



Over big data in het onderwijs en de beperkingen die de privacywet daaraan stelt







Over big data in het onderwijs en de beperkingen die de privacywet daaraan stelt

Symposiumbundel 2017
Nederlandse Vereniging
voor Onderwijsrecht

Deel 37 in de serie Onderwijsrecht van de Nederlandse
Vereniging voor Onderwijsrecht

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



Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
www.sdu.nl/service

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

© NVOR

© 2017, Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2017

ISBN: 9789012401142

NUR: 840

Zetwerk: Studio Typeface, Lelystad

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 veeelvoudigd, 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.

Voorzover het maken van reprografische veeelvoudingen 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.cedar.nl/pro). 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.

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 here in nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoud

	blz.
Voorwoord	7
<i>Miek Laemers</i>	
Over big data in het onderwijs en de beperkingen die de privacywet daaraan stelt	11
<i>Arno Lodder en Gerrit-Jan Zwenne</i>	
Woord vooraf (en leeswijzer)	11
1. Inleiding	13
1.1 Bureaucratisering	14
1.2 Techniek, recht en ethiek	17
2. Techniek en toekomstscenario's	18
2.1 Vier scenario's	21
2.1.1 Robotisering – kleuters	21
2.1.2 Monitoring – basisschool groep 3-8	22
2.1.3 Augmented reality – middelbare school	22
2.1.4 Data-analyses en profilering – universiteit	23
3. Privacy- en gegevensbeschermingsrecht	23
3.1 Bijzondere gegevens (gezondheid, religie, etniciteit etc.)	25
3.2 Doelbinding	27
3.3 Profilering	29
3.4 Transparantie	30
3.5 Beveiliging, privacy-by-design en privacy-by-default	32
4. Analyse van toekomstscenario's	33
4.1 Robotisering	34
4.2 Monitoring	35
4.3 Augmented reality	36
4.4 Data-analyses en profilering	37
5. Conclusie	38
6. Referenties	39

Het ethisch debat over big-data-analytics aan de hand van de beginselen uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming	41
<i>Iris Hoën</i>	
1. Inleiding	41
2. Reikwijdte verordening	41
3. Beginsel van rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie	42
4. Beginsel van doelbinding	44
5. Overige beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens	44
6. Rechtmatigheid van de verwerking	45
7. Verbod op verwerken van bijzondere persoonsgegevens, tenzij...	49
8. Grondslag voor het verwerken van bijzondere gegevens	49
9. Conclusie	50
Big and small data – de praktijk van persoonsgegevens in het onderwijs	53
<i>Wouter Pors</i>	
1. Inleiding	53
2. De onderwijscarrière van leerlingen en studenten	53
3. Verwerking en overdracht van persoonsgegevens is essentieel voor onderwijs	54
4. Praktijkvoorbeeld: invloed van big data op beoordeling in het onderwijs	54
5. Leerlingen en studenten hebben zelf belang bij verwerking van persoonsgegevens	56
6. Gebrekkige grondslag in de onderwijswetgeving	56
7. Verwerking na beëindiging van de opleiding	58
8. Verwerking van bijzondere gegevens	58
9. Conclusie	59
Verslag NVOR jaarsymposium 2016	61
<i>Ilona Bierkens</i>	

Voorwoord

Ruim een jaar geleden schreef prof. Corien Prins in het Nederlands Juristenblad (*NJB* 9 september 2016, afl. 30, p. 2161) een vooraf: 'De (digitale) scholen zijn weer begonnen'. Daarin schetst zij de aanzienlijke veranderingen die onderwijsinstellingen de laatste jaren doormaken: de verandering van schoolbord en krijtje naar digibord, van zware met dikke boeken gevulde rugzak naar laptop, van vertrouwd rapport naar onlinesystemen die elk gewenst moment inzicht bieden in resultaten, aanwezigheid en voortgang. De vertrouwde schoolboekenleveranciers zijn verdrongen door een reeks, deels buitenlandse, informatie-aanbieders die alle hun graantje willen meepikken op de commerciële onderwijsmarkt. Maar nog belangrijker is het door Prins geconstateerde probleem van dataverzameling over leerlingen en studenten, de toekomstige beroepsbevolking. Ze noemt met name Basispoort, dat een onlineplatform aanbiedt voor educatief lesmateriaal. Dat ziet er op het eerste gezicht aantrekkelijk uit, maar: 'Diverse gegevens over zowel leerlingen als leerkrachten (naam, geboortedatum, geslacht, naam van de school, groep en naam leerkrachten) komen via het systeem beschikbaar en worden daarmee gedeeld met uitgeverijen. Hiernaast faciliteert het systeem de combinatie van bovenstaande gegevens met toetsuitslagen voor rekenen en taal en biedt het dus inzicht in taalontwikkeling en rekentaalvaardigheid.' De gevolgen van deze ontwikkeling voor de privacy van betrokkenen blijken dermate behartigenswaardig dat er Kamervragen over zijn gesteld en er in de zomer van 2016 een Privacyconvenant over is gesloten. Gesproken wordt over een 'digitale tang' waarin scholen terecht zijn gekomen, omdat ze door het aanleveren van gegevens zijn overgeleverd aan het systeem, in casu Basispoort. Een leerling uit het systeem verwijderen blijkt alleen te kunnen als de leerling wordt uitgeschreven van de school. De bekostigingsconsequentie daarvan is natuurlijk niet aantrekkelijk voor de school.

In het hoger onderwijs doen zich vergelijkbare ontwikkelingen voor: het gebruik van Black Board – en anno 2017 Canvas en soortgelijke systemen – herbergt dezelfde dataverzamelmogelijkheden waarmee met behulp van algoritmen op individueel niveau 'toekomstvoorspellingen' gemaakt kunnen worden.

Naast de privacykwesties voor leerlingen en studenten speelt de door Prins gesignaleerde kwestie van het 'eigenaarschap': wie is 'eigenaar' van de gegenereerde kennis, wie heeft toegang tot de data en wie mag deze gebruiken? De commerciële partijen die zich 'ontfermen' over het rijke materiaal en het vervolgens monopoliseren ten eigen nutte lijken in ieder geval niet de eerstgerechtigden. Aan Prins' oproep om educatie als publiek belang, inclusief waarden als toegankelijkheid, gelijkheid, onderwijsvrijheid en privacy, onze noodzakelijke aandacht te geven, hopen we met de behandeling van dit thema tijdens het jaarlijkse symposium van de NVOR gehoor te geven.

Het bestuur van de NVOR prijst zich gelukkig dat twee op het terrein van privacywetgeving én van digitalisering deskundige hoogleraren bereid waren het preadvies voor het symposium 2017 te schrijven. Prof. mr. Arno Lodder en prof. mr. Gerrit-Jan Zwenne hebben een toekomstbeeld geschetst voor het onderwijs waarin de digitaletangconstruc-

tie zichtbaar en voelbaar wordt. Aan de hand van vier scenario's, die keurig gespreid zijn over de verschillende onderwijsfasen (kleuter-, basis- en middelbare school alsmede universiteit) laten ze zien hoe de digitalisering om zich heen grijpt en hoe zich daardoor een proces van dataficatie ontwikkelt. Die dataficatie maakt het mogelijk om te ontdekken welke patronen en correlaties daarin opgesloten zitten. Dat het daarbij gaat om vaak gevoelige informatie maakt de noodzaak om met privacy- en gegevensbeschermingsrecht tegenwicht te bieden alleen maar groter.

Voor veel onderwijsjuristen is de gehanteerde terminologie wellicht nog niet erg vertrouwd, maar het beeld dat geschetst wordt door de preadviseurs lijkt tot voortvarende bezinning over toelaatbaarheid en wenselijkheid van de gesignaleerde ontwikkelingen te nopen. Het preadvies en de toelichting daarop tijdens het symposium zullen er zeker aan bijdragen dat het bezinningsproces bij de aanwezige onderwijsjuristen (verder) op gang komt.

Mevrouw mr. Iris Hoen, advocaat bij Wille Donker in Alphen aan den Rijn, heeft al veel gepubliceerd over privacywet- en regelgeving, met name voor de onderwijssector. Zij draagt in haar coreferaat de nodige informatie aan over het huidige en toekomstige privacybeschermingsrecht en spits dit toe op onderwijssituaties. Zij reageert ook op de in het preadvies opgeworpen vraag of we alles wat kan met digitalisering, dataficatie en analysering, ook moeten willen. Dat doet ook coreferent mr. Wouter Pors, advocaat bij Bird & Bird, die aan de hand van een fraaie casus, ontleend aan een rechterlijke uitspraak over de beoordeling van een examen Frans, de lezer meevoert in zijn ervaringen met digitalisering en gegevensbescherming in het onderwijs.

Naast de in dit boekje opgenomen teksten is er natuurlijk nog heel veel te lezen over het gekozen thema en nadere studie te verrichten over de praktische of juridische consequenties van de gaande en aanstaande ontwikkelingen. Een voorbeeld moge illustreren dat ook de wetgever zich dezer dagen niet onbetuigd laat op dit terrein. In februari van dit jaar stemde de ministerraad in met een wetsvoorstel van (toen nog) minister Bussemaker en staatssecretaris Dekker van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap om de privacy van leerlingen beter te beschermen (zie *Kamerstukken II 2016/17, 34 741*). Het betreft het wetsvoorstel 'Pseudonimiseren van leerlinggegevens ten behoeve van de toegang tot en het gebruik van digitale leermiddelen.' Het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel beoogt te voorzien in bescherming van de privacy van leerlingen die digitale leermiddelen gebruiken. Het gebruiken van een pseudoniem voor leerlingen in de uitwisseling tussen de onderwijsinstelling en de leveranciers, gebaseerd op het persoonsgebonden nummer (PGN), maakt dat de leerlingen zonder gevaar van aantasting van hun privacy toegang hebben tot de juiste digitale leermiddelen en deze ook kunnen gebruiken. Om het pseudoniem te kunnen baseren op het PGN, was het noodzakelijk deze doelbepaling voor het gebruik van het PGN wettelijk te verankeren. De Raad van State adviseerde het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar achtte aanpassing van het voorstel aangewezen waar het gaat om het stellen van regels over de voorwaarden waaronder de pseudoniemen kunnen worden gebruikt: de bepalingen in het wetsvoorstel die zien op de regeling van de bewaartermijn, de aanvullende gegevens die mogen worden verstrekt en de categorieën ontvangers zouden op het niveau van een algemene maatregel van bestuur vastgesteld moeten worden. Tevens moest worden gemotiveerd

waarom het stellen van regels over de overige voorwaarden kon worden gedelegeerd naar het niveau van ministeriële regeling. Ten slotte moesten het voorstel en de toelichting op elkaar worden afgestemd op dit punt, aldus de Raad van State.

Het wetsvoorstel is op 10 oktober 2017 met algemene stemmen aangenomen in de Tweede Kamer. De Kamer zal jaarlijks geïnformeerd worden over de voortgang van de invoering van het pseudoniem. De invoering van het pseudoniem binnen het onderwijs wordt samen met leveranciers en scholen vormgegeven. Alle betrokkenen moeten een zorgvuldige aanpak hanteren, zodat het onderwijs tijdens de invoering niet stil komt te liggen. Meer informatie over dit wetsvoorstel is te vinden op een speciale webpagina over nummervoorziening. Het wetsvoorstel ligt nu voor behandeling in de Eerste Kamer.

Eén recent verschenen boek, P.H. Blok (red.), *Big data en het recht; een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2017 wil ik hier niet onvermeld laten. Een dozijn auteurs, waaronder preadviseur G.J. Zwenne, laten in deze uitgave in de reeks Monografieën Recht en Informatietechnologie de maatschappelijke impact van big data zien. Dat privacyrecht daarin een dominante rol vervult, zal u na lezing van dit preadvies en de coreferaten niet verwonderen.

Het bestuur van de NVOR is zich ervan bewust dat het volledige juridische kader dat geldt of binnenkort gaat gelden voor dataverzameling in het onderwijs en de bijbehorende bescherming van persoonsgegevens niet uitputtend aan de orde kan komen tijdens het jaarsymposium. Het bestuur vertrouwt er wel op dat de hier aangeboden teksten kunnen bijdragen aan de broodnodige bezinning van onderwijsjuristen op dit thema.

Miek Laemers

Voorzitter Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht



Over big data in het onderwijs en de beperkingen die de privacywet daaraan stelt

A.R. Lodder & G.J. Zwenne*

Woord vooraf (en leeswijzer)

In het preadvies dat u zo meteen gaat lezen, of wellicht al hebt gelezen, hebben wij verkend wat kan en wat mag als het gaat om de toepassing van *big data predictive analytics* in het onderwijs en de beperkingen of waarborgen waarin de privacy- en gegevensbeschermingswetgeving voorziet. Onze eerste gedachte was dat wij in deze verkenning zouden uitgaan van een denkbeeldig, niet heel onwaarschijnlijk maar wel verontrustend scenario, waaruit blijkt wat allemaal kan met de technologie die op dit moment beschikbaar is of op niet al te lange termijn waarschijnlijk beschikbaar komt. Aan de hand van dat scenario wilden wij eerst bekijken in hoeverre zo'n scenario zou passen binnen de kaders van ons huidige privacy- en gegevensbeschermingsrecht. Vervolgens wilden we in een beschouwing daarover normatieve uitspraken doen. Wat vinden we ervan? Waar moet het naartoe? Wat is acceptabel en wat niet? Welke randvoorwaarden zijn nodig?

In deze opzet liepen we enigszins vast. Het lukte ons niet om zo'n scenario te bedenken, althans niet één waarin alle door ons als relevant beoordeelde aspecten aan de orde kwamen. We hebben daarom besloten om dat over te laten aan romanschrijvers, zoals David Eggers of dichterbij huis Aglaia Bouma, en zijn uitgegaan van wat wij om ons heen zien gebeuren. We denken dat we daarvan misschien wel een betrouwbaar beeld hebben, omdat we zelf al enige tijd onderwijs verzorgen aan onze respectievelijke universiteiten en toch ook omdat we zo af en toe worden gevraagd om mee te denken over een aanvaardbaar gebruik van informatietechnologie bij andere onderwijsinstellingen. Ons beeld is dat onderwijsinstellingen op alle niveaus, van de eerste groep in het basisonderwijs tot en met de postdoctorale opleidingsprogramma's in hoog tempo bezig zijn om allerlei bedrijfsprocessen te *digitaliseren* – een begrip dat tegenwoordig probleemloos zonder toelichting kan worden gebruikt en waaronder wij het gebruik verstaan van moderne elektronische informatie- en communicatietechnologie om processen en procedures langs elektronische weg, en dus in digitale vorm, te laten verlopen. Als gevolg van die digitalisering komen veel meer gegevens over gebruikers en gebruik beschikbaar, een ontwikkeling die wel wordt aangeduid met het begrip *dataficatie*. En deze ontwikkeling maakt het mogelijk om bigdata-analyses te doen, dat wil zeggen om te inventariseren welke patronen en correlaties in al deze gegevens zijn te vinden. En daarbij komt vervolgens betekenis toe aan zelflerende algoritmes, *machine learning* en *artificial intelligence*.

* Arno Lodder is VU Professor of Internet Governance and Regulation, Department Transnational Legal Studies, Centre for Law and Internet, www.lawandinternet.com. Gerrit-Jan Zwenne is hoogleraar Recht en de Informatiemaatschappij aan de Universiteit Leiden.

We zien dat bijvoorbeeld bij de onlineplatforms waarmee leraren communiceren met leerlingen of hun ouders (bijvoorbeeld Mijnschoolinfo.nl) en docenten met studenten (zeg Blackboard). Ook als deze platforms alleen zouden worden gebruikt om papieren of mondelinge informatie te vervangen door digitale communicatie, dan nog komen er daardoor veel meer gebruiksgegevens beschikbaar. Van een digitaal verzuimbrieftje (Matthijs moet morgen naar de tandarts) kan niet alleen op een later moment worden gezien hoe laat het werd verzonden, maar ook wie het op welk moment hebben gelezen. We denken tegelijkertijd ook aan de leersystemen waarbij de leraar op een dashboard een gedetailleerd inzicht kan hebben in de leerprestaties en de voortgang daarvan (Haru had vanochtend moeite met voorzetsels).

Ook zien we, in een heel andere fase van de opleiding, hoe papers en scripties, ingediend via digitale studentsystemen, volautomatisch van plagiaatscores worden voorzien. En *last but not least* zien we ook met enige regelmaat dat scholen ouders online surveys sturen waarin veel, heel veel en vaak ook nog eens heel gevoelige informatie wordt opgevraagd over leerlingen en hun thuissituatie, uiteenlopend van de vraag naar het opleidingsniveau van de ouders en hun geboorteland tot vragen naar de werk- en schuldensituatie en of er gezinsleden zijn met stemmingsstoornissen.

Als gevolg van digitalisering-dataficatie worden er dus, vermoeden wij, in het onderwijs meer gegevens dan ooit vastgelegd en bewaard. En, ook dat vermoeden wij, als deze gegevens niet nu al worden gebruikt voor analysedoeleinden, dan moeten we er op zijn minst rekening mee gaan houden dat dit op termijn gaat gebeuren, althans dat de technologie en de kosten daarvan weinig beperkingen opleggen. Vaststaat dat veel van de bij het onderwijs betrokken partijen een eigen, vaak goed te begrijpen belang hebben om met de beschikbare gegevens inzicht te verkrijgen in allerlei onderwijsprocessen:

- onderwijsinstellingen willen weten op welke wijze individuele leerlingen het beste, dat wil zeggen: gepersonaliseerd onderwijs kan worden aangeboden;
- het ministerie, de toezichthouders en ouders willen weten in hoeverre scholen voldoen aan de gestelde kwaliteits- en financieringsnormen;
- studenten willen weten wie de beste docenten zijn, en docenten wie de meest veelbelovende studenten zijn;
- aanbieders van online-leermiddelen willen hun dienstverlening verbeteren en beschikbaar stellen aan de leerlingen die daaraan behoefte hebben;
- internetdienstverleners willen nieuwe generaties van gebruikers vertrouwd maken met hun internet-ecosystemen;
- werkgevers en werving- en selectiebedrijven willen *high potentials* aan zich binden.

Andere voorbeelden kunt u wellicht zelf waarnemen of bedenken.

We zijn niet geneigd al deze analysedoeleinden op voorhand te verwerpen. Wel denken we dat het nuttig is om te inventariseren wat onder welke voorwaarden wordt toegelaten door de privacy- en gegevensbeschermingswetgeving, die op dit moment het belangrijkste kader biedt voor big data. Aan de hand daarvan kunnen we vervolgens

normatieve uitspraken doen over deze wetgeving. Zoals of deze wetgeving toereikend is, en zo niet, op welke wijze tekortkomingen moeten worden weggenomen.

Wij zijn ons ervan bewust dat dit preadvies soms een wat speculatief karakter heeft.

Amsterdam / Den Haag / Geneve
september 2017

1. Inleiding

Niet iedereen ziet onderwijs als een belangrijk onderdeel van de samenleving, als een instituut dat een nuttige bijdrage levert aan de ontwikkeling van kinderen en volwassenen. Zo begon Paul Simon in 1973 het nummer *Kodachrome* met de constatering dat het voornamelijk onzin was die voorgeschoteld werd op de middelbare school:

*When I think back on all the crap I learned in high school
It's a wonder I can think at all*

Bruce Springsteen onthulde in 1984 dat alles wat hij op school heeft opgestoken minder is dan wat hij leerde door naar een enkel muzieknnummer te luisteren:

*We busted out of class had to get away from those fools
We learned more from a three-minute record than we ever learned in school*

In 1980, ten slotte, werd *Another brick in the wall* de protestsong in de strijd tegen Apartheid in Zuid-Afrika:

*We don't need no education
we don't need no thought control*

Het album *The Wall* van Pink Floyd gaat over hoe lastig het is om je als individu van de massa te onderscheiden. Tegenwoordig wordt steeds meer gebruik gemaakt van op de individuele student of leerling toegesneden methoden, adviezen, volgsystemen. Tegelijkertijd worden individuele gegevens gebruikt om algemene profielen op te stellen. Beide facetten roepen juridische vragen op vanuit privacy- en gegevensbeschermingsrecht. Een meer ethische vraag is hoe ver we het monitoren en controleren van de individuele student of leerling moeten laten gaan. Het controleren van gedachten is, voor zover het niet al mogelijk is, iets wat steeds dichterbij lijkt te komen. In deze bijdrage zullen wij op deze, en andere, verontrustende aspecten ingaan.

1.1 Bureaucratisering

Een ontwikkeling die al langer gaande is, betreft de toenemende protocollen en procedures binnen het onderwijs. Tevreden studenten die veel nieuwe inzichten verwerven, inspirerende docenten, is in de kern waar het bij onderwijs om moet gaan en een belangrijke reden voor mensen om in het onderwijs werkzaam te zijn. Een goede praktijk volstaat echter niet, op papier moet kunnen worden hard gemaakt dat het onderwijs (vermeend) op orde is. Zo moeten docenten niet alleen goede tentamens maken, maar zijn er toetsmatrijzen die de kwaliteit van het tentamen beogen te garanderen; volstaat een tweede beoordelaar bij scripties niet, maar wordt het van belang geacht drie scriptieformulieren te produceren (van beide docenten apart en een gezamenlijke), en wordt de inhoud van de opleiding verwoord door middel van Dublin-descriptoren die kennis en inzicht operationaliseren tot:

“aantoonbare kennis van en inzicht in de kernelementen van de wetenschappelijke discipline verwerven en kennis maken met een aantal van de nieuwste ontwikkelingen binnen de discipline.”

Het toepassen van kennis en inzicht wordt verwoord als:

“vaardigheden verwerven die hen in staat stellen om verworven kennis en inzicht op een professionele, bij de discipline passende manier toe te passen, om standpunten te formuleren en die te onderbouwen met argumenten en om problemen op het gebied van de discipline op te lossen.”

Dergelijke omschrijvingen hebben een hoog opendeurgehalte. Universiteiten zijn niet-temin verplicht hier prudent mee om te gaan. De descriptoren moeten terugkeren bij leerdoelen van vakken, eindtermen van de opleiding en uiteindelijk in uitgebreide rapporten bij visitaties worden toegelicht. Of iets in de praktijk ook goed werkt is van ondergeschikt belang, het moet er op papier, veel papier, nog steeds ook per se gedrukt, goed en overtuigend uitzien. Zo ontstaat een papieren werkelijkheid die niet noodzakelijkerwijze overeenstemt met de werkelijke wereld, meer algemeen bekend als bureaucratisering.

In het studiejaar 2013/14 organiseerde Andrew Murray aan de London School of Economics een boekenclub waarin de boeken *Brave New World* van Aldous Huxley, *Der Prozess* van Franz Kafka en *1984* van George Orwell werden besproken. Het doel van de boekenclub was niet primair het bespreken van de boeken, maar een alternatieve manier om internetrecht te doceren (Murray 2015). Veel van de thema's die in genoemde boeken aan de orde komen, zien we terug in het internetrecht en in meer algemene zin in de samenleving waar we in leven. Dat geldt zeker ook voor het onderwijs.

Naast de protocollen en formulieren kent het onderwijs de laatste jaren een steeds grotere hoeveelheid regels die niet goed doordacht zijn en regelmatig tot contra-intuïtieve resultaten leiden. Zo is er een regel die bepaalt dat studenten zich voorafgaand aan het volgen van een vak voor dat vak moeten inschrijven. Op zichzelf is dit een begrijpelijke

regel. Het idee is dat dan zowel de docent als de onderwijsadministratie weet waar men aan toe is, namelijk hoeveel studenten het vak volgen. En dat is behulpzaam bij bijvoorbeeld het toewijzen van collegezalen en surveillanten bij schriftelijke tentamens. De regel bepaalt ook dat studenten die zich niet hebben ingeschreven, het vak niet mogen volgen. Er staat echter geen sanctie op het inschrijven en vervolgens het vak niet volgen. Het voorspelbare gevolg is dan dat 95 studenten zich inschrijven en er uiteindelijk maar 45 het vak daadwerkelijk volgen. Als een student heel graag een vak wil volgen, maar dat bedenkt nadat de inschrijftermijn is verlopen (veelal enkele weken voor aanvang van het vak), dan kan hij/zij het vak niet volgen. Er zijn dan 50 studenten die zich ingeschreven hebben en het vak niet volgen en een onbekend aantal studenten die het vak wel willen volgen, maar dat niet mogen. Een ergerlijke situatie voor de docent, die graag juist die gemotiveerde studenten erbij heeft. Er zijn soms U-bochten – gewoon op het eerste college aanschuiven en vervolgens als er wel degelijk nog plaats blijkt te zijn alsnog verzoeken om te worden toegelaten – maar de meeste studenten schrikken daarvoor terug en volgen het vak van hun keuze niet.¹

Een ander voorbeeld is de *matching*, door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap ingevoerd om ervoor te zorgen dat studenten bewuster voor een bepaalde studie kiezen. Een interessant initiatief, dat door verschillende universiteiten verschillend wordt uitgevoerd. Een voorbeeld dat we in de praktijk hebben zien voorbijkomen is het volgende.

