

kel technische, automatische en passieve handelingen verricht. Algemeen bewustzijn van de exploitant over het gebruik van het platform om illegale content te delen is onvoldoende om uitgesloten te worden van de vrijstelling van aansprakelijkheid. De kennis die leidt tot uitsluiting moet betrekking hebben op concrete onwettige activiteiten en informatie. Kennis kan ontstaan door een op eigen initiatief verricht onderzoek of door een melding. Een enkele melding dat een werk auteursrechtelijk beschermd is, is daarvoor onvoldoende. De melder moet voldoende gegevens verstrekken om de exploitant in staat te stellen zich zonder grondig juridisch onderzoek ervan te vergewissen dat een mededeling onrechtmatig was. Wanneer dit het geval is moet de exploitant prompt handelen om de mededeling te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken, waarbij hij het recht op vrijheid van meningsuiting in acht dient te nemen.

5. Nieuw is dat het Hof aangeeft dat als de exploitant geacht wordt een mededeling aan het publiek te verrichten, dit niet per se betekent dat die exploitant geen beroep kan doen op de vrijstelling. Het Hof verduidelijkt daarmee dat eventuele primaire inbreuk niet per se aan een succesvol beroep op de safe harbour-vrijstelling in de weg staat. Wel concludeert het Hof dat een exploitant die eraan bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang krijgt tot illegale content, niet kan worden geacht te voldoen aan de voorwaarde dat hij enkel technische, automatische en passieve handelingen verricht. Het Hof geeft daarmee niet met zoveel woorden aan dat de toets voor het vaststellen van kennis dezelfde is als die voor de kwalificatie van mededeling aan het publiek, maar stelt wel vast dat bijdrage aan een mededeling gelijk staat aan de afwezigheid van het enkel verrichten van technische, automatische en passieve handelingen.

6. Verder benadrukt het Hof dat voor zover de exploitant niet geacht wordt een mededeling aan het publiek te verrichten, het treffen van technische maatregelen om illegale content te detecteren er niet voor zorgt dat de exploitant automatisch een actieve rol speelt waardoor hij geen beroep kan doen op de vrijstelling. Ook het verrichten van een geautomatiseerde indexering, het hebben van een zoekfunctie en het aanbevelen van video's op basis van het profiel of de voorkeuren van de gebruikers, kan niet volstaan om te oordelen dat een exploitant concrete kennis heeft van onwettige activiteiten. Dit zijn prettige verduidelijkingen voor exploitanten.

7. Dit arrest heeft zodanig lang op zich laten wachten, dat de Europese wetgever de relevantie ervan deels heeft ingehaald door het creëren van nieuwe wetgeving: de uiterlijk op 7 juni 2021 geïmplementeerde Digital Single Market ("DSM")-richtlijn die aparte regels in het leven roept voor bepaalde aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud zoals YouTube en de nog niet definitieve Digital Services Act ("DSA") die de e-commerce-richtlijn moet gaan vervangen. Hoewel de DSM-richtlijn onder meer een verplichting in het leven roept voor platforms zoals YouTube om actief te monitoren op auteurs

rechtinbreuk en illegale content te blokkeren, is het arrest toch nog relevant omdat deze richtlijn niet ziet op ieder videodeelplatform of host- en deelplatform (waaronder waarschijnlijk niet op Uploaded). Daarnaast staat het aansprakelijkheidsregime in het veelbesproken artikel 17 ter discussie in een andere procedure bij het Hof.⁸ In het kader van de DSA is het arrest nog relevant omdat de definitieve versie ervan nog niet is aangenomen. In het huidige concept van de DSA is een opsomming met informatie opgenomen die zorgt voor kennis bij een exploitant, waardoor hij wordt uitgesloten van de vrijstelling. Deze criteria geven geen expliciete ruimte voor een afweging met de vrijheid van meningsuiting, die het Hof in de onderhavige procedure lijkt voor te staan. De vraag is of en in hoeverre dit concept nog wijzigt.

