



VU Research Portal

Opinie - Nieuwe manier van tentamensurveillance

Lodder, Arno R.; Westerdijk, R.J.J.

published in

Tijdschrift voor Internetrecht
2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R., & Westerdijk, R. J. J. (2020). *Opinie - Nieuwe manier van tentamensurveillance: online proctoring kan een rechtmatig alternatief zijn*. *Tijdschrift voor Internetrecht*, 13(4), 144-147.
<https://denhollander.info/artikel/16276>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Opinie

Nieuwe manier van tentamensurveillance: online proctoring kan een rechtmatig alternatief zijn

prof. mr. A.R. Lodder en mr. R.J.J. Westerdijk¹

1. Inleiding

De coronacrisis houdt onze samenleving nu al maanden in zijn greep, en leidt intussen ook tot de nodige nieuwe juridische vragen en uitdagingen. Eén daarvan is de vraag hoe bij het online afleggen van tentamens op een goede manier fraude kan worden voorkomen. Net zoals het online doen van een tentamen een oplossing kan zijn indien dat fysiek niet mogelijk is bij een onderwijsinstelling, ligt het voor de hand om ook de surveillance online te doen. Dat kan bijvoorbeeld via 'online proctoring', het via software op afstand in de gaten houden van een student tijdens een tentamen, live of met vastlegging voor controle en raadpleging achteraf.

Over de aanvaardbaarheid van online proctoring wordt verschillend gedacht. Sommigen denken dat dit onder voorwaarden een goed alternatief kan zijn voor surveilleren bij tentamens die online worden afgenomen, anderen zijn hier tegen. In deze aflevering van dit tijdschrift is een opinie van beide kanten opgenomen; u kunt onze opinie als die van de voorstanders beschouwers terwijl Sarah Eskens een opinie 'tegen' heeft geschreven. In beide opinies zal worden ingegaan op de specifieke wettelijke regeling (hier de Wet op het Hoger Onderwijs) en de relevante privacy-aspecten (op grond van de AVG). 'Wat offline geldt, zou ook online moeten gelden' was een vraag waarover de Nederlandse Juristenvereniging al in de vorige eeuw debatteerde.² Het is een uitgangspunt van het internetrecht, dat het verplaatsen van een activiteit naar de online omgeving niet betekent dat er geen recht zou gelden. Zo mag er ook bij een online afgenomen tentamen niet gefraudeerd worden. Een ander uitgangspunt is dat vanwege het specifieke karakter van het inter-

net soms online geldt, wat niet offline geldt. Dit is het geval wanneer een typisch online verschijnsel wordt gereguleerd, zoals bij de cookiewetgeving. In deze zaak ging het niet over specifieke normering van online proctoring, maar was de vraag hoe online proctoring zich verhoudt tot het recht op privacy en de AVG.

Een eerste en voor de hand liggende gedachte bij online tentamens en proctoring is dat het online hetzelfde werkt als offline: bij een gewoon tentamen wordt ook gesurveilleerd. Zo eenvoudig is het natuurlijk niet: bij online surveillance worden gegevens opgeslagen en verwerkt, terwijl dat bij gewoon surveilleren niet gebeurt. Wij geven toe: de grens tussen wel of niet 'machinaal' gegevens verwerken is soms dun. Zo publiceerde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) ook al in het kader van Corona dat een systeem waarbij een poortje open gaat of groen licht wordt gegeven op basis van meetgegevens, zoals een opgenomen temperatuur, al onder de werking van de AVG vallen.³

In het kader van online proctoring gebeurt echter duidelijk meer: hier worden de webcam, de microfoon, het webverkeer alsmede scherm-, muis- en toetsbordactiviteiten continu gemonitord. Ook kan een student worden gevraagd om via de camera zijn kamer/omgeving te laten zien. Al deze gegevens worden opgeslagen. Overigens betreft het hier geen nieuw fenomeen: al in 2016 publiceerde SURF een white paper hierover; die is onlangs, in het licht van de invoering van de AVG en de nieuwe situatie door de coronacrisis van een update voorzien.⁴

1. Arno Lodder en Reinoud Westerdijk zijn beiden redacteur bij dit tijdschrift.

2. Zie de preadviezen van Koers, Polak, Buruma en Hugenholtz in 'Recht en Internet', *Handelingen NJV* 1998-I/II.

3. Zie <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/corona/temperaturen-en-gezondheidscheck#waarom-valt-temperaturen-als-toegangscontrole-meestal-onder-de-avg-7741>.