Er zijn drie studenten die scheikunde willen studeren aan de Universiteit van Amsterdam (UvA) en die we gemakshalve aanduiden met fictieve namen:

- *studente Ayaan doet aan de verplichte matching mee, maar krijgt het advies dat scheikunde voor haar niet geschikt is, dat wil zeggen dat zij niet geschikt is voor die studie;*
- *studente Babiche heeft een 9 voor scheikunde op haar eindlijst, heeft op NEMO en andere plekken vaak scheikundeproefjes gedaan, meegelopen op de UvA bij scheikunde en had slechts één fout bij de verplichte online wiskundematchingtoets;*
- *en studente Carola heeft een 6 voor scheikunde op haar lijst en heeft een positief matchingsadvies om rechten te studeren.*

Welke student kan zich voor scheikunde inschrijven? De inschrijving van Babiche wordt geweigerd omdat zij abusievelijk, vanwege een onduidelijke e-mail van de UvA, een matchingsbijeenkomst heeft gemist, studentes Ayaan en Carola kunnen zich wel inschrijven omdat ze wel een matchingsbijeenkomst hebben bijgewoond. Voor welke studie de matchingsbijeenkomst was, is niet relevant en ook een negatief advies speelt geen rol. In dit geval zijn Ayaan en Carola duidelijk niet of minder geschikt voor scheikunde, terwijl Babiche bijzonder geschikt is en gemotiveerd. Toch wordt zij niet toegelaten tot de studie. Dit lijkt vergezocht, maar het is echt gebeurd en illustreert dat het

¹ Deze casus speelde bij het keuzevak telecommunicatierecht UL2015/16 en het vak e-commerce law aan de VU in 2016/17. In het laatste vak durfde slechts één student het risico te nemen het vak te volgen zonder ingeschreven te zijn en hij is handmatig toegevoegd aan de digitale leeromgeving. Hij sloot het vak af met een 8,5. Dit eindresultaat is tot de registratie toegelaten.

doel van regels in sommige gevallen volledig uit het oog verloren wordt.² Het idee is immers uitval te voorkomen door studenten een studie te laten volgen die bij hen past.

De studente Babiche kreeg begin juli te horen dat haar inschrijving geweigerd was. Bij de Universiteit Leiden kon ze toen nog online matchen en inschrijven. Gevolg is nu dat deze studente van Amsterdam naar Leiden moet reizen om een studie te volgen die zij het liefst aan de UvA gevolgd had, een merkwaardig gevolg van rigide optreden. In dit geval worden de regels op een geautomatiseerde wijze gevolgd. Er wordt niet gekeken naar het individuele geval, maar een eenvoudig algoritme toegepast:

if <matchingsdag niet bijgewoond> then <niet toegelaten>.

Er werd nog geprobeerd om door menselijke inbreng enige redelijkheid in het proces te brengen, maar tevergeefs. Het systeem voorzag niet in uitzonderingen of hardheidsclausules.

Bij de inzet van technologie en in het bijzonder data-analyse wordt het nog lastiger om een uitzondering te bepleiten: *how to prove yes if computer says no?* Dit lijkt een algemeen probleem te zijn bij data-analyses. De grootste gemene deler wordt leidend, voor afwijkende gevallen is minder of geen ruimte. Ook in die gevallen waarin ieder willekeurig, niet in het keurslijf van de universitaire bureaucratie gegoten persoon meteen doorziet dat de beslissing volkomen in strijd is met het doel waarvoor de maatregel is ingevoerd. Bij dergelijke willekeurige, al dan niet geautomatiseerde beslissingen is het van belang het individu te beschermen. Hierop richt zich, hoewel in onderhavig geval de betekenis beperkt is, het recht van de persoonlijke levenssfeer en gegevensbescherming.

Een andere tendens in het onderwijs is dat docenten steeds meer zelf moeten doen. Een professor van Queen Mary klaagde onlangs dat ze sinds kort zelf cijfers moet invoeren. In Nederland doen we dat al jaren. Cijfers voor de vakken in het onderwijssysteem, cijfers voor tussentoetsen en -opdrachten in de digitale leeromgeving etc. Aan de rechten-faculteit bij de Vrije Universiteit Amsterdam moeten medewerkers sinds kort zelf facturen opstellen, de financiële ondersteuning is wegbezuinigd. In algemene zin heeft de digitale werkomgeving veel eenvoudige taken ondergebracht bij hoger personeel. Om excessen op dit terrein tegen te gaan is er op de VU sinds 2015 een 'Kafka-knop' ingevoerd, in de woorden van Jaap Winter:³

“We moeten zelf kritisch kijken naar de regels die we intern uitstorten over de universiteit. We implementeren dit jaar een *Kafka-knop* om overbodige bureaucratie te melden en aan te pakken.”

2 In werkelijkheid ging het overigens om de studie natuurkunde. De reactie van de UvA was o.a. “Dan neem je toch een tussenjaar.”

3 D. de Hoog, 'Jaap Winter: We gaan een Kafka-knop invoeren', *AdValvas* 28 april 2015, <http://www.advalvas.vu.nl/nieuws/jaap-winter-we-gaan-een-kafka-knop-invoeren>.

Een voorbeeld is het beëindigen van tijdelijke contracten. Het zou voor de hand liggen als die vanzelf aflopen, tenzij je ze verlengt. In het systeem moeten tijdelijke contracten echter actief worden beëindigd, anders lopen ze door. Hierin heeft een aanpassing plaatsgevonden naar aanleiding van een Kafka-melding. Er was een gastvrijheid verleend, die maakte het mogelijk dat een externe medewerker tijdelijk van de faciliteiten van de universiteit gebruik kon maken, en deze was verlopen maar liep dus door omdat er geen actieve beëindiging had plaatsgevonden. Toen de leidinggevende deze wilde beëindigen, kon dat niet met terugwerkende kracht, omdat er tussen het moment van beëindigen in het systeem en de beoogde einddatum niet meer dan een maand mag zitten. Het per heden beëindigen kon echter ook niet, omdat het einde van de gastvrijheidstermijn niet per heden was. De suggestie van de helpdesk om de gastvrijheid eerst te verlengen tot heden en vervolgens te beëindigen, bracht niet direct groot enthousiasme bij de leidinggevende teweeg. De melding middels de Kafka-knop van deze deadlocksituatie heeft ertoe geleid dat het inmiddels niet meer nodig is tijdelijke gastvrijheden actief te beëindigen.⁴

1.2 Techniek, recht en ethiek

De bovenstaande ontwikkelingen zijn exponenten van de digitalisering van het onderwijs, die veelal bureaucratisering meebrengt of ondersteunt. Een achterliggende gedachte bij automatisering is dat het de werkzaamheden verlicht en dat bij intelligenter technologie ingewikkeldere taken door lager geschoold personeel gedaan kunnen worden. Ook de omgekeerde ontwikkeling manifesteert zich, namelijk dat er meer en regelmatig eenvoudiger, nogal geestdodend werk op het bordje van docenten terecht komt.

Wat de technologie in ieder geval in ruime mate oplevert is data. Gegevens over gedrag, kennis, inzicht en dergelijke, die door al dan niet zelflerende algoritmes worden geanalyseerd. De uitkomsten van deze analyses hebben veelal als doel om processen te optimaliseren. Een aspect dat hierbij bijzondere aandacht verdient is de leerling of student, omdat de uitkomsten van analyses betrekking op hen hebben en gevolgen voor hen hebben. Vanuit het recht is daarbij met name het privacy- en gegevensbeschermingsrecht relevant.

Alvorens daar nader op in te gaan zullen we enkele voorbeelden van bestaande techniek in het onderwijs geven en een viertal scenario's schetsen die zich in de toekomst zouden kunnen voordoen. Uitgangspunt daarbij zijn de mogelijkheden die de techniek biedt. Bij ontwikkelingen op het terrein van informatietechnologie en internet vormt de techniek steeds minder een belemmering. Er is veel mogelijk. Het feit dat iets kan, betekent nog niet dat hetgeen technisch mogelijk is ook juridisch toelaatbaar is. Dat vormt de tweede stap van de analyse. De randvoorwaarden binnen wat technisch mogelijk is worden bepaald door het recht, waarbij wij ons concentreren op privacy- en gegevensbeschermingsrecht. Na een algemene uiteenzetting over deze juridische invalshoek zullen de geschetste scenario's nader geduid worden. Hierbij komt naast de techniek en het

⁴ Een deadlock – van oorsprong gebruikt om routines in een softwarecode mee aan te duiden – is een situatie waarin een actie vastloopt door wederzijdse uitsluiting. Het tegenovergestelde is een livelock. In dat geval gaat de actie oneindig door.

recht ook een derde aspect aan de orde, dat zeker bij grootschalige dataverwerkingen niet onbelangrijk is: de ethiek. De ethiek richt zich op de wenselijkheid. In relatie tot de techniek en het recht is de rol van de ethiek ten minste tweeledig. Enerzijds kan de ethiek grenzen stellen aan de techniek en daarmee gebruikt worden voor het formuleren van het juridische kader. Anderzijds kan bij een bestaand juridisch kader worden aangegeven dat zelfs als bepaalde handelingen juridisch toelaatbaar zijn we mogelijk daar op ethische gronden van af moeten zien. Gezien onze achtergrond als jurist zal de nadruk in dit stuk liggen op het recht.

2. Techniek en toekomstscenario's

Als je vroeger de klas uitgestuurd werd, moest je je melden bij een (con)rector. Als je spijbelde, werd dat door de docent ergens genoteerd. Ouders werden geïnformeerd als er sprake was van structureel spijbelgedrag dan wel te regelmatige verwijdering uit de les. Cijfers werden op een rapport vermeld en twee of drie keer per jaar moest een kartonnen of papieren rapport door ouders en/of verzorgers ondertekend worden ter bevestiging dat zij van de cijfers hadden kennisgenomen.

Momenteel zien ouders bijna eerder dan de uit de les gestuurde leerling een aantekening over de verwijdering in de digitale leeromgeving verschijnen. Er wordt nog net geen whatsappje gestuurd, maar een ouder kan van iedere gemiste les op de hoogte zijn nog voordat de schooldag voorbij is.⁵ Cijfers worden voor iedere gemaakte opdracht, toets en dergelijke ingevoerd en op ieder gewenst moment kunnen ouders per vak het gemiddelde alsmede alle individuele cijfers zien. Voor zover ze nog uitgedeeld worden, bevestigt een rapport wat al bekend was. De registratie in leerlingdossiers gaat verder. Als iemand zijn petje omgekeerd op zijn hoofd heeft, kan dit een aantekening opleveren van ongewenst gedrag. De zoekopdrachten en andere activiteiten op een leerlingaccount kunnen geanalyseerd worden, de voortgang kan nauwkeurig worden gedocumenteerd. Mobiel telefoongebruik van leerlingen kan door scholen nauwlettend in de gaten worden gehouden:⁶

“In a bid to protect students from pornography, predators and other online dangers, some schools are turning to technology that notifies teachers, parents and welfare staff when students access concerning material on their mobile phones.”

Al de gegevens die verzameld worden, blijven doorgaans niet beperkt tot de school. Op een elementair niveau speelt dit bij e-maildiensten. Vrij veel scholen en universiteiten outsourcen deze dienst naar Google. Er wordt gebruik gemaakt van een Gmail-account, maar dan onder de domeinnaam van de instelling. Het is dus voor gebruikers niet te zien, een mail van bijvoorbeeld een Groningse collega is verzonden via @rug.nl. Toch

5 Er zijn overigens wel aanbieders van 'gratis' apps voor communicatie met de ouders, zoals Klasbord, die volgens de aanbieder door duizenden klassen gebruikt wordt; <https://klasbord.nl/>.

6 H. Cook, 'How schools are tracking students using their mobile phones', *The Age* 16 July 2017, www.theage.com.au/victoria/.

maakt de Groningse universiteit ook voor medewerkers sinds 2014 gebruik van Gmail en deed dit voor studenten al langer. Technische afdelingen wilden graag op eigen kosten een ander e-mailsysteem in de lucht te houden, maar dit werd afgewezen. Ook meekijk-bezwaren werden niet als zwaarwegend gezien:⁷

“Volgens de wetenschappers wegen de voordelen van Gmail (grotere mailbox, goede beveiliging tegen hackers) niet op tegen de nadelen, zoals het mogelijke meekijken van de NSA en van Google zelf.”

Verdergaand dan faciliteren van de communicatie is het leerlingenportaal Basispoort. Het betreft een samenwerking van zeven uitgeverijen:

- Heutink Primair Onderwijs BV;
- de Rolf groep;
- L.C.G. Malmberg BV;
- Noordhoff Uitgevers;
- Reinders Oisterwijk BV;
- ThiemeMeulenhoff BV;
- Uitgeverij Zwijsen BV.

In Basispoort worden de leerlingen gelinkt aan hun school via BRIN, wat staat voor BasisRegistratie Instellingen. Iedere onderwijsinstelling heeft een dergelijk uniek nummer. Volgens de statuten van de Stichting Basispoort is het doel: “Het bieden van een centraal portaal voor de ontsluiting van digitaal lesmateriaal voor het basisonderwijs.” Noordhoff Uitgevers benadrukt in lijn hiermee dat het doel van de samenwerking tussen verschillende uitgeverijen is om het gebruik van online educatief materiaal voor leerkrachten en leerlingen in het Primair Onderwijs (PO) gemakkelijker te maken. Toch reikt het initiatief zeker verder dan enkel uitgeverijen:⁸

“Andere uitgeverijen, aanbieders van schooladministratiesoftware en schoolnetwerkleveranciers, met diensten gericht op het basisonderwijs, zijn welkom om aan te sluiten bij de samenwerking.”

Dat deze aansluiting al heeft plaatsgevonden blijkt uit onder meer uit de mededeling op de website van Basispoort in de zomer van 2017 over de administratie van scholen:

“Maak uw schooladministratie gereed

Scholen zijn in juni door Basispoort geadviseerd nog voor de zomervakantie de groepsindelingen voor 2017–2018 in orde te maken (ophogen, jaarovergang, migratie).”

7 Michael Persson, ‘Universiteit Groningen dwingt onderzoekers tot gebruik van Gmail’, *de Volkskrant* 13 juni 2014.

8 Info.basispoort.nl.

Hieruit blijkt dat de aanvankelijke samenwerking van uitgeverijen om onderwijsmateriaal online beschikbaar te maken, inmiddels onder andere ook de inmenging omvat over op welk moment door scholen groepsindelingen gemaakt moeten worden.

In 2014 ontstond ophef over de wijze waarop scholen met de gegevens van hun leerlingen omsprongen. Mede naar aanleiding daarvan werd dat jaar de *Big Brother Award*, een prijs voor personen of organisaties die uitblinken in het schenden van privacy, uitgereikt aan de Nederlandse scholen. Directe aanleiding was dat scholen op grote schaal gegevens van leerlingen doorspeelden naar uitgevers van leermiddelen, waarbij op zijn minst de suggestie werd gewekt dat deze uitgevers de leerlinggegevens voor eigen, commerciële doeleinden konden gebruiken. Toen RTL-nieuws daarover berichtte, leidde dat tot de nodige opwinding en verontwaardiging, en uiteraard Kamervragen. Volgens Prins (2016) is dit inmiddels verbeterd. Zo heeft Basispoort het ‘Convenant Digitale Onderwijsmiddelen en Privacy – Leermiddelen en Toetsen’ onderschreven. De mogelijke doelstellingen van deze producten en diensten zijn omschreven in het daarop betrekking hebbende onderdeel van artikel 5, lid 1, Convenant Digitale Onderwijsmiddelen en Privacy 2.0. Dit convenant voor het onderwijs is onder de generieke naam Privacyconvenant.nl op internet te vinden. Naast het convenant is er ook een door Kennisnet opgesteld 10-stappenplan dat ingaat op het creëren van bewustzijn, het informeren en wettelijke verplichtingen:

1. Weet waar privacy over gaat
2. Stel een beleidsdocument of privacyreglement op
3. Maak bewerkersafspraken
4. Informeer ouders
5. Wees transparant
6. Vraag altijd om toestemming
7. Maak afspraken over sociale media
8. Informeer leerlingen
9. Waarborg privacy bij overstapdossiers
10. Beveilig alle persoonsgegevens

In het volgende hoofdstuk gaan wij uitgebreider in op de hieraan gerelateerde wettelijke regels. Vooruitlopend kan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) worden aangehaald die, eveneens in 2014, het bedrijf Snappet op de vingers tikte voor de wijze waarop gegevens werden verwerkt die door het gebruik van Tablets in het onderwijs werden gegenereerd:⁹

“(…) [zes] verwerkingen [van Snappet] niet evident noodzakelijk zijn om onderwijs te kunnen geven met behulp van de tablets en omdat het om gevoelige gegevens gaat. De verwerkingen voldoen niet aan het proportioneelheidsvereiste. De verwerkingen voldoen ook niet aan het subsidiariteitsvereiste en door het ontbreken van andere waarborgen (zoals transparantie), maken de gegevensverwerkingen voor deze doeleinden (...) in verhouding een te grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de kinderen.”

⁹ https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/mijn_privacy/rap_2013_snappet.pdf.

Het belang van Snappet weegt daarom niet op tegen het recht van de kinderen op eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer, aldus de AP. De verklaring van de GEU, de brancheorganisatie voor aanbieders van leermiddelen, toetsen en educatieve dienstverlening in Nederland, gaat vooral in op de belangen van de uitgevers en de leerkrachten. Zo is de persverklaring onduidelijk over de vraag hoe de belangen van de leerlingen – als zelfstandig gewicht in de schaal – zich verhouden tot het belang van de uitgevers.

2.1 Vier scenario's

Er wordt veel geschreven over hoe het onderwijs en de technologie zich de komende jaren gaan ontwikkelen. De toepassing van met name kunstmatige intelligentie leek in verhouding tot andere terreinen wat achter te blijven (Woolf *et al.* 2013), maar zelfs de werkzaamheden van de hoogleraar zijn inmiddels bijna binnen het bereik van de technische mogelijkheden aanbeland:¹⁰

“The current thinking about the automation of the workplace is that the jobs that require the most creativity will be those that are safest from the robot overlords when they come for our jobs. That might be true, but the erudite university professor with the rumpled corduroy jacket and scholarly spectacles might soon be headed for extinction as well.”

Niet iedereen is hiervan overtuigd. Zo geeft Daphne Koller, oprichter van het in MOOC (Massive Open Online Course) gespecialiseerde bedrijf Coursera, aan dat robots niet bijzonder inspirerend zijn en menselijke professoren wel over deze kwaliteiten kunnen beschikken.¹¹ Waar consensus over bestaat, is dat technologie binnen het onderwijs een grote rol zal spelen. Wij zullen ons hier beperken tot vier toepassingen:

1. robotisering;
2. augmented reality;
3. monitoren van personen;
4. data-analyse.

Aan de hand van de fases in het onderwijs (4-6-jarigen, 6-12-jarigen, 12-18-jarigen, 18+-jarigen) worden vier denkbeeldige scenario's geschetst, waar bij iedere fase wordt ingezoomd op ten minste één van de vier hierboven genoemde specifieke technologieën.

2.1.1 Robotisering – kleuters¹²

Het spelen en spelenderwijs leren in groep 1 en 2, de vroegere kleuterschool, is vanaf 2028 niet meer in handen van kleutermeesters en -juffen. De kinderen worden niet gebracht naar school, maar de zelfrijdende auto's, in sommige gevallen met GPS-onder-

10 D. Basulto, 'Watch out college professors, the robots are coming for your jobs', *Washington Post* 2 juni 2015.

11 E. Johnson, 'Robots won't replace teachers because they can't inspire us', *Recode* 22 juni 2016.

12 Zie recent bericht waarin Sir Anthony Sheldon van het Wellington College aangeeft dat binnen tien jaar leerkrachten door robots vervangen zijn: J. von Radowitz, 'Intelligent machines will replace teachers within 10 years, leading public school headteacher predicts', *Independent* 11 september 2017.

steunde fietsen en in een enkel geval schoenen, zorgen ervoor dat alle leerlingen om precies 8:30 binnen zijn. Onder begeleiding van de robot worden het eerste halfuur in een kring wetenswaardigheden uitgewisseld, waarbij de robotonderwijzer soms aanvult vanuit de informatie over het reilen en zeilen van de leerlingen waar deze over beschikt. Ook worden er regelmatig uitstapjes gemaakt naar meer algemene aspecten die samenhangen met de individuele avonturen. Gedurende de dag wordt er veel gespeeld, in verschillende samenstellingen (groepen van 2, 3, 6 en 10 leerlingen). De robotonderwijzer begeleidt het proces. Individuele en gezamenlijke leermomenten worden naadloos ingevlochten in de overige activiteiten.

2.1.2 *Monitoring – basisschool groep 3-8*

Na de robots van groep 1-2, is er in 2028 in groep 3-8 weer ruimte voor menselijke leerkrachten. Deze zijn 'enhanced', ze worden op allerlei manieren ondersteund door de technologie. Ook lopen er allerlei assistenten rond, dit zijn voornamelijk robots. Deze robots assisteren ook in de observatie. Er worden veel data verzameld tijdens de leerprocessen, onder andere:

- hoe lang doet een leerling over een taak;
- hoe snel wordt een som gemaakt en hoe vaak klopt de uitkomst;
- hoeveel tijd wordt er besteed aan het lezen van een tekst en begrijpt de leerling ook wat er staat;
- wordt er naar de juiste onderwerpen gezocht op internet.

De bovenstaande informatie wordt aangevuld met wat de robots in de klas en op het schoolplein opvangen en waarnemen. Uiteindelijk komt al deze informatie, al dan niet nader geïnterpreteerd, in het leerlingendossier terecht. Het leerlingendossier faciliteert het aanbod van het op de individuele leerling toegesneden onderwijs. Herhaling voor wie herhaling nodig heeft, versnelling voor wie versnelling nodig heeft.

2.1.3 *Augmented reality – middelbare school*

Boeken zijn in 2028 enkel nog digitaal beschikbaar. Op de middelbare school wordt lesstof in veel gevallen via augmented reality aangeboden. In plaats van fysieke, gevaarlijke scheikundige proeven wordt gewerkt in een virtueel laboratorium, waar de leerlingen stoffen kunnen mengen die zelfs nog veel gevaarlijker zijn dan de stoffen die de leraar vroeger op school gebruikte in zijn experimenten voor de klas. In de geschiedenisles wordt rondgelopen in het tijdvak waar de betreffende lessen over gaan: de oertijd, de Romeinse tijd, de middeleeuwen, maar ook modernere ervaringen als Auschwitz, Politonele acties, Srebrenica. Hierbij kunnen de leerlingen soms een rol kiezen en andere keren moeten ze een bepaalde rol spelen. Ook in allerlei andere vakken, zoals biologie, natuurkunde, talen, en dergelijke wordt gebruik gemaakt van augmented reality. Zo kunnen dieren van nabij geobserveerd worden en kan er rondgelopen worden in lichamen van allerlei levende wezens, kan de impact van een met een bepaalde snelheid botsend object worden gevolgd en is spreken met bijvoorbeeld Fransen, desgewenst in Parijs gesitueerd, mogelijk. Alle activiteiten die plaatsvinden binnen de augmentedrealityomgeving worden gelogd en geanalyseerd.

