

Opinie

De wettelijke mogelijkheden voor online proctoring door universiteiten zijn zeer beperkt

mr. S.J. Eskens¹

1. Inleiding

Verscheidene universiteiten in Nederland maken gebruik van online proctoring tijdens de coronacrisis. Online proctoring is het digitaal surveilleren van tentamens terwijl studenten bijvoorbeeld thuis zijn. Een groep studenten van de Universiteit van Amsterdam (hierna: UvA) maakte bezwaar tegen het gebruik van online proctoring door de UvA en spande een kort geding aan. Volgens de Rechtbank Amsterdam is het gebruik van online proctoring door de UvA in overeenstemming met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG). Ik begrijp het oordeel van de rechtbank in kort geding maar dat betekent niet dat universiteiten nu een vrijbrief hebben om online proctoring te gebruiken. In deze bijdrage laat ik zien dat de mogelijkheden voor online proctoring op basis van de AVG beperkt zijn en formuleer ik twee principiële bezwaren.

Het gebruik van online proctoring vereist de verzameling en verwerking van persoonsgegevens van studenten. De verwerking van persoonsgegevens is alleen rechtmatig als de verwerkingsverantwoordelijke een juridische grondslag heeft. In het kader van online proctoring zijn vier grondslagen relevant: toestemming,² een overeenkomst,³ taak van algemeen belang,⁴ of gerechtvaardigd belang.⁵ Lodder en Westerdijk, verderop in dit nummer, lijken er vanuit te gaan dat het met de wettelijke grondslag wel goed zit. Maar vanuit positief rechtelijk perspectief kunnen universiteiten deze grondslagen niet zo gemakkelijk invoeren.

2. Toestemming

Toestemming moet vrij worden gegeven.⁶ Toestemming is vrij als de betrokkene een werkelijke keuze heeft en geen aanzienlijke negatieve gevolgen ervaart wanneer diegene niet toestemt.⁷ Als de betrokkene in een afhankelijkheidsrelatie staat met de verwerkingsverantwoordelijke, dan kan de betrokkene waarschijnlijk geen vrije toestemming geven.⁸ Een student is afhankelijk van de universiteit om haar tentamens en graad te behalen. Toestemming van studenten is dus alleen vrij als universiteiten een alternatief voor online proctoring bieden, bijvoorbeeld een andere tentamenvorm of een tentamen op locatie op een later tijdstip. De meeste universiteiten beroepen zich niet op toestemming en gebruiken een andere grondslag, waarbij ze beargumenteren dat online proctoring noodzakelijk is. Het noodzakelijkheidsargument impliceert dat universiteiten geen alternatieven kunnen aanbieden, en dus ook nooit rechtsgeldig toestemming zouden kunnen verkrijgen. Als we de argumentatie van de universiteiten volgen, dan sluit de realiteit de grondslag van toestemming uit.

3. Overeenkomst

De grondslag van een overeenkomst is ook uitgesloten. Universiteiten zouden deze grondslag kunnen invoeren in het kader van contractonderwijs. Maar de Groep Gegevensbescherming Artikel 29 geeft

1. Sarah Eskens is postdoctoraal onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam.

2. Art. 6(1)(a) AVG.

3. Art. 6(1)(b) AVG.

4. Art. 6(1)(e) AVG.

5. Art. 6(1)(f) AVG.

6. Art. 4(11) AVG.

7. Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 15/2011 over de definitie van 'toestemming', p. 14; Europees Comité voor gegevensbescherming, Guidelinen 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 (version 1.1) [alleen beschikbaar in Engels], p. 7.

8. Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 15/2011, p. 15; Europees Comité voor gegevensbescherming, Guidelinen 05/2020, p. 9.

aan dat fraudepreventie waarschijnlijk te ver gaat voor wat nodig is voor de uitvoering van een overeenkomst.⁹ Daarmee is de grondslag van een overeenkomst voor online proctoring voor contractonderwijs beperkt.

4. **Gerechvaardigd belang**

De UvA¹⁰ en ook andere universiteiten, zoals de Radboud Universiteit,¹¹ beroepen zich in hun publieke documentatie op gerechtvaardigd belang. Art. 6(1), laatste zin, AVG stelt echter dat de grondslag van gerechtvaardigd belang niet geldt voor de verwerking van persoonsgegevens door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken. Publieke universiteiten handelen in strijd met de wet als ze online proctoring gebruiken op grond van gerechtvaardigd belang. In het geschil tussen de studenten en UvA stelden de studenten terecht dat de UvA zich niet op gerechtvaardigd belang kan beroepen.

5. **Taak van algemeen belang**

Als toestemming, een overeenkomst, en gerechtvaardigd belang als grondslagen zijn uitgesloten, dan blijft de taak van algemeen belang over. In dat geval moet EU of nationaal recht een rechtsgrond voor de verwerking vaststellen.¹² De rechtsgrond voor de verwerking hoeft niet in formele wetgeving te staan, maar moet wel duidelijk en nauwkeurig zijn, en de toepassing ervan moet voorspelbaar zijn voor de betrokken (overweging 41 AVG).