4. Zie het Whitepaper Online Proctoring – Vragen en antwoorden bij surveilleren op afstand (update april 2020), hier te vinden: <https://www.surf.nl/whitepaper-online-proctoring-surveilleren-op-afstand>.

2. Toepassing van online proctoring door de Universiteit van Amsterdam, en richtlijnen van de Autoriteit Persoonsgegevens

Onder meer de Universiteit van Amsterdam had bedacht dat dit, in bepaalde gevallen, een goede oplossing kon zijn om de noodzakelijke tentamens doorgang te laten vinden zodat studenten een studievertraging bespaard zou blijven. Dat besluit leidde tot weerstand. De Centrale Studentenraad, de Facultaire Studentenraad en een student spanden een kort geding aan tegen de Universiteit van Amsterdam om online proctoring bij examens tegen te gaan. De kortgedingrechter van de Rechtbank Amsterdam stelde de Universiteit van Amsterdam in het gelijk en stond online proctoring derhalve toe.⁵ Voordat wij nader ingaan op de overwegingen van de rechter bij dit oordeel, beginnen wij met enige overwegingen van meer algemene aard.

Uiteindelijk lijkt online proctoring sterk op cameratoezicht, op school. Ook hiervoor heeft de AP al richtlijnen gegeven⁶, op basis waarvan een aantal uitgangspunten in acht dient te worden genomen. Op basis van deze richtlijnen lijkt er een duidelijke mogelijkheid te bestaan om, zeker in een nood-situatie zoals de coronacrisis, op een alternatieve manier te surveilleren via online proctoring. Het vonnis in het kort geding tegen de Universiteit van Amsterdam (UvA) bevestigt dit en volgt daarbij grotendeels de AP-richtlijnen.⁷ Wij bespreken hieronder de relevante onderwerpen uit de richtlijnen van de AP, en vervolgens in de bullet daaronder hoe dit in het kort geding van de Universiteit Amsterdam aan de orde is geweest.

Wettelijke grondslag: Het spreekt voor zich dat er een geldige wettelijke grondslag moet zijn voor de verwerking. Het lijkt ons te ver gaan om te eisen dat dit gerechtvaardigd belang dient te zijn, zoals de AP lijkt te doen in haar richtlijnen voor cameratoezicht op school: 'De school moet een gerechtvaardigd belang hebben voor het cameratoezicht. Bijvoorbeeld diefstal tegengaan of leerlingen, leerkrachten en bezoekers beschermen.' Wellicht doet dit AP hier op een *gerechtvaardigd doel*, maar zeker in het licht van de bewoordingen van art. 6 lid 1 sub f AVG zou een zuiverder woordkeuze de voorkeur hebben. Wij gaan er in dit kader van uit dat ook andere grondslagen mogelijk zijn, zeker aangezien overheidsinstanties geen beroep kunnen doen op gerechtvaardigd belang. Ook dient er een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel te zijn.

- De UvA had zich in eerste instantie, wellicht in navolging van de AP-richtlijn, beroepen op gerechtvaardigd belang. Nu overheidsinstanties

zich daar conform art. 6 lid 1 AVG niet op kunnen beroepen, had de UvA zich ter zitting ook beroepen op de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen (art. 6 lid 1 sub e AVG).

Wij geven hierbij graag wat meer achtergrond. Gegeven de wettelijk opgedragen taak om onderwijs te verzorgen, examens af te nemen en diploma's te verstrekken, kan geargumenteed worden dat dit met zich brengt dat controle plaatsvindt bij het vaststellen van de kennis en vaardigheden van de student. Art. 7.10 lid 1 Wet op het Hoger Onderwijs bepaalt daarom het volgende: 'Elk tentamen omvat een onderzoek naar de kennis, het inzicht en de vaardigheden van de examinandus, alsmede de beoordeling van de uitkomsten van dat onderzoek.' Art. 7.12b lid 2 handelt over de frauderende student en lid 3 bepaalt: 'De examencommissie stelt regels vast over de uitvoering van de taken en bevoegdheden, bedoeld in het (...) tweede lid, en over de maatregelen die zij in dat verband kan nemen.'