2.1.4 Data-analyses en profilering – universiteit

De overheid bepaalt op basis van de tijdens de eerdere drie onderwijsperiodes (de zojuist beschreven 4-6-jarigen, 6-12-jarigen en 12-18-jarigen) verzamelde, geprofileerde en geanalyseerde informatie welke vervolgopleiding het beste past, of dat wellicht direct gaan werken de voorkeur heeft. Hierbij wordt ook een specifieke onderwijsinstelling voorgesteld, die – op grond van de beschikbare informatie van de leerling alsmede analyses van vergelijkbare studierolcarrières – het beste past. Deze onderwijsinstelling biedt aan de student vervolgens een top 3 van voor de student meest geschikte studies, wederom naar aanleiding van analyses van relevante karakteristieken van de leerling en van het succes van eerdere leerlingen met de studie. Het collegegeld is afhankelijk van de keuze die de student maakt. De eerste keuze is gratis, bij de tweede keuze is het collegegeld 5.000 euro per jaar, bij de derde keuze 10.000 euro per jaar. Het is niet toegestaan studies buiten de voorgestelde top 3 te volgen. Als een student ten minste gemiddeld een 7 staat, dan valt deze terug in het gratis-segment. Behaalt de student gemiddeld minder dan een 7 dan moet 5.000 euro per jaar betaald worden. Nog slechter presterende studenten hoeven niet op een bindend studieadvies te wachten, maar krijgen maandelijkse scores die een indicatie geven van hoe de zaken ervoor staan.

3. Privacy- en gegevensbeschermingsrecht

In de voorgaande paragrafen hebben wij met grove penseelstreken geschetst wat er allemaal kan als het gaat om digitalisering in het onderwijs en de toepassing van nieuwe technologieën, die vrijwel alle als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat daarmee meer persoonsgegevens over leerlingen, scholieren en studenten beschikbaar komen. En trouwens ook over leraren en docenten, en ouders, en alle anderen die bij het onderwijs betrokken zijn. We voorzien dan dat, behoudens de voorwaarden die daaraan door wet- en regelgeving worden opgelegd, de stap naar *big data predictive analytics* haast vanzelfsprekend is. In elk geval lijken de technische beperkingen niet of nauwelijks daaraan in de weg te staan.

We veronderstellen dat, eufemistisch uitgedrukt, niet iedereen direct heel enthousiast wordt van dit beeld. Er zijn zorgen over wat dit betekent in termen van privacybescherming of zelfontplooiing. Vragen die dan opkomen zijn in hoeverre de privacy- en gegevensbeschermingswetgeving voorziet in beperkingen en waarborgen, of ten minste randvoorwaarden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, dat wil zeggen: de leerlingen, scholieren en studenten, leraren en docenten, ouders etc.

Afhankelijk van de specifieke situatie zijn er allerlei regels en normen waaraan leerlingen en studenten rechtsbescherming kunnen ontleen tegen de geschetste privacyrisico's. Het gaat dan niet alleen om privacy- en gegevensbeschermingsrechten, maar ook om maatschappelijke betamelijkheids- en zorgvuldigheidsnormen, over goede trouw en wat in redelijkheid over en weer van elkaar mag worden verwacht in de verhoudingen tussen leerlingen, scholieren en studenten of hun ouders tegenover scholen en onderwijsinstellingen. Ook gaat het over het discriminatieverbod en de Wet gelijke behandeling,

en mogelijk ook over het verdedigingsbeginsel of de onschuldpresumptie in den brede, dus niet in strafrechtelijke zin.¹³

Toch ligt het voor de hand om vooral uit te gaan van de regels en voorschriften, rechten en waarborgen die zijn vastgelegd in de privacy- en gegevensbeschermingsregels. In elk geval vinden we daar de meest uitvoerige en gedetailleerde regelingen, zijnde op dit moment nog de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en straks, vanaf 25 mei 2018, de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) in combinatie met de Uitvoeringswet AVG (UAVG). Daaruit komt dan, is onze inschatting, overwegend betekenis toe aan die regels en uitgangspunten die het meest direct beperkingen opleggen aan het verzamelen en verder verwerken van leerling- en studentgegevens, zijnde:

1. de regels voor de verwerking van bijzondere gegevens, zoals betreffende gezondheid, geloofsovertuiging en etniciteit;
2. de vereisten met betrekking tot de verwerking van gegevens voor andere doelen dan waarvoor deze zijn verzameld (doelbinding);
3. de regels voor geautomatiseerde besluitvorming en profilering;
4. de verplichtingen met betrekking tot transparantie van gegevensverwerkingen, dat wil zeggen de verplichtingen om degenen over wie gegevens worden verwerkt (de zogenoemde betrokkenen) daarover op begrijpelijke wijze te informeren;
5. het beveiligen van informatie en uitgangspunten met betrekking tot privacy-by-design en privacy-by-default of 'gegevensbescherming door ontwerp' en 'gegevensbescherming door standaardinstellingen'.

In aanvulling op bovenstaande kan nog genoemd worden de functionaris gegevensbescherming die voor sommige organisaties, zoals overheidsinstanties, verplicht wordt (artikel 37-39 AVG). De functionaris gegevensbescherming krijgt een centrale rol en moet worden betrokken bij alle aangelegenheden betreffende de verwerking van persoonsgegevens en daarover adviseren en informeren alsmede toezien op de naleving van de AVG. Verder zal in het onderwijs en zeker bij de door ons geschetste toekomstscenario's een privacy impact assessment (of 'gegevensbeschermingseffectbeoordeling', de Nederlandse vertaling van Data Protection Impact Assessment) verplicht worden: "een soort verwerking, in het bijzonder een verwerking waarbij nieuwe technologieën worden gebruikt, [en die] gelet op de aard, de omvang, de context en de doeleinden daarvan waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen" (artikel 35 AVG). Ten slotte kunnen worden vermeld gedragscodes en certificeringen (artikel 40-43 AVG) die op een sector, zoals het onderwijs, toegespitste nadere uitwerkingen van gegevensbeschermingsrecht bevatten en daarmee organisaties binnen die sector concrete handvatten bieden over hoe de informatiehuishouding van per-

13 Deze paragraaf betreft een bewerking van een onderdeel van een preadvies over een vergelijkbaar thema, dat werd geschreven voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, G.J. Zwenne & W.A.M. Steenbruggen, 'Privacyrisico's en -waarborgen bij het gebruik van big data tegen zorgfraude: een verkenning', *Big Data in de zorg*, Sdu 2017, p. 73-99.

soonsgegevens dient te worden ingericht.¹⁴ Het ontbreekt ons aan ruimte om op deze en andere aspecten van de AVG in te gaan, maar de daarin geïnteresseerde lezer verwijzen wij naar de alleen al in Nederland verschenen uitgebreide literatuur.¹⁵ Voordat we komen tot een duiding van de toekomstscenario's en enkele afsluitende woorden richten we ons, bij wijze van vingeroefening, op de voor de vijf thema's gestelde regels en de daaruit voortvloeiende waarborgen en randvoorwaarden.

3.1 Bijzondere gegevens (gezondheid, religie, etniciteit etc.)

Om voor de meesten van ons goed begrijpelijke redenen gelden er extra strenge regels voor het verzamelen en verder verwerken van gegevens betreffende achtereenvolgens:

- ras of etnische afkomst;
- politieke opvattingen en vakbondslidmaatschap;
- religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen;
- genetische gegevens en gezondheidsgegevens;
- biometrische gegevens die worden gebruikt met het oog op de unieke identificatie van iemand (zoals vingerafdruk, irisscan, stemgeluid etc.);
- gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid of oriëntatie;
- gegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten.

We moeten daarbij bedenken dat de wetgever van oudsher uitgaat van een ruime opvatting over deze onderscheiden categorieën van bijzondere gegevens. Zo vallen onder gezondheidsgegevens niet alleen gegevens over ziektes, aandoeningen en stoornissen en de behandeling daarvan, maar ook het gegeven dat iemand ziek is zonder dat bekend is wat eraan mankeert.¹⁶ Dit betekent dat een enkele ziekmelding of een ongespecificeerd verzuimbrieftje ('Niels is vanochtend naar de tandarts') al onder het begrip kan vallen. En, hoewel vergezocht, het is ook voorstelbaar dat onschuldige gegevens over geboortjaar of leeftijd, of woonplaats, kunnen worden opgevat als gezondheidsgegevens, aangezien ook dergelijke gegevens inzicht kunnen geven in de gezondheidstoestand van de betrokkene.¹⁷ Onder etniciteitsgegevens vallen ook het geboorteland van iemand, alsook dat van zijn of haar ouders en grootouders, en volgens toezichthouders ook wel de nationaliteit van betrokkenen. En onder gegevens over geloofsovertuiging kunnen ook gegevens over eetgewoonten of dieet vallen. Voor de hand ligt dat als het gaat om varkensvlees of schaaldieren. Ook de gevierde feestdagen geven natuurlijk inzicht in geloofsovertuiging.

14 Aansluiten bij certificaten en gedragscodes kan zelfs worden aangevoerd "als element om aan te tonen dat de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke zijn nagekomen" (artikel 24, lid 3, AVG).

15 Zie onder andere De Vries & Goudsmit (2015), Verdoodt & Lievens (2017), Schermer (2017), Comijs (2017), Oude Elferink & Reus (2017).

16 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 109; Autoriteit persoonsgegevens, De zieke werknemer: beleidsregels voor de verwerking van persoonsgegevens over de gezondheid van zieke werknemers, z2015-00774, 23 februari 2016, p. 10; zie ook overweging 35 Preambule AVG.

17 Een hoge of lage leeftijd zegt immers iets over de kans om last te krijgen van bepaalde kinder- of ouderdomsziektes. En wie woont in Amsterdam of Utrecht heeft veel meer dan een inwoner van Zeeland of Drenthe een risico om klachten te krijgen over fijnstof.

In het onderwijs worden om uiteenlopende redenen bijzondere gegevens verwerkt. Om passend taalonderwijs aan te bieden, bijvoorbeeld, is van belang dat bekend is dat een leerling dyslexie heeft (gezondheidsgegevens) of dat er thuis vooral Frans of Berbers wordt gesproken (mogelijk een etniciteitsgegevens).¹⁸ Een aantekening dat een kind bepaald voedsel niet mag, kan duiden op een allergie (gezondheidsgegevens) of op een geloofsovertuiging of etniciteit, zoals op een herkenbare foto de huidskleur, een hoofddoek of een bril kan blijken (respectievelijk etniciteit, geloofsovertuiging en gezondheidsgegevens).

U kunt zelf ongetwijfeld andere, betere of interessantere voorbeelden bedenken.

Voor dergelijke categorieën van bijzondere gegevens geldt een verwerkingsverbod. Op grond van artikel 9, lid 1, AVG (artikel 16 Wbp) mogen dergelijke gegevens niet worden verwerkt (verzameld, vastgelegd, gebruikt etc.), tenzij sprake is van een *lex specialis* die dit wel uitdrukkelijk toestaat of als er gebruik kan worden gemaakt van een in de verordening of de wet genoemde uitzondering. Deze uitzonderingen vinden we artikel 9, lid 2, onderdeel a t/m j, AVG en in artikel 22 t/m 31 oUAVG (artikel 17 t/m 23 Wbp).

De vraag is dan in hoeverre deze wetgeving toestaat dat onderwijsinstellingen dergelijke bijzondere gegevens mogen vastleggen en verder verwerken. Een eerste inventarisatie levert een gemengd beeld op. In artikel 23, lid 1, onderdeel c, oUAVG (artikel 21, lid 1, onderdeel c, Wbp) vinden we een bepaling op grond waarvan het scholen is toegestaan om gezondheidsgegevens te verwerken voor zover dat met het oog op de speciale begeleiding van leerlingen of het treffen van bijzondere voorzieningen in verband met hun gezondheidstoestand noodzakelijk is.

Voor gegevens over etniciteit kunnen scholen mogelijk gebruik maken van een uitzondering die de verwerking van dergelijke gegevens toestaat, met het oog op toekennen van een bevoorrechte positie aan personen van een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep teneinde feitelijke nadelen verband houdende met de grond ras of etnische afkomst op te heffen of te verminderen. Daarbij wordt wel als voorwaarde gesteld dat (1) dit voor dat doel noodzakelijk is, (2) de gegevens slechts betrekking hebben op het geboorteland van de betrokkene, van diens ouders of grootouders, dan wel op andere, bij wet vastgestelde criteria, op grond waarvan op objectieve wijze vastgesteld kan worden of iemand tot een minderheidsgroep behoort, en (3) de betrokkene, of zijn of haar ouders, daartegen geen schriftelijk bezwaar heeft gemaakt.

Voor gegevens betreffende geloofsovertuiging biedt artikel 29, lid 1, oUAVG de mogelijkheid om deze te verwerken als dat noodzakelijk is met het oog op de geestelijke verzorging van de betrokkene, tenzij de betrokkene daartegen schriftelijk bezwaar heeft gemaakt.

¹⁸ College bescherming persoonsgegevens, Rapport definitieve bevindingen inzake onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door Snappet, 14 juli 2014 met corrigendum van 27 augustus 2014 (z2013-00795).

In andere gevallen kan de verwerking op grond van artikel 9, lid 2, onderdeel a, AVG zijn toegestaan als de uitdrukkelijke toestemming van de betrokken leerling of student is verkregen of, als deze jonger is dan 16 jaar, van zijn of haar ouders. Verwerking kan eventueel ook zijn toegestaan als het desbetreffende bijzondere gegeven door de scholier of student zelf openbaar is gemaakt, bijvoorbeeld via een sociaal netwerk waarmee een student een herkenbare foto van zichzelf verspreidt. Voor de verwerking van die gegevens kan dan gebruik worden gemaakt van de uitzondering van artikel 9, lid 1, onderdeel e, AVG (artikel 23, lid 1, onderdeel b, Wbp).

In andere gevallen biedt de wetgeving welbeschouwd maar één goed bruikbare mogelijkheid om bijzondere gegevens, ondanks het verwerkingsverbod van artikel 9, lid 1, AVG, wel te mogen verwerken. Dat is de uitzondering van artikel 9, lid 1, onderdeel g, AVG (artikel 23, lid 1, onderdeel g, Wbp), die ziet op de gevallen waarin de gegevensverwerking nodig is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, waarbij er passende waarborgen worden geboden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer en ofwel dit bij wet wordt bepaald ofwel door de Autoriteit Persoonsgegevens ontheffing is verleend. Deze door de toezichthouder te verlenen ontheffing is overigens problematisch doordat deze tegenwoordig de eis stelt dat er reeds een wetsvoorstel aanhangig is waarin wordt voorzien in een wettelijke regeling die de verwerking mogelijk maakt.¹⁹

De verordening biedt daarbij in artikel 89, lid 1 en 2 en artikel 9, lid 2, onderdeel j, AVG (artikel 23, lid 1, onderdeel j, Wbp) de mogelijkheid dat de nationale wetgever of de Uniewetgever voorziet in een uitzondering op het verwerkingsverbod voor wetenschappelijk onderzoek of statistische doeleinden. Daarbij is vereist dat de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de belangen van de betrokkene.²⁰

In het licht van het voorgaande lijkt de verwerking van bijzondere gegevens in het onderwijs, en in het bijzonder het gebruik van bigdata-analyses daarbij, behoudens enkele specifieke situaties, eigenlijk alleen goed mogelijk als er sprake is van een wettelijke regeling, waarbij passende waarborgen zijn getroffen.

3.2 Doelbinding

Een belangrijk uitgangspunt uit de privacy- en gegevensbeschermingswetgeving is het doelbindings- of doelverenigbaarheidsvereiste. Dit stelt eisen aan de verwerking van alle persoonsgegevens en dus niet alleen aan de verwerking van de bijzondere gegevens die

¹⁹ Het beleid van de Autoriteit Persoonsgegevens daarover lijkt niet heel consistent. Opvallend is dat in de zaak die uiteindelijk leidde tot ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698, AB 2008, 335, door de toezichthouder zelf werd beargumenteerd dat een ontheffing ook kan worden verleend om een pilot mogelijk te maken, zodat aan de hand van de uitkomsten daarvan kan worden besloten om al dan niet een dergelijk wetsvoorstel voor te bereiden. In latere besluiten lijkt de toezichthouder daarvan afstand te hebben genomen, maar zonder uit te leggen waarom.

²⁰ Overweging 52 Preambule AVG.

wij hierboven behandelden. Het verlangt enerzijds in artikel 5, lid 1, onderdeel b, AVG (artikel 7 Wbp) dat persoonsgegevens alleen worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde verzameldoelen en anderzijds, in artikel 5, lid 1, onderdeel b, AVG (artikel 9, lid 2, Wbp), dat deze gegevens, nadat ze zijn verzameld, alleen verder mogen worden verwerkt voor doeleinden die niet onverenigbaar zijn met de doeleinden waarvoor ze zijn verzameld.

Of er sprake is van ‘niet onverenigbaarheid’ wordt bepaald aan de hand van de verwantschap tussen de onderscheiden doeleinden, de gevoeligheid van de gegevens, de gevolgen voor de betrokkenen en of de gegevens al dan niet van de betrokkenen zelf zijn verkregen, en de overige waarborgen die zijn getroffen ter bescherming van de betrokkenen. Daarbij komt, zo blijkt uit artikel 6, lid 4, AVG (artikel 9, lid 2, Wbp), veel gewicht toe aan de redelijke verwachtingen die de betrokkenen hebben met betrekking tot de verdere verwerking van hun gegevens.²¹ Voor verwerking voor wetenschappelijke of statistische doeleinden bepaalt de verordening in artikel 5, lid 1, onderdeel b, AVG dat de verdere verwerking met het oog op overeenkomstig artikel 89, lid 1, AVG niet als onverenigbaar met de oorspronkelijke doeleinden wordt beschouwd.

Deze doelverenigbaarheidsvereisten komen in verschillende andere gedaanten terug in de wetgeving. We zien het onder andere in het zogenoemde opslagbeperkingsvereiste van artikel 5, lid 1, onderdeel e, AVG (artikel 10 Wbp) dat verlangt dat gegevens niet langer worden bewaard dan nodig voor het doel waarvoor deze zijn verzameld en in het gegevensminimalisatiebeginsel van artikel 5, lid 1, onderdeel a, AVG (artikel 11 Wbp), op grond waarvan niet meer gegevens mogen worden verzameld en verwerkt dan nodig voor het doel waarvoor deze zijn verzameld.

Voor het doelbindingsvereiste in het algemeen, en voor het opslagbeperkings- en gegevensminimalisatievereiste in het bijzonder, is wel duidelijk dat er op zijn minst sprake is van een gespannen verhouding met de toepassing van bigdata-analyses. Vanuit het perspectief van big data ligt voor de hand om zo veel mogelijk gegevens zo lang mogelijk te bewaren – wie weet levert het nog bruikbare correlaties, patronen en trends op – terwijl deze gegevensbeschermingsvereisten juist erop zijn gericht om over zo min mogelijk gegevens te beschikken. Als zodanig lijken deze vereisten dus vergaande beperkingen op te leggen. Wel voorziet de wet, zoals dat gaat, in een aantal uitzonderingen, maar die lijken in het onderwijs niet heel relevant. Zo kan voorbij worden gegaan aan het doelbindingsvereiste als dat nodig is voor, onder andere, de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten, of gewichtige economische en financiële belangen van de Staat en andere openbare lichamen, of het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften die zijn gesteld ten behoeve van deze gewichtige economische en financiële belangen (artikel 23, lid 1, onderdeel d, e, g en h, AVG). Ook de bescherming van de belangen van de betrokkenen (scholieren, studenten) of de onderwijsinstelling zelf kan een reden zijn om voorbij te gaan aan het doelbindingsvereiste (artikel 23, lid 1, onderdeel i, AVG).

²¹ Zie overweging 50 Preambule AVG.

Een en ander biedt dus weinig mogelijkheden om in het onderwijs voorbij te gaan aan het doelbindingsvereiste. Voor onderwijsinstellingen die gebruik willen gaan maken van bijvoorbeeld *big data analytics* is dan ook van groot belang dat zij verzamel- en verwerkingsdoeleinden vastleggen die voorzien in dergelijke analyses. Er moet daarbij wel worden voldaan aan de voorwaarden die de wet stelt. Deze verzamel- en verwerkingsdoelen moeten gerechtvaardigd zijn, uitdrukkelijk omschreven én wel bepaald. Het laatste vereiste, het welbepaaldbaarheidsvereiste, verlangt dat de uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde verzameldoelen een kader bieden waaraan getoetst kan worden of de gegevens nodig zijn voor die doeleinden of niet. En als we moeten vaststellen dat de verzameldoelen wat dat betreft geen onderscheidend vermogen hebben en eigenlijk alles toelaten, betekent dat dat die onvoldoende welbepaald zijn. Een onderwijsinstelling kan dus niet volstaan met het verzamel- en verwerkingsdoel van ‘analysedoeleinden’, maar zal dat moeten specificeren.²² Bijvoorbeeld door uiteen te zetten wat men beoogt te bereiken met deze analyse, welke organisaties daarbij nog meer over de gegevens kunnen beschikken etc. Waar het gaat om gegevens die in een heel andere context worden verzameld, zoals wellicht de voor opdrachten of examens behaalde cijfers of een CITO-toets, zal het gebruik ervan niet snel te verenigen zijn met het doelbindingsvereiste. Er zal dan dus gebruik moeten worden gemaakt van een van de uitzonderingen waarin de wet voorziet.

3.3 Profilering

Voor bigdata-analyses zijn verder ook de regels voor profilering van belang. We vinden deze regels met zoveel woorden in artikel 22, lid 1 en 2, AVG, die wat dit betreft evenwel voortbouwen op regels die in de daaraan voorafgaande wetgeving werden gesteld voor zogeheten geautomatiseerde besluitvorming (artikel 42 Wbp). Het begrip ‘profilering’ is ruim en omvat, zo blijkt uit artikel 4, onderdeel 4, AVG, elke vorm van geautomatiseerde gegevensverwerking waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd. Het gaat daarbij met name om het analyseren of voorspellen van de beroepsprestaties van de betrokkene, diens economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen.

Een betrokkene heeft op grond van artikel 22, lid 1, AVG, het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem of haar anderszins in aanmerkelijke mate treft. In drie gevallen voorziet artikel 22, lid 2, AVG, in uitzonderingen. Een uitzondering geldt in de volgende gevallen:

- a) Een betrokkene heeft dit recht niet (meer) als de profilering nodig is voor de uitvoering van een overeenkomst met de betrokkene: we kunnen daarbij denken aan de situatie waarin een aanbieder van streaming video-on-demand-diensten op basis van profilering, en met gebruikmaking van bigdata-analyses, aan zijn abonnees bepaalde programma’s of series aanbeveelt.

²² Kamerstukken II 1997/98, 25 982, nr. 3, p. 79.

- b) Als er een wettelijke regeling is die de profilering mogelijk maakt en die voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene. Een voorbeeld zou hier het SyRI-besluit²³ kunnen zijn dat data-analyse ten behoeve van de aanpak van fraude in het sociale domein mogelijk maakt.
- c) En ten slotte, als restcategorie, als de gegevensverwerking voor profileringsdoeleinden gebeurt op basis van de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene, de scholier of student of zijn of haar ouders als deze nog niet 16 jaar is.

Verder is nog relevant dat de verordening bepaalt dat er bij de gegevensverwerking voor profileringsdoeleinden alleen gebruik mag worden gemaakt van bijzondere gegevens, zoals gezondheids- of etniciteitsgegevens, als de betrokken scholier of student of eventueel zijn of haar ouders, daarvoor uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven of als er passende maatregelen zijn getroffen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van die betrokkene. Dit staat in artikel 22, lid 4, jo. artikel 9, lid 2, onderdeel a of g, AVG.