P. Polter

Nederland

Computerrecht 2021/211

HOF AMSTERDAM

1 juni 2021, 200.280.852/01

(Mrs. D. Kingma, E.M. Polak en H. Struik)

m.nt. S. Eskens¹

(Art. 6 lid 1 sub e, 5 lid 1 sub b en c, 9 lid 1 AVG; art. 8 EVRM)

ECLI:NL:GHAMS:2021:1560

Centrale Studentenraad van de Universiteit van Amsterdam c.s./Universiteit van Amsterdam.

Arrest in de zaak van: Centrale Studentenraad van de Universiteit van Amsterdam c.s. tegen Universiteit van Amsterdam.

[...]

2. Feiten

[...]

2.2 Op 15 maart 2020 heeft het kabinet besloten om per 16 maart 2020 de scholen en universiteiten te sluiten in verband met de coronacrisis. Daardoor konden vanaf die datum geen tentamens meer worden afgenomen in de gebouwen van de UvA.

⁸ Beroep ingesteld op 24 mei 2019 bij het Hof van Justitie, C-401/19 (*Republiek Polen/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*).

¹ Mr. Sarah Eskens is Universitair Docent Recht & Technologie aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2.3 In verband met de sluiting van de gebouwen heeft de UvA onderzoek gedaan naar de mogelijkheid van 'online proctoring': het gebruik van software om studenten toegang te bieden tot online tentamens en om fraude op te kunnen sporen bij online tentamens.

[...]

2.9 Op 11 mei 2020 heeft het CvB een formeel besluit genomen om online proctoring met Proctorio in te zetten als toetsmogelijkheid, gedurende de Covid-19 crisis, bij tentamens waar geen passend alternatief voor proctoring kan worden gevonden. In het besluit is opgenomen dat voor de inzet van online proctoring in andere situaties, die niet vallen onder de Covid-19 maatregelen nieuwe besluitvorming is vereist.

[...]

2.12 In de Student Manual Online Proctored Exams (versie 4 juni 2020) staat onder meer het volgende.

What is online proctoring?

Online proctoring means remote invigilation (surveillance) of an exam that you take in an online assessment platform. (...)

The UvA will make use of Proctorio (...) for online proctoring. Proctorio works via a plugin tool in Google Chrome. This plugin allows us to record you while you take the exam, and analyze the results. The results are analyzed automatically, and if any irregularity is detected a real person will assess the recorded material. (...)

[...]

The UvA understands that it might feel strange to be recorded during an exam. We understand that we are asking a lot when we ask you to show your room, and may see the files you have on your computer. We provide tips on how to minimize the intrusion into your private space elsewhere in this document.

[...]

How am I monitored by the proctoring system?

Proctorio records your screen, webcam, audio, keystrokes and some information about your computer system to determine whether you are looking away from the screen a lot, you leave the area visible via the webcam, unpermitted sound can be heard, you are using a phone, you are opening unpermitted browser tabs or programs, you are typing much more or less than fellow students, and other people appear on screen. (...)"

[...]

3. **Beoordeling**

Het geschil

3.1.1 CSR c.s. hebben in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, UvA te verbieden tentamens af te nemen waarbij gebruik wordt gemaakt van Proctorio zolang de vereiste

instemming van de CSR en/of FSR ontbreekt en de rechtmatigheid van de gegevensverwerking niet is komen vast te staan, met nevenvorderingen, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de UvA in de proceskosten. UvA heeft verweer gevoerd.

3.1.2 De voorzieningenrechter heeft de vordering van CSR c.s. afgewezen. [...]

3.1.3 CSR c.s. hebben in hoger beroep hun eis opnieuw geformuleerd en vorderen thans, zakelijk weergegeven: UvA te verbieden online tentamens via de webbrowser af te nemen, tenzij instemming van CSR en/of FSR en/of toestemming van de gebruiker is verkregen;

en/of UvA te verbieden gebruik te maken van het programma Proctorio, tenzij instemming van CSR en/of FSR en/of toestemming van de gebruiker is verkregen;

en/of UvA te verbieden de middels het programma Proctorio verkregen persoonsgegevens van in elk geval [appellant sub 3] te gebruiken zolang daarvoor van hem geen toestemming is verkregen,

waarbij toestemming steeds de betekenis heeft die de AVG daaraan toekent, en waarbij nimmer gezichtsherkenning, ogbewegingsregistratie noch een roomscan mag plaatsvinden, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom. [...]