Waarschijnlijk is het aan de traagheid van de universitaire bureaucratische processen te wijten dat de universiteit niet tijdig zijn Examenreglement had aangepast. In het reglement waren bepalingen opgenomen om het onder omstandigheden voor de universiteit mogelijkheid te maken om op afstand te tentamineren, maar niet was nagedacht over waaraan bijvoorbeeld surveillance in de online omgeving zou moeten voldoen. De rechter geeft in dat kader aan: 'In de Regels en Richtlijnen van de examencommissie is digitaal toetsen geregeld en is een artikel opgenomen over de wijze van surveillance.' Op zichzelf is dit juist, maar die surveillance gaat dus niet over online afgenomen tentamens, er staat in art. 4.7 (Orde tijdens tentamens) enkel het volgende: '1. De examinator dient er voor te zorgen dat er bij een schriftelijke tentaminering voldoende surveillanten worden aangewezen, die erop toezien dat het tentamen in goede orde verloopt. Studenten dienen gedurende het gehele tentamen onder toezicht van een surveillant te staan. (...)' Online surveillance is een voorbeeld waar de online omgeving dermate anders is dan de fysieke omgeving dat specifieke normen voor de hand hadden gelegen.

Zoals eerder in een Europees onderzoek OP4RE (Online proctoring for Remote examination) werd aangegeven⁸ is het de vraag of er een wettelijke grondslag is: 'Probably currently there are no specific national laws that could be used as a basis, but probably education laws in the future will contain articles related to distant testing.' De Nederlandse wet verwijst niet naar de online omgeving of internet, maar de Wet op het Hoger Onderwijs verwijst in art. 7.52 lid 10 slechts indirect naar digitaal examineren, en de mogelijkheid voor het gebruik van

5. Rechtbank Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917.

6. <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/foto-en-film/cameratoezicht-op-school>.

7. Wij laten de medezeggenschapsrechtelijke aspecten hier buiten beschouwing.

8. A.R. Lodder & T.H.A. Wisman (2019), *Data protection and online proctoring*, EU Horizon 2020, Rapport OP-4RE.

een pseudoniem daarbij: 'Het bevoegd gezag kan het pseudoniem, bedoeld in het negende lid, gebruiken voor het genereren van een ander pseudoniem voor een student of extraneus in het kader van de toegang tot en het gebruik van digitale leermiddelen of het digitaal afnemen van tentamens en examens, waarbij het bevoegd gezag er zorg voor draagt dat dit andere pseudoniem wordt bewaard in de systemen waarin de studenten en extraneï zijn geregistreerd. Dit andere pseudoniem wordt uitsluitend verstrekt aan een leverancier die een digitaal product of een digitale dienst aanbiedt bestaande uit leerstof of toetsen en de daarmee samenhangende digitale diensten.' Hier wordt in de rechtszaak niet op ingegaan, hoewel dat als het goed is bij de DPIA moet zijn opgemerkt als een manier om de privacy-inbreuk minder groot te laten zijn.

Noodzakelijk/proportionaliteit: Het gebruik van camera's dient noodzakelijk te zijn. En het doel moet niet op een andere manier kunnen worden bereikt, die minder ingrijpend is.

- De UvA had als voornaamste doel om studievertraging van studenten te voorkomen. En had het voornemen om online proctoring alleen in te zetten voor tentamens waar geen alternatief voor beschikbaar is. Daarbij komt dat op basis van de toepasselijke regels gedurende een geheel tentamen gesurveilleerd dient te worden, ter voorkoming van het duidelijke doel van het voorkomen van fraude.