Deze regels zijn streng en zoals we ook al zagen bij de bespreking van de doelbindingsvereisten, voorziet de wetgever dan wel in een aantal uitzonderingen. In dezelfde bepaling als die voorziet in uitzonderingen op het doelbindingsvereiste, artikel 23, lid 1, AVG, is er ook in voorzien dat de nationale wetgever het mogelijk maakt dat wordt voorbijgegaan aan de beperkingen die de wet stelt met betrekking tot profilering. In de oUAVG zien we dat de wetgever voornemens is van deze uitzonderingsmogelijkheid gebruik te maken, maar alleen voor de gevallen waarin er sprake is van geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, die noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of ter uitvoering van een taak van algemeen belang. We moeten dan denken aan besluiten die worden genomen op grond van regelingen die eigenlijk geen enkele beoordelingsruimte kennen, zoals bijvoorbeeld bij het toekennen van toelagen of uitkeringen.²⁴

Wat betekent dit voor het gebruik van big- data-analyses in het onderwijs? Het komt ons voor dat er, als het gaat om beslissingen over de afstudeerrichting of opleidingsvariant waarvoor een scholier of betrokkene in aanmerking komt, in vrijwel alle gevallen sprake is van rechtsgevolgen of gevolgen die hem of haar in aanmerkelijke mate treffen. Er is dan, menen wij, geen sprake van uitdrukkelijke toestemming en evenmin van uitvoering van, zeg, een onderwijsovereenkomst, zodat in dat geval alleen een wet een grondslag kan bieden voor het gebruik van bigdata-analyses in het onderwijs.

3.4 Transparantie

De privacy- en gegevensbeschermingswetgeving verlangt verder dat de betrokkenen worden geïnformeerd over de verwerking van de hen betreffende persoonsgegevens. Onder de Wbp moeten betrokkenen worden geïnformeerd over de identiteit van degene

²³ Besluit van 1 september 2014 tot wijziging van het Besluit SUWI in verband met regels voor fraudeaanpak door gegevensuitwisselingen en het effectief gebruik van binnen de overheid bekend zijnde gegevens met inzet van SyRI, *Stb.* 2014, 320; zie daarover Zwenne & Schmidt 2016, p. 310 en 339-341.

²⁴ Zie artikel 30, lid 1, oUAVG en de MvT daarbij, p. 53.

die verantwoordelijk is voor de gegevensverwerking (zgn. ‘verantwoordelijke’) en de doeleinden waarvoor de gegevens worden verwerkt, alsmede ‘nadere informatie voor zover dat gelet op de aard van de gegevens, de omstandigheden waaronder zij worden verkregen of het gebruik dat ervan wordt gemaakt, nodig is om tegenover de betrokkene een behoorlijke en zorgvuldige verwerking te waarborgen (artikel 33, lid 1 t/m 3 en artikel 34, lid 1 t/m 3, Wbp). In het geval de gegevens bij iemand anders dan de betrokkene zelf worden verkregen, behoeft er evenwel niet te worden geïnformeerd, als dat onmogelijk blijkt of een onevenredige inspanning kost (artikel 34, lid 4, Wbp). Evenmin behoeft de betrokkene te worden geïnformeerd als de vastlegging of verstrekking van de gegevens bij of krachtens wet is voorgeschreven. In dat geval moeten betrokkenen desgevraagd wel worden geïnformeerd over dat wettelijk voorschrift (artikel 34, lid 5, Wbp).

Onder de AVG is de regeling niet heel anders. Wel vereisen de nieuwe regels dat betrokkenen uitgebreider en gedetailleerder worden geïnformeerd. Zo moet op grond van artikel 13, lid 2, en artikel 14, lid 2, AVG ook mededeling worden gedaan van de contactgegevens van degene die verantwoordelijk is voor de verwerking, en over klachtmogelijkheden, ontvangers van de gegevens, eventuele doorgiftes van gegevens naar landen buiten de EU etc.

Van belang is dat zowel de Wbp als straks de AVG ook verlangen dat, in het geval er sprake is van profilering, de betrokkenen ook mededeling wordt gedaan van ‘de logica die ten grondslag ligt aan de geautomatiseerde verwerking van de hen betreffende gegevens’ (artikel 42, lid 4, Wbp). Wat daaronder precies moet worden verstaan is onduidelijk. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wbp kan het voorbeeld worden ontleend van het geval waarbij aan een naam bepaalde gegevens worden toegevoegd op basis van ‘postcodesegmentatie of statistisch onderzoek’ (zeg ‘verhoogd incassorisico’). In zo’n geval kan de betrokkene er aanspraak op maken dat hem wordt medegedeeld welke methoden zijn gebruikt om daartoe te komen. Als het gaat om algemeen toegankelijke kennis geldt dit echter niet. Zo is algemeen bekend dat een levensverzekeraar het overlijdensrisico op kortere termijn van een tachtigjarige hoger inschat dan dat van een veertigjarige. De verzekeraar is niet gehouden daarover nadere uitleg te geven. Dat is anders als het gaat het om minder voor de hand liggende verbanden, bijvoorbeeld op grond van eigen ongepubliceerde statistische reches.²⁵

Met een en ander wordt beoogd de betrokkene, over wie persoonsgegevens worden verwerkt, in staat te stellen kennis te hebben van wat er over hem bekend is en wat daarvan de gevolgen kunnen zijn. Evenals bij het doelbindingsvereiste voorziet de wet (artikel 43, onderdeel a t/m e, Wbp) en de verordening (artikel 23, lid 1, onderdeel d, e, g t/m i, AVG), ook hier in uitzonderingen. Het is de vraag echter in hoeverre daarvan gebruik kan worden gemaakt in het onderwijs. Het is misschien niet onvoorstelbaar dat de rechten en vrijheden van onderwijsinstellingen in het geding zijn als bepaalde analyses van leerlinggegevens *niet* mogelijk zijn. Maar erg waarschijnlijk lijkt ons dat niet.

²⁵ *Kamerstukken I 1999/2000*, 25 892, nr. 92c, p. 13.

3.5 Beveiliging, privacy-by-design en privacy-by-default

De beschikbaarheid van persoonsgegevens brengt verplichtingen met zich mee. Van degenen die over de gegevens beschikken wordt verlangd dat zij ervoor zorgdragen dat er passende technische en organisatorische maatregelen worden genomen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen. Om te bepalen of deze maatregelen passend zijn wordt onder andere rekening gehouden met de verwerkingsrisico's, vooral als gevolg van de vernietiging, het verlies, de wijziging of de ongeoorloofde verstrekking van of ongeoorloofde toegang tot doorgezonden, opgeslagen of anderszins verwerkte gegevens, hetzij per ongeluk hetzij onrechtmatig. In de verordening (artikel 32, lid 1, onderdeel a t/m d, AVG) wordt een aantal mogelijke maatregelen genoemd:

- de pseudonimisering en versleuteling van persoonsgegevens;
- het vermogen om op permanente basis de vertrouwelijkheid, integriteit, beschikbaarheid en veerkracht van de verwerkingssystemen en diensten te garanderen;
- het vermogen om bij een fysiek of technisch incident de beschikbaarheid van en de toegang tot de persoonsgegevens tijdig te herstellen;
- een procedure voor het op gezette tijdstippen testen, beoordelen en evalueren van de doeltreffendheid van de technische en organisatorische maatregelen ter beveiliging van de verwerking.

Enigszins verwant aan deze beveiligingsverplichting zijn de uitgangspunten van privacy-by-design en privacy-by-default, in het Nederlands vertaald als gegevensbescherming door ontwerp en gegevensbescherming door standaardinstellingen (artikel 25, resp. lid 1 en lid 2, AVG). Het uitgangspunt van privacy-by-design verlangt dat technische en organisatorische maatregelen worden genomen om op doeltreffende wijze uitvoering te geven aan de in de wetgeving vastgelegde beginselen, zoals het gegevensminimalisatiebeginsel, alsmede om de nodige waarborgen in de verwerking in te bouwen ter naleving van de voorschriften en ter bescherming van de rechten van de betrokkenen. Het uitgangspunt van privacy-by-default verlangt dat passende technische en organisatorische maatregelen worden getroffen om ervoor te zorgen dat in beginsel alleen persoonsgegevens worden verwerkt die noodzakelijk zijn voor elk specifiek doel van de verwerking. Bij privacy-by-default gaat het dan om de hoeveelheid verzamelde persoonsgegevens, de mate waarin zij worden verwerkt, de termijn waarvoor zij worden opgeslagen en de toegankelijkheid ervan. De te nemen maatregelen moeten onder andere ervoor zorgen dat persoonsgegevens in beginsel niet zonder menselijke tussenkomst voor een onbeperkt aantal natuurlijke personen toegankelijk worden gemaakt.

Waar het gaat om het onderwijs besteedt de wetgever nadrukkelijk aandacht aan een en ander. De aanleiding was de ophef en verontwaardiging die ontstond toen er sprake van was dat educatieve uitgeverij via Basispoort konden beschikken over gegevens betreffende onder andere leerprestaties van leerlingen op de lagere school (zie ook hoofdstuk 2

van dit preadvies). Het wetsvoorstel *Pseudonimisering²⁶ leerlinggegevens²⁷* heeft tot doel, aldus blijkt uit de memorie van toelichting, om een veiliger, betrouwbaarder en meer efficiënte digitale uitwisseling van gegevens door onderwijsinstellingen mogelijk te maken, waarbij zo min mogelijk persoonsgegevens worden gebruikt van leerlingen, deelnemers of studenten (gegevensminimalisatie).²⁸

4. Analyse van toekomstscenario's

De in hoofdstuk 2 geschetste scenario's belichten verschillende technologieën, zoals robotica en augmented reality, en trends of ontwikkelingen die daarmee verband houden, zoals datafication en big data. Een rode draad daarin is dat het gebruik van deze toepassingen met zich brengt dat er persoonsgegevens over leerlingen, scholieren en studenten worden vastgelegd en beschikbaar worden gemaakt. Tegenwoordig verwerken vrijwel alle systemen gegevens, veelal zijn deze aangeduid met de prefix 'smart'. Zowel wat aantal gebruikers en frequentie van het gebruik betreft, als de hoeveelheid data die verwerkt worden is de smartphone in dat opzicht prominent. Maar ook iets onschuldigs als een tandenborstel verzamelt informatie over poetstijden, zowel over het moment waarop er gepoetst wordt als de duur van de poetsbeurt. Dit soort gegevens worden dan doorgaans doorgespeeld naar de fabrikant, lang niet altijd met medeweten van de gebruiker ervan. Gevoeliger gegevens betroffen het geval waar de gebruikster van een vibrator ontstemd was over het buiten haar om verzenden van allerlei data over het gebruik. Zij spande een procedure aan, niet zonder succes.²⁹

In 2013 waren in Nederland om vergelijkbare redenen slimme tv's in het nieuws, de Autoriteit Persoonsgegevens (toen nog: College bescherming persoonsgegevens) stelde onder andere vast:³⁰

“TPVision heeft naar aanleiding van het onderzoek een toestemmingsvraag ingevoerd voor cookies die het kijkgedrag vastleggen, om persoonlijke kijk-aanbiedingen te kunnen doen. Door het ontbreken van volledige en duidelijke informatie is deze toestemming echter niet rechtsgeldig. Voor advertentie-

26 In de AVG wordt in artikel 4, onderdeel 5 pseudonimisering gedefinieerd als “het verwerken van persoonsgegevens op zodanige wijze dat de persoonsgegevens niet meer aan een specifieke betrokkene kunnen worden gekoppeld zonder dat er aanvullende gegevens worden gebruikt, mits deze aanvullende gegevens apart worden bewaard en technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens niet aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon worden gekoppeld.”

27 Voluit: *Kamerstukken II 2016/17, 34 741, nrs. 1 t/m 5, 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.*

28 *Kamerstukken II 2016/17, 34 741, nr. 3, p. 2.*

29 <https://www.forbes.com/sites/janetwburns/2017/03/15/we-vibe-settles-for-3-7m-in-spying-vibrator-data-lawsuit/>. *We-Vibe Settles For \$3.7M In 'Spying Vibrator' Data Suit.*

30 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/cbp-persoonsgegevens-smart-tv's-verzameld-strijd-met-wet>.

cookies en de cookies waarmee TPVision het appgebruik en websitebezoek vastlegt, vraagt het bedrijf helemaal geen toestemming.”

Ook in het onderwijs worden data volop geanalyseerd. Aan de Vrije Universiteit wordt bijvoorbeeld geëxperimenteerd met *student analytics*, om studievertraging te signaleren nog voordat die plaatsvindt en de marketingactiviteiten een zekere richting te geven. Zo is geconstateerd dat dames uit het Gooi het best goed doen bij rechten. Voor zover juist, is het de vraag wat je met dergelijke informatie moet. Je moet in ieder geval heel zorgvuldig te werk gaan bij de uitvoering van dergelijke verwerkingen. Die zorgvuldigheid is nu precies ook wat wij als uitgangspunt nemen bij het analyseren van de scenario's.

4.1 Robotisering

Robots zijn tot steeds meer in staat en beperken zich al lang niet meer tot het aan de lopende band indraaien van een schroefje, plaatsen van een autoportier of het betrekkelijk zombie-achtig huizen stofzuigen of gazons maaien. Een sprekend voorbeeld is Alice, de zorgrobot. Deze heeft mensachtige, enigszins kinderlijke, trekjes. Qua communicatie doet ze enigszins denken aan de klassieker Eliza, in de jaren zestig ontwikkeld aan MIT; Eliza maakte furore als therapeut. Het was een AI-programma, dat voor veel informaticastudenten een van de eerste oefeningen is geweest (en mogelijk nog) in het programmeren van (vermeende) intelligentie. De natuurlijke taalverwerking was simpel, maar redelijk doeltreffend.

```
I am the psychotherapist. Please, describe your problems.
Each time
you are finished talking, type RET twice.

I have a terrible headache.

Maybe you should consult a doctor of medicine, I am a psychiatrist.

Okay, I'll do that then.

Can you elaborate on that?

What are you talking about? No I cannot elaborate. See you later.

Why do you say that?

Now you're just talking nonsense!

What makes you believe now I am just talking nonsense?

You are not making any sense.

Perhaps your plans have something to do with this.
```

De zorgrobot Alice is tot veel meer in staat dan het eenvoudige scriptje van Eliza:

Alice: de postcode is 1057 BA

Mevrouw: Dirk Anton

Alice: Niet Dirk, maar Bernard.

Ze kijkt ook mee in fotoboeken en geeft commentaar op de foto's. Vanuit die achtergrond is ons scenario van de kleuterklas in 2028 niet direct onrealistisch.³¹ De vraag is natuurlijk of we het willen. Persoonlijk hebben wij onze bedenkingen, maar die beperken we nu tot gegevensverwerking.

Wat doet de robot met de informatie die deze verzamelt? Hij is in staat om tijdens gesprekken eerdere gebeurtenissen, algemene kennis of in andere systemen aanwezige informatie in te vlechten. Dit is een nogal ingrijpende verwerking van gegevens. Het is ook de vraag of combinaties van informatie die een dergelijke robot maakt, altijd even gelukkig zullen zijn in de kleutergroep. Zeker bij zelflerende algoritmes is niet ondenkbaar dat er kennis gedeeld wordt die mogelijk juridisch gedeeld mag worden, maar ethisch, of zo u wilt pedagogisch, beter niet gedeeld had kunnen worden. Bovendien is de vraag of uitgangspunten als doelbinding bij zelflerende algoritmes tot gewenste resultaten leiden.

Verder is een vraag wat de robot met al die informatie doet. Aan welke partijen wordt deze doorgegeven? Bij een bewerkers- of verwerkersovereenkomst met het bedrijf dat de robots levert, zal het niet altijd eenvoudig zijn de grenzen aan te geven.

Behalve van tevoren nadenken over toelaatbare verwerkingen is het noodzakelijk dat regelmatig de communicatie van de robot en het delen van informatie geëvalueerd worden. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor in vertrouwen met de 'leerkracht' (robot) gedeelde informatie. Wie mag dergelijke informatie verkrijgen en onder welke voorwaarden?

4.2 Monitoring

Ons scenario van de lagere school ligt het meest dicht aan tegen hoe het op dit moment gaat. Er zijn scholen waar prestaties gelogd worden en resultaten daarvan bijgehouden. Digitalisering in het onderwijs als manier om te oefenen met de stof, is al zo oud als dat er computers zijn. Begin jaren negentig beperkte het Computer Ondersteund Onderwijs (COO) zich nog voornamelijk tot onderzoek, onder andere door de ontwikkeling van Intelligent Tutoring Systems (ITS). De onvermoeibaarheid van dergelijke systemen,

31 In werkelijkheid was het niet de zorgrobot Alice die communiceerde, maar een mens die door de ogen van de robot keek. Een moderne variant van de 18e-eeuwse *The Turk*, ook bekend als the *Mechanical Turk* en *Automaton Chess Player*. Bij *The Turk* was het ook niet de machine die schaakte, maar een mens, verborgen voor de toeschouwers. Dat wij het voorbeeld van Alice toch geven is omdat het aanvankelijk wel de bedoeling was de robot automatisch te laten communiceren. De ontwikkeling van *Sophia* komt al erg in de richting van wat met Alice beoogd was, haar ontwikkeling is te volgen via <http://www.hansonrobotics.com/robot/sophia/>: "Sophia is an evolving genius machine. Her incredible human likeness, expressiveness, and remarkable story as an awakening robot. Over time, her increasing intelligence and remarkable story will enchant the world and connect with people regardless of age, gender, and culture."

eindeloos herhalen waar nodig, het analyseren van waar het fout gaat en daar het aanbod op aanpassen, zien we tegenwoordig in geavanceerde toepassingen. Deze worden deels door ouders privé afgenomen, maar ook binnen scholen worden online educatieve pakketten ingezet. Er zijn ook universiteiten waar gemonitord wordt op welke wijze kennis genomen wordt van digitaal ter beschikking gestelde literatuur. Het verhaal gaat dat er studenten in het café zitten met hun tablet en regelmatig pagina's omslaan zonder deze te lezen, de onderwijsinstelling zo de indruk gevend dat er actief gewerkt wordt.

Zoals al gezegd en overigens bekend, is het doel van onderwijs leerlingen kennis en vaardigheden bij te brengen. Het monitoren en analyseren moet daartoe beperkt blijven. Data-analisten zullen ongetwijfeld allerhande niet direct relevante analyses aanbieden, maar de scholen moeten zich beperken tot wat binnen hun taak ligt. Een belangrijke kwestie is ook om na te denken over welke informatie opgeslagen wordt en hoe lang. De neiging bestaat nog al eens om lang nadat, in dit geval vanuit onderwijsperspectief, de relevantie van informatie niet meer aanwezig is toch de informatie te bewaren. Dit staat op gespannen voet met gegevensbeschermingsrecht, gegevens moeten immers slechts zolang bewaard worden als voor het realiseren van het doel waarvoor ze verzameld zijn nodig is. Doelen kunnen natuurlijk creatief worden geformuleerd om een langere tijd over gegevens te kunnen beschikken, maar ook daaraan stelt de wet beperkingen. En ook als rekening wordt gehouden met de ruimere mogelijkheden die er wellicht zijn voor het verwerken van persoonsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden, dan nog moet heel kritisch gekeken worden naar in hoeverre het doel ook het belang dient van het leveren van (goed) onderwijs.

4.3 Augmented reality

Computers zijn in staat om nauwgezet en uitgebreid informatie te registreren. Wanneer een docent in bijvoorbeeld een spelsituatie bepaalde voorkeuren, handelingen of anderszins opvallende gedragingen van leerlingen kan vaststellen, is dit redelijk beperkt tot het volgen van tegelijkertijd één of hooguit enkele leerlingen. Anders dan docenten zijn computers in staat om continu van iedere leerling afzonderlijk veel informatie te verzamelen en deze vervolgens te analyseren. De impact bij monitoren door geautomatiseerde systemen is alleen al vanwege de alomvattendheid veel groter. Daar komt bij dat de analyses veel dieper kunnen gaan dan waar mensen toe in staat zijn. Wat moet er met al die bevindingen gebeuren? Opslaan in het leerlingendossier?

Binnen augmented reality van bijvoorbeeld historische gebeurtenissen kan van alles afgeleid worden over de eigenschappen van de leerling. Deze analyses hoeven niet eens juist te zijn, maar zelfs als het klopt, moet een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen welke informatie relevant is en welke informatie niet. We hebben te maken met een leeromgeving en hoewel het technisch mogelijk is iedere leerling binnenstebuiten te keren en tot in detail op allerhande aspecten te scoren, is dat vrijwel zeker niet in lijn met het doel waarvoor informatie verzameld wordt. Althans, dat doel zou in beginsel niet verder moeten strekken dan educatie. Het onderwijs moet zich primair bezighouden met leerlingen kennis en vaardigheden bijbrengen. In het geval er psychoanalyse wordt uitgevoerd is dat voor zover het relevant is voor pedagogische ondersteuning

mogelijk verdedigbaar, maar op het moment dat je dergelijke verwerkingen toelaat, is de kans dat er grenzen overschreden worden die je liever niet over gaat, niet onaannemelijk. Wordt een vinkje gezet bij potentieel crimineel indien geconstateerd gedrag minder normconform is dan gemiddeld? En wie krijgt vervolgens toegang tot die informatie? Alle hulpverleners en docenten, en voor hoe lang, jaren later nog?

Niet uit het oog verloren mag worden dat het bij augmented reality gaat om een gecreëerde wereld. Dat iemand graag wil begrijpen hoe kampbewaarders in concentratiekampen hun rol beleefden, hoeft geenszins te betekenen dat deze leerling verkeerde sympathieën heeft. Dit klinkt vanzelfsprekend, maar het moet niet onderschat worden hoe snel dergelijke analytische vervuiling de systemen binnen kan dringen. De rijkheid aan informatie over al het gedrag binnen augmented reality reikt mogelijk dieper dan het inzicht dat een leerling zelf in zijn functioneren heeft, maar zal lang niet altijd het doel dienen dat beoogd zou moeten worden. Strikte controle op wat bedrijven precies doen met de verzamelde informatie, welke informatie het is en wat voor analyses er plaatsvinden, is daarbij noodzakelijk.

4.4 Data-analyses en profilering

In het voorbeeld van de universiteit komen ten minste twee zaken aan bod. Ten eerste dat er een dossier is van een leerling met veel informatie over zijn schoolloopbaan. Een dergelijk leerlingendossier moet niet uitdijen tot een veelomvattend en allesbeheersend document met daarin allerhande niet direct voor het onderwijs relevante zaken. Er dient kritisch gekeken te worden naar de aanwezige informatie en worden nagegaan in hoeverre de verzamelde informatie ook past binnen het doel waarvoor dergelijke gegevens verwerkt worden. Wat verder in ons voorbeeld naar voren komt, is het op basis van profielen nemen van besluiten.

Er worden in ons 2028-scenario zelfs financiële consequenties verbonden aan studiekeuze. Het lijkt nogal verstrekkend dat de autonomie van personen in zo een sterke mate wordt aangetast. Toch zijn we wel al langzaam op weg daarnaar toe. We schetsten al een voorbeeld van matching, wat in een minder geavanceerde vorm, en niet altijd juist uitgevoerd, al een voorportaal is van de ontwikkeling die zou kunnen uitmonden in het – op basis van profielen – studenten nogal dwingend een bepaalde richting op sturen. Het bindend studieadvies is – anders dan de matching bijvoorbeeld – niet vrijblijvend. Indien je binnen een daarvoor gestelde tijd niet de vastgestelde minimale hoeveelheid studiepunten hebt behaald, moet je in beginsel stoppen met de studie aan de instelling waar je die volgt. Merkwaardig aan dergelijk adviezen is dan weer dat je weliswaar weg moet bij de studie aan de universiteit die je dat advies geeft, maar vervolgens op een andere universiteit weer vrolijk verder kan gaan met dezelfde studie.

Zowel matching als bindend studieadvies zijn maatregelen die ver verwijderd zijn van de zeker tot in de jaren tachtig regelmatig voorkomende eeuwige student. Sinds die tijd zijn uiteenlopende maatregelen betreffende financiering er mede op gericht om studenten hun studies zo snel mogelijk te laten afronden. Resultaten van onderwijs in de vorm van een afgestudeerde student kan een samenleving veel opleveren, maar als studenten

niet afstuderen kost het de samenleving geld zonder dat het wat oplevert. Tegen deze achtergrond worden de genoemde maatregelen vastgesteld. Mogelijk zonder het ons te realiseren zijn wij niet heel ver verwijderd van dwingende studieadviezen en daarmee corresponderende collegegelden, zoals in het door ons geschetste scenario.