3.1.5 CSR c.s. voeren bij grief 2 in principaal appel aan dat met betrekking tot de gegevensverwerking niet is voldaan aan de vereisten van de Grondwet, het EVRM en de AVG. Met grief 3 stellen zij aan de orde dat zij, althans CSR en FSR, wel een instemmingsrecht hadden met betrekking tot het besluit van 11 mei 2020, en met grief 4 dat dat besluit te weinig bepaald is. UvA voert bij haar incidentele grieven kort gezegd aan dat CSR c.s. niet kunnen worden ontvangen in hun vordering. Het hoger beroep van CSR c.s. zal eerst worden besproken. Dat hoger beroep van CSR c.s. faalt op grond van het volgende.

Geen instemmingsrecht

3.2.1 CSR c.s. voeren aan dat de voorzieningenrechter ten onrechte uit de Regels en Richtlijnen van de examencommissie van de FEB heeft afgeleid dat hun geen instemmingsrecht toekomt. De onderwijs- en examenregeling van de FEB laat het aan de studiegids over hoe er wordt getentamineerd, terwijl artikel 7.13 lid 2 onder I WHW voorschrijft dat dat in die regeling wordt vastgelegd. De UvA ontnemt hun met de subdelegatie naar de studiegids en/of naar voornoemde Regels en Richtlijnen hun instemmingsrecht, aldus CSR c.s. UvA bestrijdt een en ander.

3.2.2 Het hof overweegt als volgt. CSR c.s. noemen in hun inleidende dagvaarding als grondslag voor hun instemmingsrecht artikel 9.38 aanhef en sub b WHW. In dat artikel wordt aan de faculteitsraad een instemmingsrecht verleend bij het vaststellen of wijzigen van de onderwijs- en examenregeling. Van een vaststelling of wijziging van

die regeling is in elk geval in formele zin geen sprake. UvA heeft daarnaast terecht erop gewezen dat artikel 7.13 lid 2 onder I WHW weliswaar voorschrijft dat in de onderwijs- en examenregeling wordt vastgelegd of de tentamens mondeling, schriftelijk of op een andere wijze worden afgelegd, maar ook dat de examencommissie de bevoegdheid heeft in bijzondere gevallen anders te bepalen. De beperkingen die van regeringszijde zijn opgelegd wegens de Covid-19-pandemie kunnen naar het oordeel van het hof als een bijzonder geval worden aangemerkt. Dat betekent dat de examencommissie bevoegd is tot het nemen van bijzondere maatregelen en dat daarvoor geen wijziging van de examenregeling nodig is, zoals CSR c.s. bepleiten. Het ligt bovendien in de rede om een online tentamen gelijk te stellen met een 'gewoon' schriftelijk afgenomen tentamen waarbij, zij het in een andere vorm, ook volgens de huidige regeling surveillance mogelijk en bovendien gebruikelijk is. Ook daarom ligt het niet voor de hand dat voor het inzetten van online surveillance een wijziging van de examenregeling noodzakelijk is. Een en ander maakt dat het hof voorshands van oordeel is dat ook materieel gezien het examenreglement niet is gewijzigd of behoefde te worden gewijzigd en dat daarom ter zake van de invoering van online surveillance aan CSR en/of FSR geen instemmingsrecht toekwam.

Inzet van Proctorio voldoet aan AVG

3.3.1 CSR c.s. betogen verder dat het inzetten van de software van Proctorio bij het online tentamineren niet voldoet aan de vereisten van de AVG. Volgens hen ontbreekt de noodzaak tot het inzetten van surveillance software, worden er meer persoonsgegevens verwerkt dan noodzakelijk voor het gegeven doel, zijn er voldoende alternatieven, is er een gebrek aan transparantie en veiligheid, en worden er zonder grond bijzondere persoonsgegevens verwerkt. Volgens UvA wordt wel voldaan aan de vereisten van de AVG. Het hof deelt het standpunt van UvA op grond van het volgende.