Bij universiteiten wereldwijd is online tentamining toegepast in de afgelopen maanden. Er kunnen enige kanttekeningen worden geplaatst bij de noodzakelijkheid van proctoring. Al 15 jaar geleden hebben wij bij het vak e-commerce law online tentamens afgenomen. Zeker bij een open boek tentamen, kan een strikte tijdslimiet voldoende zekerheid geven over betrouwbare uitslagen. Dan wordt getoetst op inzicht en ligt frauderen niet voor de hand. Hoewel statistisch niet relevant, geeft te denken dat bij de universiteit Nova de Lisbon twee gevallen waar fraude bij een online Law & Tech tentamen vermoed werd het de slechtste resultaten betrof. Tenslotte werd in experimenten bij het eerder genoemde Europese online proctoring project vrijwel nooit fraude geconstateerd. Dat kan liggen aan perfecte controle, angst of gebrekkige controle. Wie het weet, mag het zeggen. Feit blijft dat fraude offline en online mogelijk blijft. Ooit was er kleinschalig onderwijs en kregen studenten zonder toekenning van enig cijfer al dan niet hun bul. Door de toename van het aantal studenten werd het noodzakelijk geacht cijfers toe te kennen en deed ook de bureaucratie haar intrede. Zaak is daarbij een zorgvuldige afweging te maken over noodzakelijke controle en hoe deze dient plaats te vinden.

Privacytoets en DPIA (data protection impact assessment): De belangen van alle betrokken partijen moeten uitdrukkelijk tegen elkaar worden afgewogen. Bovendien dient bij grootschalig of systematisch gebruik een DPIA te worden uitgevoerd.

- De UvA had een uitgebreid onderzoek uitge-

voerd, inclusief een risico-analyse in de vorm van een DPIA. Hierbij waren de relevante gegevensbeschermingsfunctionarissen (de functionaris gegevens bescherming en de CISO) betrokken. Tevens zijn pilots uitgevoerd en zijn de studentenraden betrokken bij het onderzoek.

Rekening houden met rechten van betrokkenen: er moet informatie worden verstrekt over het gebruik van camera's en het doel daarvan. Tevens dienen de rechten van betrokkenen (op inzage, om vergeten te worden, op beperking van de verwerking, en op bezwaar) gerespecteerd te worden.

- Proportionaliteit: De UvA had rekening gehouden met de beperking van de verwerking. Er worden geen bijzondere gegevens verwerkt (bijvoorbeeld in vorm van eyetracking, of vastleggen van ademhaling of andere biometrische gegevens). Slechts indien het systeem significant afwijkend gedrag constateert wordt een signaal gegeven aan een surveillant, die daarnaast de mogelijkheid hebben van raadpleging van de gegevens bij wijze van steekproef. Dat laatste vereist een login via multi-factor authenticatie en staat raadpleging toe gedurende slechts 1 uur. Bovendien had de UvA aangegeven dat voortdurend wordt geanalyseerd of een versoepeling van de coronamaatregelen moet leiden tot een andere afweging ten aanzien van de inzet van online proctoring.

Bewaartermijn: de gegevens mogen niet langer dan noodzakelijk worden bewaard. De AP geeft een richtlijn van maximaal 4 weken.

- De gegevens worden gedurende een maand bewaard, met inachtneming van een gebruikelijke termijn van 15 dagen voor het nakijken van de tentamens.

Uiteraard dient ook een **verwerkersovereenkomst** te worden gesloten, en de UvA had voldoende aannemelijk gemaakt dat met de verwerker, het Amerikaanse bedrijf Proctorio, een dergelijke overeenkomst was gesloten. Daarin is onder meer opgenomen dat gegevens in Europa (München) opgeslagen zouden worden.

3. Conclusie

De conclusie op basis van de richtlijnen van de AP en de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam is helder: online proctoring biedt een rechtmatig alternatief voor surveilleren bij online tentamens, mits sprake is van voldoende noodzaak en dit op een zorgvuldige manier wordt voorbereid en uitgevoerd. Het is duidelijk dat de universiteit in algemene zin niet zorgvuldig online tentamineren heeft voorbereid, maar in het licht van deze onvolkomenheid vervolgens op zo adequaat mogelijk wijze de inrichting van online tentaminering en surveillance heeft opgepakt. Zeker zolang de coronacrisis voortduurt lijkt het zorgvuldig gebruik van online proctoring mogelijk. Interessant wordt het na de coronacrisis: wanneer er minder noodzaak is, dan

is de vraag of en hoe online proctoring kan worden toegepast. Bovenstaande richtlijnen geven daarvoor een goed handvat om die vraag technisch te beantwoorden. Het is daarbij wel zaak dat de universiteit op structurele wijze nadenkt over hoe online tentaminering en de surveillance dient plaats te vinden.