Wij zijn hier geen voorstander van, maar mocht het zover komen, dan wordt de zorgvuldige verwerking van gegevens nog belangrijker dan dat nu al is. Het huidige regelgevend kader biedt enige bescherming tegen algoritmes op grond waarvan profielen worden gecreëerd, alsmede algoritmes die vervolgens gebruikt worden om op grond van de profielen op het individu toegesneden besluiten te nemen. Maar als we terugkijken naar de geschetste toekomstscenario's vragen wij ons af of die bescherming voldoende is. Al was het maar omdat er onvoldoende zicht is op wat algoritmes nu precies doen en waarom ze dat doen. Zelfs als dat inzicht er is en de uitkomsten een grote mate van betrouwbaarheid hebben, is het belangrijk dat er uitzonderingen mogelijk blijven. De ervaring leert dat onze samenleving niet goed in staat is om afwijkingen van de algemene regel toe te laten.

In het licht van de te verwachten technologische ontwikkelingen moet hierover nog heel goed worden nagedacht.

5. Conclusie

In het inleidende hoofdstuk noemden wij de triade techniek, recht en ethiek. Er zijn mensen die denken dat de mogelijkheden van de techniek grenzeloos zijn en die daarom de vraag naar de technische mogelijkheden (Kan het?) niet echt relevant vinden. Wij zijn minder stellig en denken niet dat alles technisch mogelijk is, ook niet op termijn. Er kan wel veel. Binnen de technische mogelijkheden is het noodzakelijk goed na te denken over het recht (Is het toelaatbaar?) en de ethiek (Is het wenselijk?). Als juristen houden wij ons primair bezig met juridische vragen, maar bij ontwikkelingen zoals wij hier schetsen ontkomen wij er niet aan om ook over de wenselijkheid na te denken. De ethiek kan daarbij zowel een richtsnoer zijn voor de ontwikkeling van toekomstige regulering, als een standaard om bestaande regels kritisch tegen het licht te houden. Meer praktisch is het – zeker gezien de traagheid waarmee juridische regels tot stand komen – niet mogelijk enkel naar het recht te kijken. In voorkomende gevallen zal ook als het recht bepaalde activiteiten toestaat, daar mogelijk toch van afgezien moeten worden vanwege de onwenselijkheid daarvan.

Het doel van onze bijdrage is om het kritisch nadenken over de huidige en toekomstige ontwikkelingen in het onderwijs te stimuleren. Het is van belang daar niet mee te wachten. De ervaring leert dat als de technologie eenmaal is ingevoerd, het lastig is om er niet gebruik van te blijven maken. Wij moeten zien te voorkomen dat we aanbelanden in scenario's zoals door ons geschetst of die u mogelijk zelf voor ogen ziet, zonder

zorgvuldig nagedacht te hebben over de toelaatbaarheid (het recht) en de wenselijkheid (de ethiek).³²

Wij hebben een bijzondere affiniteit met technologie. Echter, hoe mooi de technologie ook is en hoe sprookjesachtig de beloftes van data-analisten kunnen zijn, wij moeten belangrijke menselijke waarden voorop blijven stellen. Het is niet zonder reden dat privacy, en binnen de Europese Unie zelfs gegevensbeschermingsrecht (respectievelijk artikel 7 en 8 Handvest van de Europese Unie), een fundamenteel recht is. Onze menselijke waardigheid bepaalt wie we zijn en we moeten voorkomen dat de praktijk afbreuk doet aan artikel 1 van de Universele verklaring van de Rechten van de Mens: “All human beings are born free and equal in dignity and rights.” Wij worden geboren met rechten en waardigheid en die moeten wij niet uit het oog verliezen. Laten we profiteren van de zegeningen van de techniek, maar binnen de grenzen van het recht en de ethiek.

6. Referenties

- Comijs, D. (2017), De bescherming van bijzondere persoonsgegevens in de Uitvoeringswet AVG, *NJB* 3027/1281.
- Cortesi, S. et al. (2014), *Youth Perspectives on Tech in Schools: From Mobile Devices to Restrictions and Monitoring*, Berkman Center Research Publication No. 2014-3.
- Hoen, I.A. & B.A.J. van Lammeren (2016), ‘Privacy van leerlingen in het digitale onderwijs’, *School en Wet* 2016/1, p. 5-11.
- Haduong, P. et al. (2015), *Student Privacy: The Next Frontier - Emerging & Future Privacy Issues in K-12 Learning Environments*, Berkman Center Research Publication No. 2015-12.
- Murray, A. (2015), ‘The value of analogue educational tools in a digital educational environment’, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 6, No. 1, 2015.
- Oude Elferink, E. & J.G. Reus, ‘Handhaving van de Algemene Verordening Gegevensbescherming vanuit Nederlands perspectief’, *NTER* 2017/06.
- Pardo, A. & G. Siemens (2014). ‘Ethical and privacy principles for learning analytics’, *British Journal of Educational Technology* 45(3), p. 438-450.
- Prins, C. (2016), ‘De (digitale) scholen zijn weer begonnen’, *NJB* 2016/1560, afl. 30.
- Richards, N.M. & J.H. King (2014), ‘Big Data Ethics’, *Wake Forest Law Review*, 2014.
- Schermer, B.W. (2017), ‘Van meldplicht naar registerplicht: de registratie van verwerkingen onder de AVG’, *Computerrecht* 2017/151.
- Stulpin, A.A. (2015), *Reclaiming ‘The Right to Be Let Alone’: Seeking Transparency & Uniformity in the Unchartered Territory of Student Data Mining*, <https://ssrn.com/abstract=2772619>.
- Verdoodt, V. & E. Lievens (2017), ‘De AVG bekeken vanuit een kinderrechtenperspectief: pluspunten, knelpunten & vraagstukken’, *Computerrecht* 2017/155.

32 Richards & King (2014) geven in de context van big data mooi weer waar het om gaat: “We are building a new digital society, and the values we build or fail to build into our new digital structures will define us. Critically, if we fail to balance the human values that we care about, like privacy, confidentiality, transparency, identity and free choice with the compelling uses of Big Data, our Big Data Society risks abandoning these values for the sake of innovation and expediency.”



Vos, J. *et al.* (2015), *Privacy in 10 stappen. Een praktische handleiding voor privacy op school*, Zoetermeer: Kennisnet.

Vries, H. de & M. Goudsmit (2015), 'Voorsorteren op de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *NJB* 2016/1077.

Woolf, B.P. *et al.* (2013), 'AI Grand Challenges for Education', *AI Magazine* (Special issue on Intelligent Learning Technologies), 34(4), p. 66-84.

Zeide, E. (2016), 'Student Privacy Principles for the Age of Big Data: Moving Beyond FERPA and FIPPs', 8 *Drexel Law Review* 339.

Het ethisch debat over big-data-analytics aan de hand van de beginselen uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming

Iris Hoen*

1. Inleiding

[They] were so preoccupied with whether or not they could, that they didn't stop to think if they should'¹

Zo zou de bondige samenvatting kunnen luiden van het preadvies van A.R. Lodder en G.J. Zwenne. Zij geven in het preadvies een realistisch en griezelig inkijkje in het klaslokaal in 2028, waarin technologie (de preadviseurs spreken van digitalisering en dataficatie²) meer mogelijk maakt dan wij (moeten) willen.

Volgens de preadviseurs biedt het privacy- en gegevensbeschermingsrecht niet alle antwoorden op de vragen waarvoor de technologie ons plaatst; ethiek is nodig als aanvulling op het privacy- en gegevensbeschermingsrecht.³ Hoewel ik het met deze zienswijze eens ben, meen ik dat het privacy- en gegevensbeschermingsrecht zoals dat in internationale en Europese verdragen en wetgeving vorm heeft gekregen wel degelijk ethische richtsnoeren bevat die handvatten bieden als het gaat om de gegevensverwerkingen in de school.⁴

2. Reikwijdte verordening

Vooropgesteld: de Algemene Verordening Gegevensbescherming (de verordening of AVG), de opvolger van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) bevat primair gegevensbeschermingsrecht en niet zozeer privacyrecht. Het gegevensbeschermingsrecht uit de verordening sluit uiteraard wel aan bij het privacyrecht zoals dat in de afgelopen decennia vorm heeft gekregen in internationale en Europese verdragen, zoals de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties (1948), het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (1953), de OESO-privacyrichtlijnen (1980), het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (verdrag van Lissabon, 2009), de Conventie 108 van de Raad van Europa voor de bescherming van personen in verband met de automatische verwerking van persoonsgegevens (1981), en de Nederlandse Grondwet. De preadviseurs spreken dan ook geheel correct over privacy- én gegevensbeschermingswetgeving.⁵

* Iris Hoen is advocaat bij Wille Donker Advocaten, Alphen aan den Rijn.

1 Jurassic Park (1993).

2 Preadvies, p. 3.

3 Preadvies, p. 27.

4 Algemene Verordening Gegevensbescherming ofwel de General Data Protection Regulation, Publicatieblad van de Europese Unie, 4 mei 2016.

5 Preadvies, Woord vooraf, p. 11.

De verordening geeft in tal van bepalingen aan ‘de rechten en vrijheden’ van betrokkenen te beschermen. Hier verwijst de verordening nadrukkelijk naar de in deze verdragen vervatte privacygrondrechten van EU-burgers. Dit benadrukt dat buiten de verordening ook richtinggevende normen en verplichtingen bestaan, die bij de toepassing van de verordening niet uit het oog mogen worden verloren, te weten de universele mensenrechtenverdragen waaraan de EU-lidstaten zich hebben verbonden. Deze universele mensenrechten (de verordening spreekt over de rechten en de vrijheden) zoals in deze verdragen zijn neergelegd worden door de verordening dus al benoemd als een ethisch richtsnoer.

Hoofdstuk II van de verordening bevat de beginselen, die rechtstreeks voortkomen uit de ethische afwegingen die in de verdragen zijn gemaakt. In deze bijdrage licht ik aan de hand van enkele beginselen uit de verordening toe dat de verordening concrete aanwijzingen geeft voor de beantwoording van de door de preadviseurs in kaart gebrachte ethische vraagstukken rondom moderne elektronische informatie- en communicatietechnologie.

3. Beginsel van rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie

Artikel 5, lid 1, AVG schrijft voor dat een verwerking rechtmatig moet zijn.⁶ Deze rechtmatigheidseis ziet toe op het gehele van toepassing zijnde wettelijke kader en nadrukkelijk niet uitsluitend op de (rechtmatigheids)gronden genoemd in artikel 6 verordening. Hetzelfde artikel bepaalt dat de verwerking behoorlijk en transparant moet zijn.⁷ In overweging 39 bij de verordening wordt in dit verband daarover gezegd: ‘natuurlijke personen moeten bewust worden gemaakt van de risico’s, regels, waarborgen en rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens (...)’.

Artikel 35 AVG werkt dit uit en verplicht verwerkingsverantwoordelijken voorafgaand aan een verwerking, ‘in het bijzonder een verwerking waarbij nieuwe technologieën worden gebruikt’, [die] gelet op de aard, context en de doeleinden daarvan waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen’ (cursivering IH), een beoordeling uit te voeren van het effect van de beoogde verwerkingsactiviteiten op de bescherming van persoonsgegevens. Overweging 84 acht een dergelijke beoordeling noodzakelijk als de gegevensverwerking gepaard gaat met hoge risico’s in verband met de rechten en de vrijheden van de betrokkenen.

De preadviseurs zeggen in hun preadvies: ‘Eenzijds kan de ethiek grenzen stellen aan de techniek en daarmee gebruikt worden voor het formuleren van het juridische kader. Anderzijds kan bij een bestaand juridisch kader worden aangegeven dat zelfs als bepaalde handelingen juridisch toelaatbaar zijn we mogelijk daar op ethische gronden vanaf moeten zien.’⁸

6 Artikel 5, lid 1, onderdeel a, AVG.

7 Artikel 5, lid 1, onderdeel a, AVG.

8 Preadvies, p. 18.

Mijns inziens fungeert artikel 35 AVG als een dergelijke aanwijzing in het juridisch kader. Artikel 35 AVG voorziet immers in een (verplicht) ethisch debat als het gaat om de door hen beschreven ‘big data predictive analytics’ die in 2018 zijn intrede zullen doen in het onderwijslokaal. Artikel 35 AVG kan dus de eerste dam opwerpen tegen verwerkingen die mogelijk binnen het rechtmatigheidskader van artikel 6 AVG vallen, maar niet door de rechtmatigheidstoets zouden komen van artikel 5 AVG.

Over de noodzaak van een dergelijke (ethische) risicobeoordeling bij een nieuw fenomeen als ‘big data (predictive) analytics’ zullen velen het met de preadviseurs eens zijn, maar dit is vaak anders als het gaat om verwerkingen die in de huidige onderwijspraktijk reeds gemeengoed zijn. Het risico daarvan wordt vaak niet juist ingeschat. Recente voorbeelden uit de schoolpraktijk zijn de door de preadviseurs genoemde Snappet-casus en de commotie rondom de applicatie Basispoort.⁹ In beide gevallen werden leerlinggegevens gedeeld door scholen zonder dat zij zich een beeld hadden gevormd van mogelijke risico’s voor hun leerlingen.

De discussie lijkt zich desondanks nog te vaak te verenigen tot de vraag of de verordening een wettelijke grondslag voor de verwerking biedt. Dit risico zou zich ook kunnen voordoen bij big data analytics. Scholen denken altijd aan de goede kant te zitten als zij toestemming vragen aan ouders en leerlingen. Dit is echter niet het primaire probleem. In veel gevallen zal het ouders en leerlingen bovendien onduidelijk zijn waarvoor zij toestemming geven noch hebben zij inzicht in de aan de verwerking verbonden risico’s. Zelfs de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) maakt zich daaraan schuldig. De Autoriteit Persoonsgegevens stuurde vrij recent een brandbrief aan het onderwijsveld met een dwingende aanbeveling om het herkenbaar afbeelden van leerlingen op de website en in de schoolgids te staken, behoudens door de leerling uitdrukkelijk gegeven toestemming.¹⁰

Op de aanbeveling van de Autoriteit Persoonsgegevens om beeldmateriaal uitsluitend na verkregen toestemming te maken en te gebruiken is uiteraard niets tegen, maar te gemakkelijk kan de indruk ontstaan dat toestemming het mogelijk maakt de eerste vraag naar de rechtmatigheid over te slaan. Dit is, zoals hiervoor al aangegeven, niet de opzet van de verordening. Pas na de eerste discussie rondom de rechtmatigheid van de verwerking op grond van artikel 5 AVG, komt men immers toe aan de beoordeling van de grondslag op grond van artikel 6 AVG waaronder verwerking zou mogen plaatsvinden.¹¹ Voordat de school toestemming vraagt voor het gebruik van een foto zal de school, zoals overweging 39 aangeeft, de risico’s van verwerking, de aan te bieden waarborgen en de rechten van de leerling moeten afwegen, al dan niet aan de hand van artikel 35 AVG. Pas als de afweging tot de conclusie leidt dat verwerking naar zijn aard, context en doeleinde rechtmatig is, komt men toe aan het zoeken van een passende grondslag. Verkregen toestemming kan dus een onethische of onrechtmatige verwerking niet repareren.

9 https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/mijn_privacy/rap_2013_snappet.pdf, preadvies, p. 20.

10 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-roept-scholen-op-zorgvuldig-om-te-gaan-met-beeldmateriaal-van-leerlingen>.

11 Artikel 5, lid 1, AVG eist dat gegevensverwerkingen rechtmatig, behoorlijk én transparant zijn.

Ook als toestemming door leerlingen (dan wel hun ouders) wordt verleend, bestaat vanuit privacyoogpunt gegronde reden om bepaalde verwerkingen te heroverwegen. Tot zulke bewerkingen behoren bijvoorbeeld traditioneel uitgegeven schoolgidsen en websites vol afbeeldingen met leerlingen. Digitale foto's lenen zich gemakkelijk voor identiteitsfraude en kunnen voor onoorbare doelen worden gebruikt. Deze foto's kunnen – zelfs als zij staan opgeslagen in het beveiligde intranet – door kwaadwillenden worden gedownload en worden bewerkt. Het incident rondom de Syrische asielzoeker die zich in de media plots tot zijn grote schrik zag afgebeeld bij een illustratie van een terroristische aanslag, als gevolg van creatief gebruik van een foto op zijn Facebookaccount¹², toont aan dat het een kwestie van tijd zal zijn dat een leerling eenzelfde lot ondergaat. Scholen maken immers ruim gebruik van foto's. Niet langer alleen in de schoolgids, maar ook op hun website. Soms hebben scholen daarnaast een Facebook en Instagramaccount, waarop beeldmateriaal van leerlingen wordt geplaatst.

Een goede risicoanalyse aan de hand van de beginselen uit de verordening zal in veel gevallen leiden tot de conclusie dat verwerking van gegevens van leerlingen strijdig is met de privacyrechten van de leerlingen zoals die zijn neergelegd in de internationale en Europese mensenrechtenverdragen en dat het belang van de leerling – gelet op het aan de verwerking verbonden risico – in veel gevallen zwaarder weegt dan het belang van de school bij de verwerking. Dat geldt al voor de gebruikelijke huis-tuin-keukenverwerkingen, zoals foto's, maar eens te meer bij de technologieën die de preadviseurs beschrijven.

4. Beginsel van doelbinding

Het beginsel van doelbinding eist dat gegevens slechts mogen worden verwerkt voor het doel waarvoor de gegevens zijn verkregen. Dit beginsel vloeit voort uit de in de verdragen en grondwet verankerde privacyrechten, op grond waarvan rechtssubjecten hun 'gerechtvaardigde privacyverwachting' gerespecteerd mogen zien. Inbreuken op de privacyrechten mogen niet verder gaan dan noodzakelijk. De omvang van de inbreuk hangt af van de omstandigheden en cultuur, maar ook van de technische mogelijkheden. Omdat technologie de afstand tussen mensen verkleint, is het van groot belang om juist bij nieuwe technologieën te toetsen of de door de verwerking gemaakte inbreuk op de privacy nog strookt met de gerechtvaardigde privacyverwachting van rechtssubjecten.

5. Overige beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens

Andere beginselen die artikel 5 AVG noemt en afkomstig zijn uit de OESO Privacy Richtlijnen zijn de beginselen van gegevensminimalisatie (artikel 5, lid 1, onderdeel c), juistheid (artikel 5, lid 1, onderdeel d), opslagbeperking (artikel 5, lid 1, onderdeel d), en ten slotte integriteit en vertrouwelijkheid (artikel 5, lid 1, onderdeel f). Deze beginselen hebben ten doel de mate van de inbreuk op de privacy zo klein mogelijk te maken (proportionaliteit) en te waarborgen dat de mate waarin een inbreuk wordt gemaakt op de privacy in verhouding staat tot het doel dat daarmee wordt gediend.

¹² <https://nos.nl/artikel/2154999-syrische-vluchteling-klaagt-facebook-aan-om-nepnieuwselfie.html>.

6. Rechtmatigheid van de verwerking

Verwerkingen die zijn getoetst aan de beginselen uit artikel 5 AVG mogen worden verwerkt, mits daarvoor een wettelijke grondslag voorhanden is. De verordening kent een gesloten stelsel van gronden, die in verschillende situaties aan de orde zijn en elk een eigen set aan verplichtingen kennen. Dit grondenstelsel is een extra waarborg bij de uitvoering van de rechtmatigheidstoets. Vraag is op welke grondslag de gegevensverwerkingen in het onderwijs moeten worden gebaseerd.

Verwerking is toegestaan:

- op grond van voorafgaand verkregen uitdrukkelijke toestemming (artikel 6, lid 1a, AVG);
- voor het aangaan van of ter uitvoering van een overeenkomst (artikel 6, lid 1b, AVG);
- voor de nakoming van een wettelijk voorschrift (artikel 6, lid 1, onderdeel c, AVG);
- met het oog op een vitaal belang van betrokkene (artikel 6, lid 1, onderdeel d, AVG);
- met het oog op de uitvoering van een publieke taak of in het algemeen belang (artikel 6, lid 1, onderdeel e, AVG);
- vanwege een gerechtvaardigd belang (artikel 6, lid 1, onderdeel f, AVG).

Voor de kernprocessen komen de grondslagen toestemming (kwetsbaar en te kwalificeren als ‘vluchtstrook’), vitaal belang (kwesties van leven en dood) en het gerechtvaardigde belang (slechts geschikt voor de niet primaire processen, zoals beveiliging) mijns inziens niet in aanmerking. Resten de grondslagen ‘overeenkomst’, de nakoming van een ‘wettelijk voorschrift’ en ‘de uitvoering van een publieke taak of in het algemeen belang’.

Het debat over de rechtsverhouding tussen school en leerling kan weer worden heropend. Anders dan in het MBO waarvoor is aangegeven dat tussen de instelling en de student een onderwijsovereenkomst wordt gesloten, bestaat voor het primair en voortgezet en hoger onderwijs een dergelijke bepaling niet.¹³ Hoewel Paijmans in 2016 constateerde dat nog steeds geen uitsluitel is te geven of in het onderwijs tussen ouders en leerlingen al dan niet een overeenkomst bestaat¹⁴ lijkt Hof Arnhem-Leeuwarden er – eveneens in 2016 – wel uit te zijn¹⁵:

13 Artikel 8.1.3 Wet Educatie en Beroepsonderwijs (WEB).

14 Mr. B.M. Paijmans, *Handboek Personenschade*, 2085.1.5. Onderwijsovereenkomst?, online uitgave, Kluwer 1 oktober 2016. *Aansprakelijkheid van scholen* verwijst naar: B.P. Vermeulen in zijn noot bij *Rechtbank Amsterdam* 26 mei 1999, *AB* 2000, 104; B.P. Vermeulen in zijn noot bij *ABRvS* 11 december 2002, *AB* 2003, 76; C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss.VU), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, p. 241-266; P.W.A. Huisman, C.W. Noorlander, ‘Juridische aansprakelijkheid voor deugdelijk onderwijs’, *School en Wet* 2004, nr. 4; B.M. Paijmans, ‘De rechtsverhouding tussen de school en de leerlingen/ouders’, p. 14-21, in B.M. Paijmans & I. Van der Putt, *Aansprakelijkheid en scholen, waar liggen de grenzen?*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2007; B.M. Paijmans, *Scholen, zorgplicht en aansprakelijkheid*, Delex, Amsterdam 2008, p. 5-6; P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, ‘Algemeen kader rond toegang, toelating en selectie in het onderwijs’, p. 37-41, in P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Kluwer, Deventer 2009; J. Sperling, ‘De juridische positie van de ouders in het onderwijs’, p. 58-62, in J. Sperling, K.J. Slump & M. van de Koppel, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs*, Symposiumbundel Nederlandse Vereniging voor onderwijsrecht, Sdu Uitgevers, Den Haag 2009.

15 ECLI:NLGHARL:2016:502 Uitspraak Hof Arnhem-Leeuwarden van 26 januari 2016.

‘Op beide partijen (school en leerling) rusten op grond van een overeenkomst verplichtingen, er is *dus sprake van een wederkerige overeenkomst*.’

en:

‘Het hof vindt voor dit oordeel overigens ruimschoots voldoende steun in de literatuur. De meeste schrijvers over dit onderwerp gaan ervan uit dat na toelating van een leerling in het voortgezet bijzonder onderwijs sprake is van een wederkerige overeenkomst tussen leerling en/of ouders enerzijds en het bevoegd gezag van de school anderzijds.’

Met betrekking tot het openbaar onderwijs bestaat meer principiële discussie over de aard van de rechtsverhouding tussen school en leerling.¹⁶

Echter, zelfs als wordt vastgesteld dat de rechtsverhouding tussen de school en de leerling moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst, zou men zich moeten afvragen of de verwerking van persoonsgegevens ook op deze grondslag zou moeten plaatsvinden dan wel dat een andere of tweede verwerkingsgrondslag, bijvoorbeeld ter nakoming van wettelijke voorschriften respectievelijk ter uitvoering van een publieke taak meer voor de hand ligt.