3.3.2 Niet in geschil is dat de software van Proctorio wordt ingezet ter vervulling van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de UvA is opgedragen, zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 sub e AVG. Wel in geschil is of de gegevensverwerking die door het inzetten van Proctorio plaatsvindt noodzakelijk is voor het vervullen van die taak. UvA voert aan dat, gelet op de Covid-19-maatregelen, studenten en personeel thuis moeten blijven en dat het daarom noodzakelijk is om andere dan de gebruikelijke vormen van tentaminering in te zetten omdat studenten anders vertraging oplopen. Voor vakken waarbij kennisreproductie centraal staat zijn geen alternatieve toetsvormen zoals openboektentamens, essays of mondelinge tentamens mogelijk. Fraudebestrijding bij online tentamens is noodzakelijk om een eerlijke en betrouwbare tentaminering en daarmee de waarde van diploma's te waarborgen. Er kan immers op grote schaal worden gefraudeerd, bijvoorbeeld door het delen van antwoorden in WhatsApp-groepen en dergelijke, aldus UvA.

UvA heeft naar het oordeel van het hof met dit betoog voldoende aangetoond dat het aanbieden van online tentamens en het inzetten van surveillance software noodzakelijk is ter vervulling van haar taak. Daaraan doet niet af dat de betreffende tentamens maar een onderdeel uitmaken van de te behalen diploma's, zoals CSR c.s. betogen. Evenmin is van voldoende betekenis dat het soort tentamens (kennisreproductie) van ondergeschikt belang zou zijn. CSR c.s. hebben in dit verband immers niet betoogd dat het toetsen van kennis geheel achterwege kan blijven bij het behalen van de diploma's.

[...]

3.3.4 Volgens CSR c.s. gaat het verzamelen en verwerken van de gegevens verder dan voor het doel noodzakelijk is, en is dat verzamelen en verwerken dus in strijd is met de beginselen van doelbinding en dataminimalisatie. Zij wijzen erop dat het minder ingrijpend is om beeld en geluid slechts af en toe op te nemen of het beeld deels te blurren. Ook dan zouden studenten hun gedrag veranderen. CSR c.s. zien daarbij echter over het hoofd dat op deze wijze achteraf met minder zekerheid is vast te stellen of daadwerkelijk sprake is geweest van fraude. De beperking van de te verzamelen gegevens zoals door CSR c.s. voorgestaan staat dan ook in de weg aan een doelmatige bestrijding van tentamenfraude. CSR c.s. voeren tevens aan dat niet duidelijk is of de opnamen stoppen tussen het proeftentamen en het eigenlijke tentamen of zelfs na afloop van het tentamen. CSR c.s. hebben echter geen concrete aanwijzingen gegeven dat de opnamen op of na deze tijdstippen doorgaan, zodat het hof aan hun stelling voorbij gaat. CSR c.s. stellen voorts dat mogelijk sprake is van de registratie van oogbewegingen en van gezichtsherkenning. Ook vindt er volgens hen gedragscontrole plaats. Volgens UvA wordt slechts geautomatiseerd vastgesteld of (de mate van) afwijkend gedrag kan wijzen op fraude. Na het geautomatiseerd vaststellen daarvan volgt altijd een visuele controle. Uit deze gang van zaken volgt naar het oordeel van het hof geenszins dat er sprake is van doeloverschrijding bij het verzamelen of verwerken van de gegevens. De automatische verwerking is slechts gericht op het ontdekken van eventuele fraude en gaat niet verder dan dat, terwijl voor de visuele controle achteraf het verzamelen en het gedurende een beperkte termijn bewaren van alle beeld, geluid en schermgegevens noodzakelijk is. De enkele mogelijkheid dat de verzamelde gegevens ook nog andere verwerkingen, zoals gezichtsherkenning of verdergaande eye tracking, mogelijk maken dan noodzakelijk voor het bestrijden van fraude, houdt nog geen doeloverschrijding in. Er zijn door CSR c.s. geen concrete aanwijzingen gegeven dat die verwerkingen daadwerkelijk plaatsvinden, zodat daarvan niet kan worden uitgegaan. Er zijn evenmin aanwijzingen dat de volledige beelden of andere gegevens zonder concrete aanwijzingen voor fraude alsnog worden bekeken door surveillanten, zoals CSR c.s. suggereren. De enkele mogelijkheid daartoe is evenmin voldoende voor het constateren van doeloverschrijding. Het is voorts niet aannemelijk geworden dat de gegevens langer worden be-

waard dan voor het doel noodzakelijk is. Aanwijzingen voor fraude kunnen, zoals UvA aanvoert, nog gedurende het nakijken van de tentamens opkomen, zodat ook in die periode nog de noodzaak van visuele controle van de gegevens bestaat. Dat ook docenten de rol van (digitale) surveillant kunnen vervullen - UvA betwist overigens dat dit zo is - betekent evenmin dat sprake is van doeloverschrijding. Van misbruik van die rol is niet gebleken.