De UvA stelde pas tijdens de zitting dat ze zich ook kan beroepen op haar taak van algemeen belang. De rechtbank accepteerde deze wijziging van de UvA en concludeerde dat de UvA zich inderdaad op een taak van algemeen belang kan beroepen (r.o. 4.9) (daarover meer in de volgende alinea). Ten tijde van het schrijven van deze opinie verwijst de UvA op haar website nog steeds naar een Privacy statement van 6 mei waarin ze de gerechtvaardigd belang grondslag inroept.¹³ Wat dat betreft voldoet de UvA dus niet aan haar informatieverplichtingen

onder de AVG. De UvA informeert de studenten niet op juiste wijze over de rechtsgrond voor de verwerking en handelt daarmee in strijd met de wet.¹⁴ De studenten zouden een handhavingverzoek kunnen indienen bij de Autoriteit Persoonsgegevens. De Autoriteit heeft dan de bevoegdheid om de UvA te gelasten de verwerkingen in overeenstemming te brengen met de AVG,¹⁵ een verwerkingsverbod op te leggen,¹⁶ of een administratieve geldboete op te leggen.¹⁷

Universiteiten hebben op basis van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) de wettelijke taak om examens en tentamens af te nemen en graden te verlenen. De Onderwijs- en Examenregeling (OER) van een universiteit werkt deze taak verder uit en moet vaststellen of tentamens mondeling, schriftelijk, of op andere wijze worden afgelegd, behoudens de bevoegdheid van de examencommissie in bijzondere gevallen anders te bepalen.¹⁸ De Regels en richtlijnen van de examencommissie van een faculteit kunnen nog aanvullende regels stellen.

Elke opleiding heeft haar eigen Regels en richtlijnen van de examencommissie, en ik kan ze niet allemaal beoordelen voor deze opinie. In het geschil tussen de studenten en de UvA ging het om de Regels en richtlijnen van de Faculteit Economie en Bedrijfskunde (FEB). Deze Regels en richtlijnen benoemen dat tentamens digitaal kunnen worden afgenomen. Daarmee vormde dit stelsel van regels volgens de rechtbank een wettelijke grondslag voor online proctoring (r.o. 4.9).

De vraag is of het afnemen van digitale tentamens ook de situatie omvat van het online afnemen van tentamens vanaf een thuis-locatie. De Regels en richtlijnen van de FEB lijken uit te gaan van digitale tentamens die op een UvA-locatie worden afgenomen.¹⁹ De regels voor het bewaren van orde tijdens tentamens zijn afgestemd op een tentamen op een fysieke UvA locatie. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de Regels en richtlijnen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (FdR) van de UvA.²⁰ Deze Regels en richtlijnen gaan alleen over digitale tentamens die in de tentamenzaal worden afgenomen, en vereisen dat dit gebeurt op door de UvA beheerde apparatuur.²¹

9. Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 06/2014, p. 21.

10. https://www.uva.nl/binaries/content/assets/studentensites/uva-studentensite/nl/a-z/online-proctoring/privacy-statement-uva_060520-proctorio.pdf [laatst geraadpleegd op 28 juli 2020].

11. <https://www.ru.nl/studenten/tijdens-studie/studiefaciliteiten/digitaal-toetsen/digitaal-toetsen-thuis-proctoring/subprivacyverklaring-gebruik-proctorio-cirrus/> [laatst geraadpleegd op 28 juli 2020].

12. Art. 6(3) AVG.

13. Zie ook <https://student.uva.nl/content/az/online-proctoring/online-proctoring.html#Privacy-beveiliging-en-verwerking-van-data> onder het kopje 'Privacy, beveiliging en verwerking van data' [laatst geraadpleegd op 28 juli 2020].

14. Art. 13(1)(c) AVG.

15. Art. 58(2)(d) AVG.

16. Art. 58(2)(f) AVG.

17. Art. 58(2)(i) AVG.

18. Art. 7.13(2)(m) WHW.

19. <https://student.uva.nl/binaries/content/assets/studentensites/feb/economie-en-bedrijfskunde-bachelors-en-masters/a-z-nederlands-sia/onderwijs-en-examenregelingen/2019-20/bsc-oer-2019-2020-nl.pdf> [laatst geraadpleegd op 15 juli 2020].

20. <https://student.uva.nl/binaries/content/assets/studentensites/fdr/rechten-bachelors-en-masters/regelingen-en-reglementen/examenreglement-2019-2020-def-9-7-2019.pdf> [laatst geraadpleegd op 28 juli 2020].