Voor zover het gaat om de toelating en inschrijving van de leerling, zie ik geen bezwaar tegen de grondslag van een overeenkomst voor de verwerking van persoonsgegevens. Op dit niveau is sprake van een overeenkomst tussen ouders en school. Ouders kiezen zelf de school en de school is in beginsel vrij om te bepalen of zij de leerling toelaat. Er is op dit niveau sprake van een leerrecht, het recht om toegelaten te worden tot het door de overheid aangeboden dan wel bekostigde onderwijs.

Als het gaat om gegevensverwerkingen die samenhangen met het onderwijs zelf vind ik het minder logisch om deze verwerkingen te baseren op de overeenkomst. Voorop staat immers dat gegevensverwerking slechts mag plaatsvinden indien dit nodig is ter uitvoering van de overeenkomst én de gegevens voor dit doel zijn verstrekt. Gegevens mogen dan niet voor andere doeleinden worden gebruikt, hoe legitiem ook. Zo zullen gege-

16 S.Voskamp. *Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet*: ten aanzien van het openbaar onderwijs worden verschillende mogelijkheden aangedragen: privaatrechtelijke overeenkomst, publiekrechtelijke overeenkomst, mengvorm, of publiekrechtelijke (niet contractuele) rechtsverhouding. Privaatrechtelijke overeenkomst: Stoop 1977, p. 456–460; Hennekens 1988, 1989; Drop 1985, p. 305–307; Hermans, Backx & Pors 1993, p. 182 e.v.; Sperling 2009, p. 61. Er worden voor het aanmerken van de verhouding als overeenkomst zowel in het bijzonder als in het openbaar onderwijs bezwaren aangevoerd, zie Pajmans 2013, p. 45–46 met verwijzingen; P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander, ‘Juridische aansprakelijkheid voor deugdelijk onderwijs’, *School en Wet* 2004/4, p. 153–154. Publiekrechtelijke overeenkomst: Noorlander 2005, p. 235 e.v. Gemengde publiek- en privaatrechtelijke overeenkomst: Pors 1990, p. 155–159. Publiekrechtelijke (niet contractuele) rechtsverhouding: Trietsch 1978, p. 489; R. Snel & A. Postma, ‘Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs’, *Gst.* 1999, 7091, p. 57–66; Vermeulen & Zootjens 2000, p. 107–108; Huisman & Noorlander, 2004, p. 153; P.W.A. Huisman & P.J.J. Zootjens, *Selectie bij toelating tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 37 e.v.

vens niet mogen worden gebruikt met het oog op het verkrijgen van inzicht in de leerprestaties van leerlingen van school A, uit het jaar 2002 uit wijk X van plaats Y. Het is in dat geval ook discutabel of toestemming van de ouders de verwerking alsnog kan legitimeren. Bij de gegevensverwerking op grond van de overeenkomst zal steeds het belang van de school om tot verwerking te mogen overgaan dienen te worden afgewogen tegen de belangen van deze leerlingen. Als een verwerking risico's bevat voor de betrokken leerlingen, dan zal al snel het belang van de school bij verwerking dienen te wijken voor het belang van de leerling. In het kader van een overeenkomst zal sneller de grens worden bereikt van hetgeen noodzakelijk moet worden geacht met het oog op de uitvoering van de overeenkomst, dan wanneer de gegevensverwerking plaatsvindt om een wettelijke verplichting na te leven of ter uitvoering van een publieke taak.

Als we ervan uitgaan dat aan gegevensverwerkingen in het funderend onderwijs ook een algemeen belang ten grondslag ligt, zou dit mijns inziens ook moeten blijken uit de grondslag op grond waarvan de gegevens worden verwerkt. Het ligt dan niet voor de hand om gegevens te verwerken op de grondslag van de overeenkomst. Het algemeen belang komt daarin in ieder geval niet terug en onvoldoende duidelijk is dat geen sprake is van een uitsluitend geïndividualiseerde rechtsverhouding waarin slechts de belangen van de leerling worden afgewogen tegen die van de school.

Als uitgegaan wordt van een algemeen belang zal daarvoor in de wet een grondslag moeten worden gevonden. In ieder geval zou een aanknopingspunt daarvoor te vinden kunnen zijn in de Leerplichtwet waar in de memorie van toelichting inzake de wijziging van de Leerplichtwet 1969 in verband met de registratie van vrijstellingen en vervangende leerplicht, aangegeven wordt dat de wettelijke leerplicht naast private doeleinden¹⁷ ook een algemeen belang dient.¹⁸ Ik zou daaraan willen toevoegen 'en de daaruit volgende gegevensverwerkingen dus ook.'

Ook in het Europese recht is erkend dat met het funderend onderwijs een algemeen belang is gediend waarvoor het persoonlijke belang soms moet wijken.¹⁹ In deze zaak oordeelde het HvJ EU dat het algemeen belang van verplicht zwemonderwijs zwaarder dient te wegen dan (persoonlijke) religieuze verplichtingen. Een dergelijk oordeel lijkt moeilijker verdedigbaar als uitgegaan wordt van een overeenkomst als grondslag voor het aangeboden onderwijs. Bovendien stelt de verordening zwaardere eisen aan inbreuken op de privacy als de gegevensverwerking plaatsvindt op basis van een overeenkomst dan wanneer de verwerking plaatsvindt ter nakoming van een wettelijke verplichting of de uitvoering van een publiek belang waarbij het belang van de betrokkene al in het wetgevingsproces is onderkend en is geborgd. Mijns inziens zouden scholen daarom

17 Leerplicht kan ook worden gezien als onderdeel van de zorg en verantwoordelijkheid van ouders voor het welzijn en de veiligheid van het kind en voor het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid, voortvloeiend uit het ouderlijk gezag (artikel 1:247 BW), zie Ton Liefwaard, Jaap Doek & Denise Verkroost, *NJB* 2016/297

18 MvT 33 537, 2012–2013 Wet van 11 september 2013 tot wijziging van de Leerplichtwet 1969 en de Wet op het onderwijstoezicht in verband met de registratie van vrijstellingen en vervangende leerplicht.

19 EHRM 10 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD002908612.

worden ontlast met een in de wet verankerde grondslag voor de gegevensverwerkingen die samenhangen met het onderwijsproces. Bovendien is daarmee de rechtmatigheid van de verwerking beter geborgd.

Verwerkingen die worden betiteld als big data analytics zijn bij uitstek verwerkingen die zich niet alleen op de individuele leerling richten, maar ook op groepen leerlingen die niet alleen ten dienste staan van de leerling zelf, maar ook het belang van het onderwijs in het algemeen dienen. Onderwijsinstellingen kunnen op basis van dit type verwerkingen waardevolle informatie verkrijgen over de kwaliteit van het onderwijsproces en inzage verkrijgen in mogelijke verbeteringen, niet alleen voor de individuele leerling maar voor leerlingen in het algemeen. De inbreuken op de privacy die daarmee gepaard kunnen gaan, zullen mijns inziens niet snel kunnen worden gerechtvaardigd in het kader van de uitvoering van een overeenkomst. Bij verwerkingen ter nakoming van een wettelijke verplichting of een publieke taak zou dit in voorkomende gevallen anders kunnen liggen. Voorstelbaar is dat de laatstgenoemde grondslag bepaalde inbreuken op de privacy kan rechtvaardigen terwijl dezelfde verwerkingen in het kader van een overeenkomst niet toelaatbaar zouden worden geacht. Overigens biedt ook op dit punt de verordening waarborgen, doordat de verordening in dat geval eist dat formele wetgeving de gegevensverwerking dient te regelen en in dit verband de gegevensbeschermingseffectbeoordeling is uitgevoerd.

Een debat over de grondslag van gegevensverwerking in het onderwijs is wenselijk, omdat dit een vertrekpunt biedt voor de verdere toepassing van de verordening in het onderwijs en houvast biedt in het ethisch debat over de toelaatbaarheid van big data analytics in het onderwijs als ook een onderstreping van de noodzaak om deze verwerkingen in formele wetgeving te regelen.

Mijns inziens zou het voor de hand liggen om de gegevensverwerkingen in het funderend onderwijs primair te baseren op de grondslag 'wettelijke verplichting' dan wel 'publieke taak'. Meer dan in het beroeps- en hoger onderwijs, vloeit het funderend onderwijs voort uit een publiek algemeen belang. De overheid heeft via de sectorwetten en de daarop gebaseerde regelgeving een dikke vinger in de pap als het gaat om de inrichting van het onderwijsprogramma dat leerlingen krijgen aangeboden en de daaraan verbonden gegevensverwerkingen van leerlingen, die daaruit voortvloeien.

Het ligt daarom voor de hand om gegevensverwerkingen te baseren op de grondslag 'wettelijke verplichting' respectievelijk 'publieke taak'. Beoordeeld zal moeten worden of in dat geval de in de sectorwetten opgenomen voorschriften voor het openbaar onderwijs – tevens bekostigingsvoorwaarden bijzonder onderwijs²⁰ – toereikend zijn en kunnen worden beschouwd als zogenaamde wettelijke verplichtingen op grond waarvan verwerking van leerlinggegevens noodzakelijk is, of als grondslag voor een publieke taak of een taak van algemeen belang. Dit lijkt mij alleszins verdedigbaar, al zou het wenselijk zijn dit – met zoveel woorden – ook nadrukkelijk in de sectorwetten te verwoorden.

²⁰ Wpo, afdeling 1/Wvo, afdeling 1, hoofdstuk 1.

7. Verbod op verwerken van bijzondere persoonsgegevens, tenzij...

Binnen het onderwijs worden naast 'gewone' persoonsgegevens ook tal van bijzondere persoonsgegevens verwerkt. Daarvoor geldt in beginsel een verbod. De preadviseurs wijzen op de ruime opvatting van de wetgever over deze onderscheiden categorieën van bijzondere gegevens. Zo vallen volgens de preadviseurs onder gezondheidsgegevens niet alleen gegevens over ziektes, aandoeningen en stoornissen en de behandeling daarvan, maar ook het gegeven dat iemand ziek is zonder dat bekend is wat hem mankeert. Ook menen de preadviseurs dat onschuldige gegevens over geboortejaar of leeftijd, of woonplaats, kunnen worden opgevat als gezondheidsgegevens, aangezien ook dergelijke gegevens inzicht kunnen geven in de gezondheidstoestand van de betrokkene.²¹ De preadviseurs volgen met deze interpretatie de uitleg van de Autoriteit Persoonsgegevens. Het criterium is volgens de toezichthouder of er op basis van de gegevens, eventueel in combinatie met andere gegevens, conclusies (al dan niet juist) getrokken kunnen worden over iemands gezondheid of gezondheidsrisico's. Zo komen neutrale gegevens als geboortejaar of leeftijd al snel onder het strenge regime van de categorie bijzondere (gezondheids)gegevens, omdat deze gegevens in combinatie met andere gegevens mogelijk iets zeggen over iemands gezondheid.²²

Sommigen zijn van mening dat deze uitleg van de AP (destijds CBP) niet strookte met art8, lid 1, Richtlijn 95/46/EG (thans artikel 9, lid 1, AVG). De richtlijn maakt onderscheid tussen persoonsgegevens 'waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond *blijkt*' (revealing), en 'gegevens *over* gezondheid' (concerning).²³ Deze formulering lijkt in te houden dat uitsluitend gegevens over de gezondheid worden beschouwd als bijzondere persoonsgegevens en niet uit te breiden zijn tot de gegevens waaruit gezondheid *blijkt*. Het geboortejaar of de leeftijd van betrokkenen is op basis van deze uitleg dan geen gegeven over iemands gezondheid. Ontegenzeggelijk *blijkt* uit deze gegevens de gezondheid van betrokkene, maar gaan deze gegevens niet *over* de gezondheid van betrokkene. Leerprestaties lijken mij dan wel weer gegevens over de gezondheid te zijn en te kwalificeren als (mentale) gezondheidsgegevens. Dat betekent dat deze moeten worden gerekend tot bijzondere persoonsgegevens waarvoor in beginsel een verbod op verwerking bestaat.

8. Grondslag voor het verwerken van bijzondere gegevens

Het verbod op de verwerking van bijzondere gegevens is niet aan de orde wanneer wordt voldaan aan één van de in de verordening genoemde voorwaarden (artikel 9, lid 2, AVG) of als een in de wet opgenomen uitzondering van toepassing is. De preadviseurs beschrij-

21 Preadvies, p. 15.

22 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/nike-past-hardloop-app-aan-na-onderzoek-cbp>.

23 Artikel 16 Wbp spreekt over persoonsgegevens *betreffende* iemands gezondheid. Richtlijn 95/46/EG waar de Wbp op was geënt hanteert het onderscheid dat de verordening ook maakt, zodat de vraag rijst of de Wbp de richtlijn op dit punt wel juist had vertaald.

ven deze voorwaarden en uitzonderingen in hun preadvies.²⁴ Voor zover het de bigdata-verwerkingen betreft zien de preadviseurs één bruikbare mogelijkheid om bijzondere gegevens te mogen verwerken, namelijk in gevallen waarin de gegevensverwerking nodig is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, (...) en dit ofwel bij wet wordt bepaald, ofwel door de AP ontheffing is verleend.²⁵

Mij schijnt toe dat dit zwaarwegend belang minder snel kan worden aangenomen als wordt uitgegaan van een overeenkomst tussen de onderwijsinstelling en de leerling dan wanneer uitgegaan wordt van verwerkingen met het oog op nakoming van wettelijke voorschriften en de publieke taak of het algemene belang.

De wettelijke basis voor verwerking van bijzondere gegevens in het onderwijs is ook los van de bigdata-verwerkingen nogal beperkt. De preadviseurs noemen weliswaar de uitzondering die de conceptuitvoeringswet AVG biedt voor verwerkingen met het oog op *de speciale begeleiding van leerlingen* en verwerkingen ten aanzien van *bijzondere voorzieningen in verband met hun gezondheidstoestand*²⁶, maar de wet voorziet maar zeer beperkt in een grondslag voor verwerkingen van bijzondere gegevens van leerlingen die géén speciale begeleiding of géén bijzondere voorzieningen nodig hebben. Een uitzondering is de verplichting voor scholen in het primair onderwijs om een leerlingvolgsysteem te hebben, een verplichting overigens die in het voortgezet onderwijs ontbreekt.

Voor andere verwerkingen van bijzondere gegevens vond ik geen wettelijke grondslag op basis waarvan deze gegevens zouden mogen worden verwerkt. Behoeftte bestaat aan een uitzondering voor het verwerken van leerprestaties van leerlingen in het kader van (bijzonder en openbaar) primair en voortgezet onderwijs waarbij in het wetgevingsproces de ethische aspecten van verwerking zullen zijn besproken en afgewogen.

9. Conclusie

De preadviseurs vragen meer dan terecht aandacht voor de ethische aspecten van gegevensverwerking. Dat wil niet zeggen dat in de verordening ethiek ontbreekt. De beginselen uit de verordening zijn een vertaling van de rechten en vrijheden uit de mensenrechtenverdragen en de OESO-Privacyrichtlijnen. Toepassing van de beginselen op de gegevensverwerkingen stelt de vanzelfsprekendheid van gegevensverwerkingen onmiddellijk ter discussie. De beginselen leiden tot vragen over de rechtmatigheid van verwerking, wiens belang precies wordt gediend bij verwerking en of de inbreuken op de privacy gerechtvaardigd zijn gelet op het belang en de noodzaak van de verwerking.

Een afweging van de risico's voor de rechten en vrijheden staat bij deze afweging centraal alsook de ethische vraag die de preadviseurs zich stellen of wij bepaalde verwerkingen die de technologie mogelijk maakt wel moeten willen. Ook het boek 'The Circle'

²⁴ Preadvies, p. 26.

²⁵ Artikel 9, lid 1, onderdeel g, AVG.

²⁶ Artikel 23, lid 2, onderdeel c, AVG.



van Dave Eggers²⁷ beschrijft een wereld waarin maximale transparantie ('sharing is caring') als het hoogste goed wordt beschouwd en toont het gevaar van big data, of zoals de hoofdpersoon constateert 'ever-present daylight, [that] will burn us all alive'.²⁸

Het verzamelen en gebruiken van gewone en bijzondere persoonsgegevens vindt plaats met de beste bedoelingen, vaak in het streven het beste uit onze leerlingen te willen halen, maar kan een doos van Pandora openen, die moeilijk weer te sluiten is. Het belang van goede wetgeving én ethisch debat kan daarbij moeilijk worden overschat.

27 D. Eggers, *The Circle*, Knopf Doubleday Publishing Group, New York 2013.

28 Eggers 2013, p. 434.





Big and small data – de praktijk van persoonsgegevens in het onderwijs

Wouter Pors*

1. Inleiding

Om aan te sluiten bij de conclusie van het preadvies: ook ik heb een bijzondere affiniteit met technologie; ik heb een paar jaar aan een technische universiteit gestudeerd en mijn hoofdspecialisatie is octrooirecht. Maar evengoed heb ik een affiniteit met recht en politiek, terwijl op het snijvlak van recht en technologie de ethiek steeds belangrijker wordt. Onderwijs en verwerking van persoonsgegevens leent zich bij uitstek voor toepassing van al deze invalshoeken. In het preadvies speelt de technologie de hoofdrol, daarom zal ik dat hier niet herhalen, maar de problematiek benaderen vanuit de huidige onderwijspraktijk. De technologische component zal die problematiek in de nabije toekomst nog veel verder compliceren, voor zover die toekomst al niet gearriveerd is.

Zoals de Grondwet zegt, is het onderwijs een voorwerp van aanhoudende zorg van de regering en misschien ook wel voor de regering. Iedereen begint al op jonge leeftijd aan onderwijs en blijft in ieder geval onderwijs volgen zolang de leerplicht duurt. Daarna volgt een steeds groeiend aantal jongeren hoger onderwijs; een Bachelor, vaak een Master en regelmatig ook nog een promotie. Zelfs daarna is het nog niet afgelopen, want in toenemende mate blijft onderwijs deel uitmaken van het werkzame leven. Werkenden volgen mbo-opleidingen met een beroepspraktijkvormingscomponent, in dienstverlenende beroepen dienen beroepsopleidingen gevolgd te worden (die voor advocaten bijvoorbeeld steeds zwaarder worden) en ook daarna blijft permanente educatie belangrijk.

2. De onderwijscarrière van leerlingen en studenten

Er zijn vele onderwijsvormen, schoolsoorten en onderwijsinstellingen. Niemand volgt zijn hele leven – vanaf tenminste 4 jaar – onderwijs aan dezelfde school. Zelf kom ik – afgezien van de permanente educatie – vanaf de toenmalige kleuterschool al aan zo'n acht onderwijsinstellingen waaraan ik opleidingen heb gevolgd. In theorie is een onderwijssysteem denkbaar waar alleen het aanbieden en volgen van onderwijs relevant is, ongeacht de prestaties van de leerlingen (en dus ook van de docenten). Maar dat is niet de realiteit, niet in Nederland en niet in Europa. Er moeten namelijk onderwijsdoelen gehaald worden; de leerlingen en studenten moeten toetsbare kennis, inzichten en vaardigheden verwerven. De gegevens waaruit dat blijkt moeten worden vastgelegd en moeten overgedragen kunnen worden.

Dit speelt niet slechts op Nederlands niveau. Immers, de Bologna-verklaring beoogde een harmonisatie van de eindkwalificaties in het hoger onderwijs binnen de gehele Europese Unie; dit heeft in Nederland geleid tot de invoering van de Bachelor-Masterstructuur, waarbij het idee was dat de mobiliteit van de studenten in de Masterfase aan-

* Wouter Pors is advocaat en partner bij Bird & Bird, Den Haag.

zienlijk vergroot zou worden, doordat een Bachelorgraad van een Europese universiteit toegang zou geven tot de aansluitende Masteropleiding van elke andere Europese universiteit.

3. Verwerking en overdracht van persoonsgegevens is essentieel voor onderwijs

In groep 2 van de basisschool moet al beoordeeld worden of bijvoorbeeld de sociaal-emotionele ontwikkeling van de leerling zodanig gevorderd is dat die leerling over kan gaan naar groep 3, waar het onderwijs een heel andere vorm aanneemt. Dat is in de regel een overgang binnen dezelfde school, zodat dit in theorie nog wel in een teambespreking zonder verdere vastlegging van gegevens besproken zou kunnen worden, maar dat is niet de huidige praktijk. Als voorzitter van een medezeggenschapsraad van een basisschool heb ik indertijd ook meegemaakt dat zelfs over die overgang al discussies met ouders konden ontstaan, waarin de leerkracht geen argumenten heeft om op terug te vallen als er niets is vastgelegd. Daar bestaat dus al de noodzaak van vastlegging en verwerking van persoonsgegevens, ook al zijn het dan misschien nog small data.

Bij de overstap van de basisschool naar het voortgezet onderwijs moeten keuzes gemaakt worden, gebaseerd op een schooladvies. Hier worden niet alleen de leerlingen, maar ook de data al groter. Er wordt immers op ruime schaal gebruik gemaakt van landelijke toetsystemen. Dat is zeker nuttig, omdat dit bij juist gebruik de advisering nauwkeuriger en betrouwbaarder maakt. In de fase daarna geven met goed gevolg afgelegde examens de toegang tot de volgende onderwijssoort. Dat soort examens worden landelijk gestandaardiseerd. Ze vormen een wettelijke toelatingsvoorwaarde voor vervolgonderwijs.

4. Praktijkvoorbeeld: invloed van big data op beoordeling in het onderwijs

Nu zou je denken dat bijvoorbeeld een examen Frans in het voortgezet onderwijs erop neerkomt dat één of twee examinatoren inhoudelijk beoordelen of de kennis van het Frans voldoende is, en wel op basis van hun eigen expertise. Een zaak die dit jaar heeft gespeeld (en nog loopt in hoger beroep) laat echter zien dat big data en statistiek hier al een grote invloed hebben. Een leerling geeft op een vraag in het centraal schriftelijk examen Frans een antwoord dat volgens het door het College voor Toetsen en Examens (CvTE) vastgestelde correctievoorschrift niet goed is. Op grond van de Wet College voor Toetsen en Examens, de Wet op het voortgezet onderwijs en het Eindexamenbesluit VO stelt het CvTE niet alleen de opgaven voor de centrale schriftelijke examens vast, maar ook de correctievoorschriften en de normeringen. Nadat het examen is gemaakt komt het CvTE tot het inzicht dat het antwoord dat deze leerling – en een aanzienlijk aantal andere leerlingen – gegeven heeft toch goed is. Je zou verwachten dat de leerlingen die dit antwoord hebben gegeven er dan een punt bij krijgen (met als prettig neveneffect dat sommigen van hen alsnog geslaagd zijn) en dat de zaak daarmee af is. Zo werkt het echter niet. Ik citeer uit het vonnis:¹

¹ Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland 28 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4334 (Leerling / CvTE).

“2.2. Voor het CvTE geldt als uitgangspunt dat leerlingen met dezelfde vaardigheden die in een bepaald jaar een voldoende halen, dat in opvolgende jaren ook halen. De lat moet dus ieder jaar even hoog liggen. De hoogte van de lat wordt vastgesteld aan de hand van een referentie-examen, een examen uit een eerder jaar. Vervolgens wordt de vaardigheid van de examenkandidaten vastgesteld. Omdat het technisch onmogelijk is om alle examens voor een vak voor ieder schooljaar ‘precies even moeilijk’ te maken, wordt een normeringsterm (N-term) vastgesteld per examen door het CvTE. De N-term moet ervoor zorgen dat het cijfer naar boven of beneden wordt bijgesteld indien een examen moeilijker of makkelijker bleek dan vooraf was ingeschat. De prestatie-eisen blijven gelijk, zodat vaardiger leerlingen een hoger cijfer halen.

2.3. Het examencijfer wordt op grond van de Regeling omzetting scores in cijfers centrale examens en rekentoets VO 2016 vastgesteld door de volgende formule toe te passen: cijfer = $9 \times (\text{behaalde score} / \text{maximale score}) + \text{normeringsterm (N-term)}$.

