrechter overwogen dat, nu de in januari 2003 door appellant gemaakte tentamens de laatste waren die hij diende te halen om het laatste onderdeel van het examen te voltooien, het ongeldig verklaren ervan tot gevolg heeft dat aan hem niet het getuigschrift wordt toegekend ten bewijze dat hij het examen voor de opleiding Accountancy met goed gevolg heeft afgelegd, waardoor sprake is van een besluit dat de examencommissie heeft genomen in het kader van de uitoefening van openbaar gezag. Dat geldt ook voor de beslissing van het college van beroep hierover. Gelet hierop heeft de voorzieningenrechter zich bevoegd geacht van het beroep kennis te nemen.

2.6. Op grond van artikel 7.11 gelezen in samenhang met artikel 7.10 van de WHW oordeelt de examinerator over een tentamen en geeft een bewijsstuk af ten bewijze dat een tentamen met goed gevolg is afgelegd. Indien alle tentamens met goed gevolg zijn afgelegd, is het examen afgelegd. Ten bewijze dat het examen met goed gevolg is afgelegd, wordt door de examencommissie een getuigschrift uitgereikt. In het Studentenstatuut is dit geregeld in artikel 27 van deel 1.

Met artikel 28, zoals nader uitgewerkt in artikel 6.2.8 van deel 2 van het Studentenstatuut, is uitvoering gegeven aan het bepaalde in artikel 7.12, vierde lid, van de WHW. Zoals eerder is geoordeeld, wordt de rechtsverhouding tussen appellant en de bijzondere hogeschool beheerst door een privaatrechtelijke overeenkomst en maakt het Studentenstatuut daarvan deel uit. Dit leidt de Afdeling tot het oordeel dat de bestreden beslissing van de examencommissie tot het op grond van fraude ongeldig verklaren van de landelijke tentamens die in januari 2003 zijn afgelegd na nader onderzoek naar aanleiding van opmerkingen van de examinatoren, evenzeer door het privaatrecht wordt beheerst. Dat deze op het Studentenstatuut gebaseerde beslissing ertoe kan leiden dat geen of althans nog geen getuigschrift kan worden uitgereikt, brengt niet met zich dat het daarbij zou gaan om een besluit van de examencommissie tot het weigeren van het toekennen van een getuigschrift.

Het vorenstaande leidt de Afdeling tot het oordeel dat de examencommissie bij de beslissing de tentamens ongeldig te verklaren, noch het college van beroep bij de beoordeling van de rechtmatigheid van die beslissing, openbaar gezag als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb uitoefenen en dat zij in dit opzicht derhalve niet als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. Nu de beslissing de tentamens ongeldig te verklaren geen beslissing van een bestuursorgaan is, is het geen besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb en kan daartegen niet op grond van artikel 8:1, eerste lid, van de Awb beroep worden ingesteld. De rechtbank – en daarmee de voorzieningenrechter – was derhalve niet bevoegd van het beroep kennis te nemen en tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak over te gaan.

2.7. Gelet op het vorenoverwogene kan de uitspraak van de voorzieningenrechter, voorzover aangevallen, niet in stand blijven en is het hoger beroep derhalve gegrond. De Afdeling zal, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, alsnog bepalen dat de rechtbank niet bevoegd is van het beroep kennis te nemen.

## NOOT

Deze uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak is een goede gelegenheid voor een beknopte uiteenzetting over de juridische positie van het bijzonder (hoger) onderwijs en enige daaruit voortvloeiende gevolgen. Mijn ervaring is dat vele studenten en zelfs bestuurders van onderwijsinstellingen daarvan slechts een vage (al dan niet juiste) notie hebben.

Het grondwettelijke en wettelijke regime luidt in hoofdlijnen als volgt. Nederland kent twee typen onderwijs: het openbaar onderwijs en het bijzonder onderwijs. Openbaar onderwijs gaat uit van de overheid en het wordt (dus) door de wetgever geregeld. Het kan in een publiekrechtelijke, maar ook in een privaatrechtelijke rechtsvorm, zoals een stichting, zijn ondergebracht, maar deze stichting moet dan een 'overheidsstichting' zijn. Het openbaar onderwijs is levensbeschouwelijk neutraal en voor een ieder toegankelijk. Het bijzonder onderwijs berust op de grondwettelijke gegarandeerde vrijheid voor een ieder om onderwijs te geven (art. 23, tweede lid, Gw). Afgezien van bijzonder onderwijs, verzorgd door natuurlijke personen, wordt het meestal verzorgd door verenigingen of stichtingen naar privaatrecht. Het bijzonder onderwijs is levensbeschouwelijk niet neutraal en het hoeft niet voor een ieder toegankelijk te zijn. In beginsel heeft de overheid niets met het bijzonder onderwijs van doen.