21. Om dezelfde reden is een blogpost van de Autoriteit Persoonsgegevens over cameratoezicht op school be-

Het stelsel van regels in de WHW, de OER, en verschillende Regels en richtlijnen van examencommissies zijn niet voldoende duidelijk en nauwkeurig over het gebruik van online proctoring, omdat ze niet gemaakt zijn voor het afnemen van tentamens op afstand. Op basis van deze regels was het voor studenten immers niet te voorspellen dat ze zouden worden blootgesteld aan digitale surveillance van hun huis- of slaapkamer. Het afnemen van tentamens op afstand, waarbij de leefomgeving van de student wordt gescand en gefilmd, vormt een eigen problematiek die niet te vergelijken is met het surveilleren van studenten die op een computer op locatie een tentamen maken en waar de Regels en richtlijnen geen antwoord op geven. Daarmee voldoet online proctoring in de afgelopen periode niet aan de AVG. Universiteiten kunnen dit herstellen door de regelingen voor komende collegejaar aan te passen.

6. Noodzakelijkheid

Als universiteiten door de regels aan te passen een grondslag creëren voor online proctoring, dan moet online proctoring natuurlijk nog steeds noodzakelijk zijn. De UvA heeft tijdens de rechtszaak aangevoerd dat online proctoring noodzakelijk is omdat voor sommige tentamens geen andere tentamenvormen mogelijk zijn, bijvoorbeeld voor tentamens die gericht zijn op kennisreproductie en meerkeuzetentamens. Ik snap dat het aan het begin van de coronacrisis praktisch onmogelijk was om meerkeuzetentamens voor grote groepen studenten om te zetten in andere tentamenvormen. Maar dit argument is tijdgebonden. Het is inmiddels duidelijk dat de corona-situatie nog lang gaat duren, en daarmee krijgen universiteiten meer tijd om andere tentamenvormen te ontwikkelen. Zoals Arno Lodder en Reinoud Westerdijk ook aangeven, zal de noodzakelijkheid van online proctoring na verloop van tijd opnieuw moeten worden beoordeeld.²²

7. Principiële bezwaren

Tenslotte heb ik nog twee principiële bezwaren. Ten eerste legt het argument van de UvA een groot pijn-

punt bloot: blijkbaar zijn bacheloropleidingen ingericht op kennisreproductie en niet op het toepassen van kennis. In plaats van zo'n onwetenschappelijke benadering van hoger onderwijs door te zetten in de coronacrisis, pleit ik ervoor dat universiteiten de coronacrisis gebruiken om deze onderwijsvisie te herzien. Uit mijn analyse blijkt dat universiteiten juridisch-technisch misschien weg kunnen komen met online proctoring, maar maatschappelijk gezien zou het de voorkeur hebben dat universiteiten een structurele oplossing zoeken voor tentamenering op afstand.²³ Daarbij moeten universiteiten zich afvragen: wat moeten studenten met hun kennis kunnen doen, en hoe kunnen we die vaardigheden toetsen? Het leven na de universiteit is geen spelprogramma of televisiequiz.

Daarnaast dragen universiteiten door online proctoring te gebruiken bij aan het verder normaliseren van online surveillance en de afname van onderling vertrouwen. Onder andere Avans Hogeschool en Hogeschool Leiden hebben precies om deze reden afgezien van online proctoring.²⁴ Daarentegen stelde de UvA tijdens de zitting dat andere universiteiten ook online proctoring gebruiken, en dat het dus heel normaal is.²⁵ Daarnaast geeft de UvA aan dat een beroep op privacy onvoldoende is om in aanmerking te komen voor een uitzondering.²⁶ De UvA en andere universiteiten met een vergelijkbare houding dragen daarmee bij aan het idee dat privacy passé is en verliezen uit het oog dat privacy een hoeksteen vormt voor autonome, vrijdenkende burgers. Ik dacht dat universiteiten studenten juist tot zulke burgers wilden opleiden.

perkt relevant. Arno Lodder en Reinoud Westerdijk wijzen in hun bijdrage op deze blogpost. Maar deze 'richtlijnen' (ik weet niet wat de juridische status is van zo'n blogpost) van de Autoriteit gaan over camera-toezicht op school en niet over cameratoezicht in het huis van de student. Het gaat in deze online proctoring discussie juist om de gevoeligheid van het filmen van de thuisomgeving van de student.

22. Als online proctoring niet langer noodzakelijk is omdat er alternatieven mogelijk zijn, dan kunnen universiteiten de wettelijke grondslagen van overeenkomst, publieke taak, en gerechtvaardigd belang niet langer inroepen. Universiteiten moeten dan toestemming vragen aan elke student en daarbij een alternatief aanbieden, om vrije toestemming te garanderen.

23. Met dank aan de anonieme reviewer voor dit punt.

24. 'Twee hogescholen passen voor online proctoring. Wie volgt?', <https://punt.avans.nl/2020/04/twee-hogescholen-passen-voor-online-proctoring-wie-volgt/> [laatst geraadpleegd 28 juli 2020].

25. Zie <https://twitter.com/fcvheest/status/1268551685015851009> voor een tweet-rapportage vanuit de rechtbank.

26. <https://www.uva.nl/actueel/coronavirus/onderwijs-en-tentamens.html> onder het kopje 'Ik kan/wil het tentamen niet thuis maken. Zijn er alternatieven?' [laatst geraadpleegd op 28 juli 2020].