2.6. Op 13 juni 2017 heeft een normeringsvergadering plaatsgevonden voor het examen Frans. Uit het verslag van de normeringsvergadering blijkt dat de technische N-term (zijnde de voor het examen vastgestelde normering) van 0,4 diende te worden aangepast naar 0,5, vanwege vraag 15. Het antwoord ‘en effet’ had, achteraf gezien, toch als goed antwoord aangemerkt moeten worden. De afwijking van de N-term is als volgt berekend: $9 \times 0,67 \times (1/51) = 0,118$. Afgerond levert dit 0,1 op. De gehanteerde 0,67 ziet op het feit dat 67% van de leerlingen een punt had behaald voor vraag 15.”

U ziet het: niet de prestatie van de betreffende leerling is doorslaggevend, maar de big data, die leiden tot een neerwaartse statistische correctie van het cijfer nadat het antwoord alsnog goed gerekend is. Het gaat mij er nu niet om of deze uitkomst juridisch aanvaardbaar is, daar zal het gerechtshof zich nog over moeten uitlaten. Waar het mij om gaat, is dat al op dit niveau geaggregeerde persoonsgegevens van de totale populatie van eindexamenkandidaten direct invloed hebben op de toekomst van een individuele leerling. Daarbij is mijn indruk bovendien dat het door het CvTE genoemde ‘referentie-examen’ niet anders dan willekeurig gekozen kan zijn. Het lijkt erop dat hier de data hun eigen rechtvaardiging vormen.

Hierbij gaat het niet om high tech, augmented reality of robotisering; dit zijn data die op traditionele manier verzameld zijn en gebruikt worden voor de correctie van examenuitslagen met directe gevolgen voor individuele leerlingen. De leerlingen waarvan de data op deze wijze gebruikt worden is nooit om toestemming voor deze wijze van verwerking gevraagd. Zonder dit diepgaand onderzocht te hebben, durf ik de stelling wel aan dat de gemiddelde leerling geen idee heeft dat het zo werkt, en de ouders van die leerling evenmin. Het is zelfs zeer de vraag of die leerling, als verteld zou worden dat het plan is om zijn examenresultaten voor dit doel te gebruiken, wel toestemming voor deze verwerking zou geven. Het is bovendien de vraag of die verwerking noodzakelijk is voor een goede beoordeling van de examenresultaten; zoals uit het voorgaande blijkt betreft het immers per definitie geen inhoudelijke beoordeling van het kennen of kunnen van de examenkandidaat. Het CvTE heeft ook geen echt inhoudelijk argument

gegeven voor de noodzakelijkheid van de toegepaste methodiek en dus van de daarvoor benodigde verwerking van persoonsgegevens. De stelling dat de lat 'dus' ieder jaar even hoog moet liggen, is niet werkelijk een motivering. Is de totale leerlingenpopulatie ieder jaar 'dus' identiek? Kan de kwaliteit van het onderwijs verbeteren of verslechteren, met als logische consequentie dat de examenresultaten verbeteren of verslechteren? Is het geen perverse prikkel als een inspanning van docenten om de onderwijskwaliteit te verbeteren automatisch wordt afgeroomd door het aanpassen van een statistische correctiefactor? De noodzakelijkheid van de verwerking van deze persoonsgegevens is dus, zeker bij gebreke van een werkelijke onderbouwing, zeer dubieus. Tevens is dit een duidelijk voorbeeld van een geval waarin naast juridische ook technologische, politieke en (via de mogelijke perverse prikkel) zelfs ethische aspecten relevant zijn.

5. Leerlingen en studenten hebben zelf belang bij verwerking van persoonsgegevens

Dat neemt niet weg dat er overigens wel een noodzaak is om de betreffende persoonsgegevens te verwerken, waarbij ook de leerlingen en studenten zelf een belang hebben. Immers, zij moeten kunnen aantonen dat zij een bepaalde onderwijskwalificatie behaald hebben, zowel om toegang te krijgen tot vervolgoopleidingen als om toegang te krijgen tot de arbeidsmarkt. In theorie is voorstelbaar dat het diploma daarvoor het enige bewijs zou zijn, waarmee het in feite nog meer de status van een waardepapier zou verkrijgen. Als de aan dat diploma ten grondslag liggende persoonsgegevens niet verwerkt zouden mogen worden zou, anders dan middels het papier zelf, niet meer verifieerbaar zijn of het diploma authentiek is en de daaraan ten grondslag liggende kwalificatie daadwerkelijk behaald is.

Uiteraard moeten deze persoonsgegevens gedurende de duur van de opleiding verwerkt worden, zodat vastgesteld kan worden dat aanspraak bestaat op uitreiking van het diploma omdat alle onderdelen van de daaraan ten grondslag liggende opleiding met goed gevolg zijn afgesloten. Echter, als de verwerking beperkt zou blijven tot deze controlefunctie, is dat waarschijnlijk zowel voor de onderwijsinstellingen als voor de leerlingen en studenten een gemiste kans. Voortgangsgegevens kunnen immers ook gebruikt worden om onderwijsresultaten te verbeteren, zoals in leerlingvolgsystemen. Soms bestaat daartoe zelfs een wettelijke verplichting. Zo mag in het hoger onderwijs alleen een negatief bindend studieadvies worden gegeven als de student tijdig gewaarschuwd is dat hij door achterblijvende studieresultaten in de gevarenzone dreigt te komen. Bij die wettelijk verplichte waarschuwing hoeft het uiteraard niet te blijven; er kan ook op de persoon toegesneden begeleiding aangeboden worden. Dit alles hoeft gedurende de duur van de opleiding nog geen probleem te zijn, omdat er dan immers een rechtsverhouding tussen de onderwijsinstelling en de leerling of student bestaat, waar de verwerking van persoonsgegevens op gebaseerd kan worden.

6. Gebrekkige grondslag in de onderwijswetgeving

Overigens bestaat in de onderwijswetgeving voor die juridische grondslag nog nauwelijks aandacht. Artikel 1.1, onder x1, 2.3.6d, 2.5.5e en 8.1.1a, Wet educatie en beroeps-

onderwijs (WEB) regelen bijvoorbeeld tot op zekere hoogte het gebruik van het burgerservicenummer van leerlingen en deelnemers door onderwijsinstellingen en gemeenten, maar over de overige verwerking van persoonsgegevens gedurende de opleiding is weinig geregeld. Zo regelt artikel 8.1.1a WEB wel de bij inschrijving te verstrekken gegevens, maar niet hoe en met welk doel deze verwerkt mogen worden. Artikel 8.1.3 WEB bepaalt welke onderwerpen in de onderwijsovereenkomst geregeld moeten worden, maar de verwerking van persoonsgegevens staat daar niet tussen. Artikel 8.1.8a WEB regelt alleen de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van de verzuim melding. Voor het voortgezet algemeen volwassenenonderwijs bevatten artikel 2.3.6a en 2.5.5a WEB nog enkele bepalingen over de verwerking van persoonsgegevens – zij het niet voor onderwijsdoeleinden! – maar voor andere onderwijssoorten ontbreken in diezelfde wet vergelijkbare bepalingen. De bewaarplicht (dan wel het bewaarrecht) van onderwijsresultaten is in de WEB zelfs in het geheel niet geregeld. Voor het beroeps- onderwijs is een bewaarplicht van vijf jaar wel te vinden in artikel 23 Subsidieregeling praktijkleren,² maar daar alleen voor werkgevers die subsidie aanvragen voor de beroeps- praktijkvorming, niet voor de onderwijsinstelling. De bewaarplicht is dan ook niet opgelegd ten behoeve van de onderwijsdeelnemers, maar ten behoeve van de subsidiever- strekker.

In andere onderwijswetten is de situatie vergelijkbaar. Artikel 7.3, lid 5, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bepaalt dat het aan de opleiding verbonden examen – maar alleen voor zover dat met goed gevolg is afgelegd – en de met het oog daarop vervaardigde werkstukken zeven jaar worden bewaard, maar bepaalt niets over het bewaren van overige (onderwijsgerelateerde) persoonsgegevens van studenten. Een bizarre consequentie is de volgende. Op grond van artikel 7.8b WHW kan aan een student een negatief bindend studieadvies worden gegeven, waaraan een zogenoemde afwijzing kan worden verbonden, eventueel voorzien van een termijn gedurende welke de instelling hernieuwde inschrijving van de betreffende student kan weigeren. Ontbreekt de termijn, dan is de afwijzing definitief. Aangezien de WHW een gesloten stelsel van toelatingseisen kent, kan een student die aan die eisen voldoet niet geweigerd worden buiten het geval van artikel 7.8b WHW. Op grond van artikel 7.8b, lid 5, WHW wordt op grond van de afwijzing de inschrijving van de student beëindigd. Daarmee eindigt dus de rechtsverhouding tussen de onderwijsinstelling en de student. De afwijzing is uiteraard aan de persoon gekoppeld, maar de wet regelt gek genoeg niet of de onderwijsinstelling dit persoonsgeven na het einde van de rechtsverhouding met de student mag blijven verwerken. Zo niet, dan weet de instelling niet dat aan de student een afwijzing is gegeven en kan een hernieuwd verzoek tot inschrijving dus niet worden geweigerd.

2 Regeling van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 31 oktober 2013, nr. WJZ/560472 (10352), houdende regels voor subsidieverstrekking ter stimulering van praktijkleren en het verrichten van onderzoek (Subsidieregeling praktijkleren), *Starr.* 2013, 31130, zoals sindsdien gewijzigd.



7. Verwerking na beëindiging van de opleiding

Is de verwerking van persoonsgegevens gedurende de opleiding van de leerling of student al nauwelijks geregeld, dat geldt helemaal voor de verwerking nadat aan de onderwijsovereenkomst een einde is gekomen. Ik noemde hiervoor al het voorbeeld van de afwijzing op grond van een negatief bindend studieadvies en de controleerbaarheid van afgegeven diploma's. Maar de voormalige leerling of student heeft ook zelf belang bij het bewaren van zijn persoonsgegevens. Die gegevens kunnen vele jaren na het volgen van het onderwijs nog nodig zijn en niet alleen als hij het diploma is kwijtgeraakt. Een gedeeltelijk voltooide opleiding, waarvoor geen diploma is afgegeven, kan aanspraak geven op vrijstellingen wegens elders verworven competenties, maar dan moet die verworven competentie wel bij de examencommissie van de nieuwe opleiding aangetoond kunnen worden. Daarbij kan het overigens ook gaan om gegevens die geregistreerd zijn voor de huidige Wet bescherming persoonsgegevens in werking is getreden,³ zodat indertijd bij de registratie van die gegevens er nog geen aanleiding was om aandacht te besteden aan de wettelijke eisen. Onderwijsinstellingen hebben hiervoor in de regel ook geen contractuele regelingen getroffen met hun leerlingen of studenten. Er zijn al helemaal geen regelingen met leerlingen of studenten getroffen met het oog op de inwerkingtreding van de Algemene verordening gegevensbescherming per 25 mei 2018, laat staan met voormalige leerlingen of studenten.

8. Verwerking van bijzondere gegevens

Een verdere complicatie vormen de bijzondere categorieën persoonsgegevens als bedoeld in artikel 9 van de Verordening (hierna kortweg bijzondere gegevens). Veel onderwijsinstellingen bewaren kopieën van foto-identiteitsbewijzen van hun leerlingen of studenten. Dat kan noodzakelijk zijn om fraude bij examens te voorkomen, maar omdat een foto wordt opgeslagen is dit een verwerking van een bijzonder gegeven waaruit bijvoorbeeld ras, etnische afkomst, religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging blijken of kunnen worden afgeleid. Het is dus riskant om dit te verwerken, maar tegelijkertijd is er nog geen bruikbaar alternatief. Er is immers nog geen sluitend systeem van digitale identificatie waarvan scholen gebruik kunnen en mogen maken en waarin alle leerlingen en studenten opgenomen zijn. De wettelijk geregelde onderwijsnummers bieden hier nog niet direct een oplossing voor, omdat de digitale toegangscntrole die hier gebruik van zou kunnen maken nog niet beschikbaar is.

Zoals in het preadvies vermeld wordt, is in artikel 23, lid 1, onderdeel c, ontwerp Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (oUAVG) een bevoegdheid voor scholen om bijzondere gegevens te verwerken opgenomen voor zover dat met het oog op de speciale begeleiding van leerlingen of het treffen van bijzondere voorzieningen in verband met hun gezondheidstoestand noodzakelijk is. Zo kan een leerling bij een school laten registreren dat hij kleurenblind is, waardoor hij recht heeft op extra

³ De Wet bescherming persoonsgegevens van 6 juli 2000, *Stb.* 2000, 302, trad in werking op 1 september 2001.

voorzieningen bij bijvoorbeeld toetsen aardrijkskunde. Scholen registreren bijvoorbeeld ook altijd dyslexie, maar de lijst kan nagenoeg oneindig uitgebreid worden, vooral sinds het ‘Weer samen naar school’-beleid. Dat is echter de enige specifieke onderwijsbepaling. In het preadvies worden enkele mogelijke oplossingen besproken, die gebaseerd zijn op interpretatie van de bestaande en komende generieke wetgeving, maar die route biedt naar mijn mening onvoldoende zekerheid aan zowel de onderwijsinstellingen als de leerlingen en studenten. Daarvoor is duidelijke wetgeving nodig.

9. Conclusie

In het onderwijs is het verwerken van persoonsgegevens inmiddels bijna een kern van de activiteiten geworden. De onderwijswetgeving vertoont op dit terrein echter veel achterstallig onderhoud; de grondslag voor de noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens ontbreekt vrijwel volledig. Dat geldt eens te meer voor de verwerking van bijzondere gegevens en van gegevens van voormalige leerlingen en studenten. De huidige generieke wetgeving biedt op dit terrein al onvoldoende zekerheid, terwijl de situatie vanaf 25 mei 2018 onder de Algemene verordening gegevensbescherming en de bijbehorende uitvoeringswetgeving waarschijnlijk nog riskanter wordt. De onderwijsinstellingen lopen dan risico bij de verwerking van persoonsgegevens van hun leerlingen en studenten, terwijl die leerlingen en studenten zelf het risico lopen dat voor hen essentiële gegevens definitief verloren gaan, wat hen in hun verdere onderwijs- en arbeidscarrière kan opbreken.

Het is dan ook hoog tijd voor een bezemwet waarin al deze gebreken op uniforme wijze hersteld worden voor de volledige onderwijswetgeving. Ook al ontbreekt de tijd om dit vóór 25 mei 2018 rond te krijgen, er moet wel een begin mee gemaakt worden.

Robotisering, augmented reality, nieuwe vormen van monitoring en profilering zijn de uitdagingen van de nabije toekomst, maar eerst moeten de uitdagingen aangepakt worden die in het verleden zijn blijven liggen en die in het heden wezenlijke problemen veroorzaken.

Bij voorkeur dient aan dergelijke wetgeving inderdaad een gedegen afweging van de interactie van recht, ethiek en techniek ten grondslag te liggen, een noodzakelijke voorwaarde niet alleen bij alle problematiek rond big data, maar ook rond small data. Onderwijs is een essentiële component van de Nederlandse samenleving; Nederland is een kennismaatschappij, maar de wetgeving biedt nog onvoldoende waarborgen op het snijvlak van onderwijs en data. Het is hoog tijd om dat op peil te brengen.





Verslag NVOR jaarsymposium 2016

Ilona Bierkens*

Het NVOR symposium 2016 richtte zich op vraagstukken rondom het conceptwetsvoorstel 'Meer Ruimte voor Nieuwe Scholen' (hierna: conceptwetsvoorstel). Het conceptwetsvoorstel beoogt de stichting van nieuwe scholen te vergemakkelijken, onder meer door het nu geldende richtingbegrip bij stichting van nieuwe scholen los te laten. De preadviseurs Miek Laemers en Paul Zoontjens zijn in hun preadvies 'Magnificently unprepared for the long littleness of life?' ingegaan op diverse vragen die het conceptwetsvoorstel oproept; de coreferenten Laus Vogelaar (voormalig juridisch adviseur VBSO), Thérèse Penders (Verus) en Ronald Bloemers (VOS/ABB) reflecteerden op het conceptwetsvoorstel en het preadvies. De discussie over het conceptwetsvoorstel, het preadvies en de coreferaten werd verder aangezet door stellingen waarop tijdens het symposium via telefoons kon worden gestemd. De strekking van een aantal van deze stellingen en de daarmee gepaard gaande discussie is opgenomen in dit verslag. De diverse visies van de preadviseurs, coreferenten en de deelnemers van het symposium worden in dit verslag thematisch behandeld. De volgende onderwerpen komen daarbij aan bod: inhoud preadvies, constitutionele uitgangspunten preadvies, nut en relevantie conceptwetsvoorstel, voorgestelde ex ante kwaliteitstoets, effecten conceptwetsvoorstel voor bestaande scholen, gevolgen conceptwetsvoorstel duale stelsel, gevolgen palet te stichten scholen en het imago van het bijzonder onderwijs.

Preadvies: 'Magnificently unprepared for the long littleness of life?'

In het preadvies van Laemers en Zoontjens nemen zij het (ambitieuze) conceptwetsvoorstel onder de loep. Het conceptwetsvoorstel rust op twee pijlers, namelijk (1) verandering in het denken over het begrip richting en (2) het reële probleem dat er speelt bij de stichting van scholen, waarbij de gehanteerde indirecte meting vooral ten gunste van bestaande richtingen werkt.

De titel van het preadvies verwijst naar de ambitieuze doelstelling van het conceptwetsvoorstel, namelijk het streven naar meer ruimte voor initiatiefnemers om nieuwe scholen te stichten en daarmee een verruiming van de vrijheid van onderwijs. De titel – gebaseerd op een citaat uit een gedicht van Frances Cornford – stelt de vraag of het conceptwetsvoorstel niet te ambitieus is en in zijn ambitie het oog voor de realiteit en daarmee de littleness of life uit het oog is verloren. Een vraag die kan worden gesteld is de volgende: ketst het ambitieuze conceptwetsvoorstel dat in het groot denkt niet af op de kleinheden van het leven, zoals de consequenties voor bestaande scholen?

Het preadvies gaat in op onderwerpen waar de voorgestelde richtingvrije planning toe kan leiden, zoals scholen die ons nu verontrusten (bijvoorbeeld Gülen-scholen, groezelige types op de markt die bijvoorbeeld een bijzondere samenstelling van scholen ver-

* Ilona Bierkens is docent/onderzoeker staats- en bestuursrecht aan de Tilburg Law School.





oorzaken of scholen met een scheiding tussen jongens en meisjes) en futuristische concepten (bijvoorbeeld iPad-scholen). De centrale vraag en daarmee de rode draad van het preadvies is of het conceptwetsvoorstel werkbaar is. In het bijzonder of het conceptwetsvoorstel voldoende rekening houdt met de effecten op bestaande scholen. Ook andere onderwerpen en vragen passeren de revue in het preadvies. Een aantal van deze onderwerpen kwam aan bod tijdens het jaarsymposium.

Constitutionele uitgangspunten preadvies

In het preadvies wordt in de ondertitel verwezen naar de constitutionele haken en ogen van het conceptwetsvoorstel. In het vervolg van het preadvies, onder meer in hoofdstuk 2, wordt verder ingegaan op de constitutionele toetsing waar de preadviseurs het conceptwetsvoorstel aan hebben onderworpen.

Ten aanzien van de constitutionele uitgangspunten waarnaar het preadvies verwijst, heeft Ben Vermeulen een tweetal vragen:

- (1) Wat zijn de constitutionele uitgangspunten waaraan gerefereerd wordt in het preadvies?
- (2) Is er strijdigheid met deze constitutionele uitgangspunten?

Laemers geeft, in antwoord op deze vragen, aan dat het preadvies uit verschillende onderdelen bestaat en dat er per onderwerp is bekeken welke (constitutionele) vragen relevant zijn. Wat betreft de vraag of richtingvrije planning past, is gekeken of deze vorm van scholenplanning past binnen de kaders van de Grondwet. Het antwoord daarop is bevestigend. Voor de beantwoording van die vraag zijn de internationale verdragen niet expliciet aan de orde geweest. De internationale verdragen zijn wel op andere onderdelen van het preadvies relevant gebleken, zoals het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en de voorgestelde rechtsstatelijkheidseisen.

Zoontjens vult daarop aan dat al in een eerder rapport van de Onderwijsraad (Onderwijsraad, 'Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief', Den Haag 2012) is gepleit voor een herijking van het richtingbegrip. Het richtingbegrip zal met de voorgestelde wijzigingen van het conceptwetsvoorstel en in navolging van onder meer artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM verschuiven naar een vragersperspectief.

Nut en relevantie conceptwetsvoorstel

Een ander thema dat onderwerp van gesprek en discussie is geweest, is de noodzaak voor en de relevantie van het conceptwetsvoorstel. Met andere woorden, is het conceptwetsvoorstel nodig voor de innovatie van het onderwijsstelsel?

Zoontjens merkt bij de toelichting op het preadvies op dat het huidig stelsel van stichting van scholen verstopt zit; de geldende stichtingsnormen worden niet of nauwelijks gehaald. De flexibiliteit en rek is daarmee uit de onderwijspraktijk. Het preadvies onderschrijft de noodzaak tot vernieuwing en een dynamische aanpak bij de stichting van nieuwe scholen. Dat er een herverdeling van scholen moet komen echoot in de praktijk, het is de vraag hoe je dat doet en of het conceptwetsvoorstel passende keuzes maakt.



Eén van de stellingen waarop gedurende het symposium kan worden gestemd ziet op de vraag of innovatie van het systeem door middel van het conceptwetsvoorstel moet worden bereikt of dat het huidige stelsel voldoende ruimte biedt. Kees Jansen geeft aan dat er binnen het huidige stelsel voldoende ruimte is voor innovatie. Innovatie moet wel worden bevorderd. Een ander geluid komt van Bloemers die aangeeft dat hij het van belang vindt om te zoeken naar alle mogelijkheden. Ruimte voor innovatie moet worden gecreëerd (en daarmee verder gaan dan wat nu al kan), zodat innovatie op geen enkele manier wordt belemmerd.

Een behoudender geluid komt van coreferent Penders die in haar coreferaat aangeeft dat het huidige stelsel voldoende mogelijkheden biedt tot innovatie. Het conceptwetsvoorstel is onnodig, want er zijn voldoende richtingen en daarmee is er voldoende keuzevrijheid voor ouders. Ouders zijn tevreden met het onderwijs dat wordt gegeven. De bestaande richtingen blijven ook bij het conceptwetsvoorstel bestaan. Penders vraagt zich af wat dan het nut van het conceptwetsvoorstel is, nu ouders tevreden zijn met de scholen en het onderwijs dat zij bieden. Bovendien is de kwaliteit van het onderwijs van scholen op orde. Daarnaast hebben eerdere initiatieven zoals flexibilisering van het scholenbestand, inspectietoezicht en directe meting al tot verbeteringen in het huidige systeem geleid.

Vermeulen heeft een aantal vragen die zien op het nut van het conceptwetsvoorstel, namelijk:

- (1) Wat is het probleem dat men wil oplossen met het conceptwetsvoorstel?
- (2) Wat is de omvang van het probleem?
- (3) Is er een oplossing te vinden binnen het huidige stelsel?
- (4) Wat voor problemen brengt deze oplossing met zich mee?

In aanvulling op de presentatie van het preadvies en in antwoord op de vragen van Vermeulen geeft Zoontjens aan dat het probleem dat het conceptwetsvoorstel wil oplossen de veranderende opvatting van het richtingbegrip is. Een ander probleem dat het conceptwetsvoorstel hoopt op te lossen is het probleem van indirecte meting. Nieuwe scholen ervaren door deze indirecte meting drempels bij de oprichting van een school en hen wordt daardoor de toegang tot de markt ontzegd. Een andere discussie, die al jaren speelt en ook hier relevant is, is de vraag hoe het onderwijs veilig en toekomstbestendig blijft. Zo is er het afgelopen jaar discussie geweest over het Salafistisch onderwijs in Rotterdam, de rector van de Islamitische universiteit, en scholen die een verzameling van richtingen onder zich hebben. In antwoord op de vraag of deze punten in het huidige stelsel opgelost kunnen worden, merkt Zoontjens op dat er binnen het huidige stelsel oplossingen denkbaar zijn. Zo kan aan bestaande richtingen de kans worden geboden om zich uit te laten over het veranderen van richting. Ook kan er ruimte worden geboden om ouderinitiatieven te faciliteren en ruimte worden gelaten voor zelfregulatie.