Artikel 23 Grondwet verleent de overheid toch bevoegdheden inzake het bijzonder onderwijs. Deze bevoegdheden zijn:

- a) het houden van toezicht, bij wet te regelen (art. 23, tweede lid);
- b) het doen van onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van hen die onderwijs geven, maar dat alleen voor bij de wet aangewezen vormen van onderwijs, ook hier verder bij wet te regelen (art. 23, tweede lid);
- c) het regelen van eisen van deugdelijkheid inzake geheel of deels door de overheid bekostigd onderwijs, met inachtneming van de vrijheid van richting en van de vrijheid van keuze van de leermiddelen en de aanstelling van de onderwijzers (art. 23, vijfde en zesde lid);
- d) het stellen van (overige) bekostigingsvoorwaarden (art. 23, zevende lid), die vanzelfsprekend de hierboven genoemde vrijheden moeten respecteren.

In de praktijk komt dit stelsel er op neer dat voor het bekostigde bijzonder onderwijs nagenoeg dezelfde voorschriften gelden als voor het openbare. Maar er blijft, zoals ook uit onderhavige uitspraak blijkt, één groot verschil. De overheidsregelingen inzake het bijzonder onderwijs gelden jegens de rechtspersoon die het bijzonder onderwijs verzorgt. Deze regelingen gelden niet intern, *niet binnen* de rechtspersoon. Binnen de rechtspersoon blijven de verhoudingen privaatrechtelijk van aard, zowel inzake het personeel als de studenten of leerlingen. Dit betekent (onder meer) dat niet alleen rechtspositieregelingen, maar ook onderwijs- en examenregelingen van een instelling voor bijzonder onderwijs regelingen van en voor die instelling en geen overheidsregelingen zijn, ook al moeten die regelingen voldoen aan door de wetgever ge-

stelde voorwaarden, te weten deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden.

Nu geven instellingen van bijzonder onderwijs, evenals instellingen van openbaar onderwijs, diploma's af, waaraan publiekrechtelijke rechtsgevolgen (kunnen) zijn verbonden. Aan een mr.-titel van de Vrije Universiteit of de Radboud Universiteit – beide bijzondere universiteiten – zijn dezelfde rechtsgevolgen verbonden als aan die van de Universiteit Maastricht of de Rijksuniversiteit Groningen, beide openbare instellingen. De vraag rijst dan of de (niet-)verlening van zo'n diploma een besluit van een college van beroep voor de examens moet worden gezien als de uitoefening van openbaar gezag en of er aldus sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Blijkens de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht van 17 juli 2000, AB 2000, 446, m.nt. BPV, vermeld in de onderhavige uitspraak, is dit het geval. De Afdeling overweegt: 'De examencommissie van een bijzondere instelling voor hoger onderwijs is met openbaar gezag bekleed, voorzover het betreft het al dan niet toekennen van een getuigschrift ten bewijze dat het examen met goed gevolg is afgelegd ... Hetzelfde geldt voor de examinatoren verbonden aan een bijzondere instelling voor bijzonder hoger onderwijs ... Gelet op het vorenstaande dient ook het College van Beroep ... als bestuursorgaan te worden aangemerkt.'

Deze – belangrijke – uitspraak maakt echter niet geheel duidelijk of ook beslissingen inzake tentamens (die uiteindelijk al dan niet leiden tot een getuigschrift) te beschouwen zijn als – appellabele – besluiten in de zin van de Awb. De uitspraak van 17 juli 2000 deed dit vermoeden en er zijn dan ook bijzondere instellingen, waar het college van beroep voor de examens onder elke beslissing op een beroep – tegen een examen of tentamen – verwijst naar de mogelijkheid van beroep op de rechtbank volgens de Awb. Uit de onderhavige uitspraak is echter af te leiden dat dit onjuist is als het gaat om een beslissing op beroep tegen een tentamen. Alleen een beslissing inzake het al dan niet verlenen van het getuigschrift is appellabel. De daaraan voorafgaande beslissingen zijn dat niet, daar er volgens de Afdeling dan geen openbaar gezag wordt uitgeoefend.

Uit praktische overwegingen is hiervoor op het eerste gezicht wel wat te zeggen. Het aantal procedures bij de administratieve rechter wordt zo aanmerkelijk beperkt. Maar er blijven vragen: kan de student ter betwisting van een tentamenbeoordeling de burgerlijke rechter adiëren? Het antwoord luidt mijns inziens bevestigend, zodat er uit het oogpunt van het aantal mogelijke procedures al met al weinig gewonnen is. Voor het openbaar onderwijs geldt de redenering van de Afdeling niet. Er is daar immers sowieso sprake van een publiek-

rechtelijke rechtsbetrekking en dus is elke beslissing van een examiner (inzake een getuigschrift, examen of tentamen) een besluit in de zin van de Awb. Dit levert verschil op in de rechtsbescherming van studenten bij het openbaar, respectievelijk bijzonder onderwijs. Eerstgenoemden zijn inzake alle beslissingen met betrekking tot getuigschriften, examens en tentamens aangewezen op de administratieve rechtsgang. De 'bijzondere stu-

denten' kunnen voor beslissingen inzake tentamens naar de burgerlijke rechter, voor beslissingen inzake getuigschriften naar de administratieve rechter.

Is dit verschil bezwaarlijk? Ik meen van niet. Het is goed als er duidelijk onderscheid blijft bestaan tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Bijzonder blijft bijzonder. ☛