Voorgestelde ex ante kwaliteitstoets

Het conceptwetsvoorstel staat een ex ante kwaliteitstoets voor ogen, waarbij initiatiefnemers van de stichting van de nieuwe school vooraf door middel van een startdocument en een belangstellingsmeting aan moeten tonen dat er behoefte is aan de te stichten school en dat deze bovendien aan de kwaliteitseisen voldoet. De Inspectie van het Onderwijs is belast met het verrichten van deze ex ante kwaliteitstoets. Preadviseurs Laemers en Zoontjens merken hierover op dat bij het bepalen van de kwaliteit van een school op basis van documenten, de te hanteren criteria voldoende duidelijk moeten zijn. Zo ook bij nog niet vertegenwoordigde onderwijsverstrekkers die mogelijk nog onvoldoende gegevens hebben over de te stichten school. Ook voor hen gelden de striktere eisen van de ex ante kwaliteitstoets. Bovendien wijkt het conceptwetsvoorstel af van de geldende systematiek van de Wet op het Onderwijstoezicht.

Het preadvies bevat in hoofdstuk 5 een uitgebreide behandeling van de belangstellingsmeting zoals het conceptwetsvoorstel voor ogen heeft. Zo komt de richtinggebonden prognose te vervallen en wordt een nieuwe belangstellingsmeting geïntroduceerd. Deze nieuwe belangstellingsmeting kent twee varianten, te weten (1) een marktonderzoek of (2) ouderverklaringen. Preadviseurs Laemers en Zoontjens tonen zich kritisch ten aanzien van deze belangstellingsmeting, omdat de data die voortkomen uit beide varianten van de belangstellingsmeting geen enkele zekerheid geven dat mensen zullen handelen zoals aangegeven in de (niet-bindende) ouderverklaring en het marktonderzoek. Het is dan ook de vraag wat deze data waard zijn en of deze daarmee als grondslag mogen dienen voor het al dan niet stichten van een nieuwe school.

Naast bovengenoemde bezwaren stellen de preadviseurs een andere toetsing voor, namelijk een toetsing van de rechtsstatelijkheid bij de oprichting van instellingen. In het preadvies zijn een aantal varianten op de ex ante integriteitstoets voorgesteld en onderzocht, zoals het vooraf toetsen van rechtspersonen, het toetsen van de bestuurder al dan niet door middel van een verklaring omtrent gedrag, controle door de minister op het functioneren van rechtspersonen en mogelijkheden van selectie van geschikte kandidaten voor het stichten van nieuwe scholen. Het conceptwetsvoorstel bevat hierover geen enkele bepaling. In het preadvies is tevens de mogelijkheid van een openbare aanbesteding als instrument onderzocht, maar niet wenselijk bevonden. Gelet op artikel 23 Grondwet is overheidsbemoediging bij de inrichting van het onderwijs beperkt. Openbare aanbesteding zou leiden tot overheden die striktere en specifieke criteria vaststellen met betrekking tot de oprichting van een school. Dit gaat buiten de terughoudendheid van de overheid die door artikel 23 Grondwet wordt opgelegd.

Penders is in haar presentatie kritisch over een kwaliteitstoets voorafgaand aan de stichting van een school. Zij stelt de vraag of een dergelijke toetsing is toegestaan. Anders dan de preadviseurs meent zij dat een dergelijke toetsing in zijn geheel niet is toegestaan. Een ex ante kwaliteitstoets werpt immers barrières op voor de stichting van een school. Dat past niet bij het gegeven dat het geven van onderwijs vrij is. Voor de beheersbaarheid van het aantal scholen is een drempel wel noodzakelijk. De aanbeveling van de

preadviseurs om een ex ante toets te verrichten naar de rechtsstatelijkheid vindt Penders een aardige vondst, waarmee de objectiviteit van toetsing wellicht kan worden geborgd. Beperkingen op het onderwijs mogen immers niet te gemakkelijk plaats kunnen hebben. De suggestie in het preadvies om een verklaring omtrent gedrag te introduceren voor bestuurders van scholen biedt naar haar mening onvoldoende soelaas.

Vogelaar kan zich in de kritische noten van Penders vinden en stelt bij de afrondende discussie nog de (retorische) vraag of de voorgestelde ex ante kwaliteitstoets niet disproportioneel is.

Effecten conceptwetsvoorstel voor bestaande scholen

Het conceptwetsvoorstel houdt onvoldoende rekening met de effecten voor bestaande scholen, aldus de preadviseurs. Zo vragen zij zich af of er een risico bestaat dat leerlingen worden weggetrokken naar net gestichte scholen ten koste van bestaande scholen.

Een ander zorgpunt, waar in het conceptwetsvoorstel onvoldoende rekening mee is gehouden, is het effect dat richtingvrije planning kan hebben in krimpgebieden. In die gebieden, waar het leerlingaantal afneemt, is het niet wenselijk dat er nieuwe scholen worden gesticht.

De volgende stelling – die er in de kern als volgt uitgaat – zorgde voor discussie die raakt aan deze thematiek:

Het conceptwetsvoorstel is een voorbeeld van een top down benadering. In de praktijk zijn ouders tevreden dus een aanpassing is niet nodig.

Pieter Huisman merkt over deze stelling op dat de aanleiding voor het conceptwetsvoorstel kan zijn dat de zuilen die eerder gangbaar waren voor het richtingbegrip niet meer van deze tijd zijn. Zo is er een aantal jaar geleden geprobeerd om een Boeddhistische school te stichten, maar is deze poging gestrand omdat het Boeddhisme geen erkende zuil is. De stichting van scholen is dus sterk bemoeilijkt. Ingewikkeld in het conceptwetsvoorstel is de directe meting en het marktonderzoek. Wat interessant kan zijn, is particulier initiatief dat later wordt bekostigd onder voorwaarden. Het is dan wel de vraag wat deze voorwaarden moeten zijn. Zoontjens geeft aan dat een aantal voorwaarden voor particulier onderwijs al is verwoord in artikel 1a1 Leerplichtwet 1969. Transparantie kan een extra voorwaarde zijn voor bekostiging.

Vermeulen merkt op dat bovenstaande opmerkingen uitgaan van de veronderstelling dat er met het conceptwetsvoorstel uit het niets nieuwe scholen zouden worden gesticht, maar wellicht gaat het juist om grote stichtingen die van nevenvestigingen en dislocaties een aparte school maken ter wille van het vergroten van de bekostiging. De grote stichtingen kunnen bovendien gemakkelijker aan de eisen voldoen dan nieuwkomers op de markt. Hier moet goed over worden nagedacht. Wat doe je met de stichtingsnormen? Laemers kan zich in deze opmerkingen vinden. Zoontjens geeft aan dat dit niet betekent dat je geen aanvullende eisen zou moeten stellen aan de stichting van een nieuwe school.



Bloemers geeft aan dat de ruimte die ontstaat voor nieuwkomers goed is, maar dat het geen probleem is als bestaande stichtingen nieuwe scholen gaan stichten. Het onderwijsveld wordt er niet minder rijk door. De ex ante kwaliteitstoets hoeft daarbij geen struikelblok te zijn.

In navolging van Vermeulen merkt Dick Mentink op dat het grootste probleem (zonder zicht daarop) zou zijn als er veel splitsingen zijn van scholen uit grote stichtingen. Er komen dan veel kleine afgesplitste scholen. Is dat geen consequentie die de uitvoerbaarheid van de wet aantast?

Gevolgen conceptwetsvoorstel duale stelsel

Het huidige onderwijsstelsel is dual. Met het conceptwetsvoorstel vervagen de grenzen tussen openbaar en bijzonder onderwijs, aldus de preadviseurs. Door de ruime interpretatie van het richtingbegrip, dat daarmee verder gaat dan religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen, komen het bijzonder en het openbaar onderwijs dichter bij elkaar te liggen. Wat is dan nog het onderscheidend criterium tussen beiden? Pedagogische autonomie kan dit onderscheidende criterium niet zijn, omdat beide vormen van onderwijs pedagogisch autonoom zijn.

Vogelaar onderschrijft deze kanttkening zoals gemaakt door de preadviseurs. Hij stelt tijdens zijn presentatie de vraag in hoeverre, met het diffuser worden van het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, godsdienst nog mag worden gepredikt op een school en wat er overblijft van het recht op godsdienst via het onderwijs? Bovendien miskent het conceptwetsvoorstel daarmee de zorg die op grond van artikel 23, lid 5, Grondwet moet worden gedragen voor de bescherming van religieuze minderheden. Dit grondwetsartikel ziet in de kern op het handhaven van richting, aldus Vogelaar, en dat is iets anders dan religieus geïnspireerd. Wat is religieus geïnspireerd immers?

Zoontjens geeft in navolging van Vogelaar aan dat ook de preadviseurs zien dat de voorgestelde interpretatie van het richtingbegrip onvoldoende bescherming biedt aan religieuze minderheden. Tegelijkertijd past het huidige richtingbegrip niet meer en vraagt deze tijd om een andere invulling daarvan. We moeten stilstaan bij het volgende: is het ondanks de verschuiving van het richtingbegrip niet noodzakelijk dat we ruimte houden voor religieuze minderheden, bijvoorbeeld bij de leerplicht, leerlingenvervoer en kerndoelen? Het onderscheid tussen religieuze minderheden moet slechts worden gemaakt waar dit noodzakelijk is.

Een ander onderwerp dat Vogelaar aanstipt tijdens zijn presentatie (en coreferaat) en dat ziet op het duale stelsel, is de mogelijkheid van substitutie van de kerndoelen. Hij onderschrijft de opmerkingen zoals gemaakt door de preadviseurs, namelijk dat de substitutie van de kerndoelen het minste is wat kan worden gedaan om de spanning tussen de kerndoelen en de vrijheid van richting te mitigeren. Deze spanning is er namelijk wel degelijk. Vogelaar haalt het voorbeeld aan van het kerndoel dat van scholen respect verlangt voor de diversiteit in de maatschappij. Daarbij geeft hij aan dat dit confronterend is voor bijvoorbeeld gereformeerde scholen. Zij zien zich voor de vraag gesteld of je wel respect kunt hebben voor datgene wat jij als zondig ziet, zoals homoseksualiteit. Op gerefor-

meerde scholen is wel respect voor het individu, maar dat maakt nog niet dat je respect kunt hebben voor het verschijnsel zelf. Respect voor het verschijnsel is nu juist wat de kerndoelen verlangen van de scholen. Gelet hierop ontstaat er spanning tussen de vrijheid van richting en de kerndoelen. Er bestaat de mogelijkheid tot substitutie van de kerndoelen, waarbij scholen bij de vervanging van een kerndoel moeten borgen dat voldaan is aan een aanbod van gelijkwaardig niveau. De beoordeling of er sprake is van een gelijkwaardig niveau rust bij de Inspectie van het Onderwijs. Dit is een subjectief en persoonlijk oordeel van de desbetreffende beoordelaar en druist in tegen de vrijheid van richting.

Bloemers geeft tijdens zijn presentatie in reactie hierop aan dat deze spanningen zich in het openbaar onderwijs niet voordoen. VOS/ABB staat voor bekostigde openbare scholen voor een ieder, waarbij juist verschillende visies worden gerespecteerd. De openbare scholen dienen ook als ontmoetingsplaats en een plaats waar kennis kan worden gedeeld. Het conceptwetsvoorstel is gelet daarop met name relevant voor het bijzonder onderwijs, waar het richtingbegrip leidend is. Dat neemt niet weg dat het openbaar onderwijs onderbelicht is in het conceptwetsvoorstel. De klank van het openbaar onderwijs ontbreekt geheel in het conceptwetsvoorstel evenals vragen over het duale stelsel. In het bijzonder de vraag hoe bestendig het duale stelsel is. De kern van Bloemers' boodschap is dat het openbaar en bijzonder onderwijs samen moeten werken aan een bestendig stelsel.

Preadviseur Laemers onderschrijft, in reactie op de presentatie van Bloemers, de noodzaak tot constructief nadenken voor zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs, maar merkt daarbij op dat bescherming van het bijzonder onderwijs voortvloeit uit artikel 23 Grondwet en een plaats heeft naast het openbaar onderwijs. Er moet een dialoog zijn tussen beide, maar vanuit de constitutie bezien rust er een taak op de overheid om op te komen voor het bijzonder onderwijs.

Mentink vult hier later tijdens de discussie op aan dat het doel van de grondwetgever is geweest om zich niet te bemoeien met het richtingbegrip. Tegen die achtergrond moet dan ook de positieve bekostigingsfactor voor bijzonder onderwijs worden gezien.

Het conceptwetsvoorstel werpt drempels op voor het openbaar onderwijs zo vervolgt Bloemers zijn presentatie. Voorkomen moet worden dat het bijzonder onderwijs door flexibilisering van de stichtingsvoorwaarden het openbaar onderwijs opslokt. In dit kader is het mogelijk relevant dat ouders die een school willen stichten geneigd zullen zijn te kiezen voor een bijzondere school en geen openbare school, omdat bij openbare scholen de gemeente een belangrijke partij is. Ouders zullen mogelijk deze gemeentelijke 'pottenkijker' willen ontwijken door te kiezen voor de stichting van een bijzondere school.

Tijdens de discussie vraagt Martijn Nolen aan Bloemers wat hij precies bedoelt met de gemeente als pottenkijker bij het openbaar onderwijs. Bloemers geeft daarop aan dat het niet zo is dat openbare scholen geen rol voor de gemeente zien. De gemeenteraad is immers de democratische toezichthouder op het openbaar onderwijs. Het gebruik van het woord pottenkijker is om aan te geven dat de stichtingsvoorkeur van ouders kan worden gekleurd door eventuele gemeentelijke invloed. Als je als ouders een nieuwe school wilt stichten kies je dan voor openbaar of bijzonder onderwijs? Met of zonder de



gemeente? Veel ouders kiezen er dan wellicht voor om het onderwijs zelf te regelen en maken daarmee de keuze voor bijzonder onderwijs.

Gevolgen conceptwetsvoorstel voor palet te stichten scholen: 1001 richtingen

Bloemers voorziet dat er door het conceptwetsvoorstel veel meer dan de nu erkende richtingen zullen ontstaan. Dit kan gevolgen hebben voor het beleid van scholen ten aanzien van de toelating en verwijdering van leerlingen op basis van de grondslag van de bijzondere school. Het beleid kan meer rigide worden, omdat richtingen zich onderling van elkaar zullen willen onderscheiden. Dit is geen wenselijke ontwikkeling, want het onderwijs is daarmee niet voor iedereen toegankelijk. Terwijl er enerzijds meer scholen zullen ontstaan door richtingvrije planning, is het conceptwetsvoorstel anderzijds halfslachtig doordat zij behoud wenst van de laatste school van een richting. Zoon-tjens geeft hier in reactie op aan dat er juist een overgangsregeling moet worden ontworpen voor de laatste school van een richting, waardoor deze niet in stand wordt gehouden. Het onderscheiden van religieuze minderheden moet alleen daar plaatsvinden waar dit ook noodzakelijk is.

Bloemers stelt zich de situatie voor dat als er een nieuw woonwijk wordt gebouwd de eerste school een openbare school is, omdat de populatie van de nieuwe woonwijk met de daarbij horende overtuigingen nog onbekend of onvoldoende duidelijk is. Door de eerste school van een nieuwe wijk een openbare school te maken is deze school voor een ieder toegankelijk. Later, zodra de overtuigingen van de ouders duidelijk zijn, zou de school van kleur kunnen verschieten.

Kees Jansen vraagt zich in reactie op de geschetste situatie door Bloemers af of het personeel niet wordt vergeten. Verschiet het personeel ook van kleur? Het personeel moet immers passen bij en zich kunnen vinden in de overtuigingen die een bijzondere school uitdraagt.

Bloemers verwijst bij de beantwoording van deze vraag naar de al bestaande regenboog-scholen. Dit zijn veelzijdige, openbare scholen die van richting kunnen veranderen. Bij deze regenboogscholen wijzigt de richting met de leerlingen mee, waarbij er geen sprake is van een leegloop van het personeelsbestand. Hetzelfde geldt wanneer een school de pedagogisch-didactische aanpak verandert, het personeel verandert dan ook mee. Door in een nieuwe wijk een openbare school te stichten is er de meeste ruimte om te veranderen afhankelijk van de wensen van ouders, bestuur, personeel en leerlingen. De verandering van een school is een gezamenlijke beslissing.

Imago bijzonder onderwijs

Een tweetal stellingen zien op het imago van het bijzonder onderwijs. De eerste stelling komt in de kern op het onderstaande neer:

De huidige discussie omtrent bijzonder onderwijs komt voort uit angst voor polarisatie (zoals op de Gülen-scholen, mogelijk ook bij katholieke scholen). (Politieke) Invloed van buitenaf op scholen moet worden afgeschaft en wellicht wel het bijzonder onderwijs als zodanig.



Vogelaar is het gedeeltelijk eens met deze stelling, maar ziet daarin geen rechtvaardiging voor een ex ante kwaliteitstoets. Bij de Gülen-scholen betrof het enkele personeelsleden die denkbeelden binnen een school brachten. Het als reactie daarop afschaffen van bijzonder onderwijs is te kort door de bocht. Wat je wel zou kunnen doen is het bestuur hierop aanspreken: hoe wordt er toezicht gehouden op het personeelsbeleid? Wordt het personeel gevraagd of zij zich thuisvoelen bij het karakter van de school? Dit is een interne aangelegenheid die niet van buitenaf zou moeten worden opgelegd.

Uit de zaal komt de opmerking dat hoewel deze verschijnselen zich nu voor hebben gedaan in het bijzonder onderwijs, dit zich ook voor had kunnen doen in het openbaar onderwijs. Er is geen oorzakelijk verband tussen het bijzonder onderwijs en dergelijke fenomenen.

Zoontjens vult hierop aan dat het bijzonder onderwijs goed functioneert, maar dat zij door deze verschijnselen een imagoprobleem kan krijgen als hier niets mee gebeurt. Bij openbaar onderwijs geldt de eis dat een school neutraal en toegankelijk moet zijn, dit is in de toekomst relevant voor het imago van het openbaar onderwijs.

De tweede stelling, over dit thema, luidde ongeveer als volgt: *het belang van het kind rechtvaardigt onderzoek naar ideologieën en intenties van rechtspersonen die een school willen stichten*. Met deze stelling wordt aansluiting gezocht bij de verdragsterm 'het belang van het kind'.

Penders geeft in reactie op deze stelling aan dat zij de gevolgen van een dergelijk onderzoek niet kan overzien, omdat zij onvoldoende bekend is met de verdragsnorm.

Theo Storimans geeft aan dat deze stelling een dilemma met zich meebrengt. Het verschijnsel van nieuwe groeperingen is het uitgangspunt geweest van het bijzonder onderwijs. Dit is altijd zonder toets geweest en bevatte daarmee een risico. Een toetsing in het belang van het kind is in alle gevallen nodig, omdat besturen de ouders van een kind vertegenwoordigen en niet de kinderen. Bij de stichting moet een school aangeven dat zij namens de ouders spreekt. Er is een zekere mate van gebondenheid tussen stichting en ouders.

Uit de zaal komt de opmerking dat de ouderverklaring zodanig is ingericht dat je als ouder je verantwoording bij een school legt. Het is een uiting van vertrouwen in een stichting. Nu zijn er veel meer invloeden van buitenaf, zoals nieuwe groeperingen, die dat uit willen drukken in een school.

Zoontjens ziet geen spanning in de stelling zoals Storimans die ziet, omdat het concept-wetsvoorstel de rem van het beperkte aantal richtingen afhaalt. Er is een grotere groep groeperingen dan de groeperingen die op basis van de bestaande wet- en regelgeving voor de stichting van een school in aanmerking komen.

Met de laatste opmerkingen over het imago van het bijzonder onderwijs werd het symposium afgesloten en verplaatsten eventuele andere interessante discussies zich naar de borrel.



Samenvatting

Op 25 november 2016 vond het NVOR jaarsymposium plaats in Woerden. Net als het ambitieuze en innovatieve conceptwetsvoorstel 'Meer Ruimte voor Nieuwe Scholen' (hierna: conceptwetsvoorstel) dat onderwerp van de dag was, was de organisatie van het symposium vernieuwend doordat gebruikgemaakt werd van interactieve en digitale polls.

Tijdens het jaarsymposium werd het conceptwetsvoorstel besproken aan de hand van het preadvies van Miek Laemers en Paul Zoontjens getiteld 'Magnificently unprepared for the long littleness of life?' en de coreferaten van Laus Vogelaar, Thérèse Penders en Ronald Bloemers. In het goed ontvangen preadvies worden een aantal kritische kanttekeningen geplaatst bij het conceptwetsvoorstel dat meer ruimte wil laten voor het stichten van nieuwe bekostigde scholen. De preadviseurs onderschrijven de noodzaak om meer ruimte te bieden voor het stichten van nieuwe scholen, maar stellen de vraag of de wijze waarop dit in het conceptwetsvoorstel wordt vormgegeven passend is. Het conceptwetsvoorstel staat in de kern een richtingvrije planning voor ogen, waarbij voor bekostiging een ex ante kwaliteitstoets (verricht door de Inspectie van het Onderwijs) en een belangstellingsmeting bestaande uit een marktonderzoek of ouderverklaringen leidend zijn. Over de noodzaak van het conceptwetsvoorstel waren de meningen verdeeld zo bleek tijdens het jaarsymposium. Bloemers kon zich vinden in het standpunt van de preadviseurs en hecht waarde aan een zo groot mogelijke ruimte voor de stichting van scholen, terwijl Penders aangaf dat binnen het huidige stelsel voldoende ruimte is om een bekostigde school te stichten en dat ouders bovendien in het huidige stelsel tevreden zijn.

Naast vragen over het nut en de noodzaak van het conceptwetsvoorstel zijn er verschillende andere thema's aan bod gekomen tijdens het jaarsymposium. Zoals de wenselijkheid van een ex ante kwaliteitstoets, waarbij zowel de preadviseurs als de coreferenten de nodige kanttekeningen plaatsten. Het is niet alleen de vraag welke waarde toekomt aan het marktonderzoek en de ouderverklaringen, nu beiden niet bindend zijn voor de te maken schoolkeuze in de toekomst. Het is ook de vraag of de ex ante kwaliteitstoets niet onnodig belemmerend en subjectief is.

Een ander onderwerp dat uitvoerig is besproken tijdens het jaarsymposium betreft de gevolgen die het conceptwetsvoorstel heeft of kan hebben voor het duale stelsel. Met het conceptwetsvoorstel vervaagt het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs bij de bekostiging van nieuwe scholen nu richting niet langer als doorslaggevend criterium geldt. Vogelaar stelt zich de vraag welke gevolgen dit heeft voor het bijzonder onderwijs. In hoeverre blijft er ruimte bestaan om door middel van het onderwijs godsdienst te prediken? Daarnaast is het de vraag wat dit voor het aanbod van scholen bete-

kent. Zullen dit nieuwe scholen zijn met een breed scala aan uitgangspunten? Bloemers vraagt zich af of deze vrijheid niet leidt tot een drang van initiatieven om zich sterk te profileren en of dit wellicht leidt tot stringent beleid – zodra de school is gesticht – bij toelating tot deze scholen. Of zal dit leiden tot de splitsing van bestaande scholen of dislocaties?

Tot slot werd gesproken over het imago van het bijzonder onderwijs en de mogelijkheden die het conceptwetsvoorstel biedt voor sympathisanten van verschillende ideologieën om over te gaan tot de stichting van een school. Met enkele afrondende opmerkingen over dit onderwerp werd het symposium afgesloten.

Een uitvoerig verslag van het jaarsymposium is te lezen op www.nvor.nl.