3.3.5 CSR c.s. voeren in verband met de doeloverschrijding nog aan dat de studenten 360 graden roomscans dienen uit te voeren en dat dit te ingrijpend en onnodig is. Volgens UvA is, nadat aanvankelijk roomscans waren voorgeschreven, nu slechts een zogenaamde deskscan vereist. CSR c.s. hebben bij hun akte overleggen (tegen)bewijs een screenshot overgelegd waaruit volgens hen blijkt dat bij een tentamen van 29 september 2020 nog steeds gevraagd werd om een roomscan. UvA heeft daarentegen handleidingen overgelegd waaruit zou blijken dat slechts een deskscan wordt geëist. Hoewel de communicatie vanuit UvA niet altijd helder is op dit punt, gaat het hof ervan uit dat uitsluitend een deskscan is vereist om aan de tentamens te mogen deelnemen. CSR c.s. hebben slechts bewijs geleverd van een incidenteel geval waarin om een volledige roomscan werd gevraagd. Een dergelijk incident is onvoldoende om uit te gaan van een bestaande verplichting tot het maken van een volledige roomscan bij het antwoord op de vraag of een verbod op de inzet van Proctorio gerechtvaardigd is.

3.3.6 Ook hebben CSR c.s. nog aangevoerd dat voor online surveillance met Proctorio afdoende alternatieven voorhanden zijn die minder ingrijpend zijn. Zij noemen andere surveillance programmatuur maar maken niet concreet wat de voordelen daarvan zouden zijn. Zij wijzen daarnaast op een erecode die bij de Universiteit van Groningen zou worden gebruikt, op het binden van de tentamens aan een strikte tijd, het werken met alternatieve vragen of verschillen in de volgorde van vragen, het vervangen van multiple choice vragen door open vragen met een plagiaattoets, en het live monitoren van alle studenten middels software als bijvoorbeeld Zoom. CSR c.s. hebben hiermee echter niet concreet gemaakt dat er voor elk soort tentamen een werkbaar en voldoende fraudebestendig alternatief voorhanden is waardoor de inzet van Proctorio volledig overbodig zou zijn. CSR c.s. hebben evenmin concrete voorbeelden gegeven van tentamens waarbij een alternatief voorhanden zou zijn en door UvA toch voor het toepassen van Proctorio is gekozen.

[...]

3.3.8 CSR c.s. hebben overigens onvoldoende aannemelijk gemaakt dat anderen dan de door UvA ingezette surveillanten, zoals Proctorio zelf, of Amerikaanse inlichtingendiensten, de bewaarde gegevens kunnen raadplegen. Zij hebben niet betwist dat deze gegevens versleuteld zijn opgeslagen en dat deze worden bewaard binnen de Europese Unie. Daarmee moet worden aangenomen dat de gegevens afdoende zijn beveiligd tegen illegitiem gebruik. CSR c.s. hebben voorts niet aannemelijk gemaakt

dat UvA, Proctorio of de Servische helpdesk van Proctorio metadata van studenten ontvangt of verwerkt anders dan noodzakelijk voor de technische werking van de internetverbinding of het gebruik van de software.

3.3.9 CSR c.s. wijzen voorts nog op technische problemen die zich zouden kunnen voordoen bij het online tentamineren. Bij hun laatste akte noemen zij concrete voorbeelden van online tentamens die op de geplande tijdstippen niet door konden gaan wegens falende techniek. UvA dient uiteraard rekening te houden met de mogelijkheid van technische problemen en dient gepaste maatregelen te nemen om deze te voorkomen en dient in voorkomende gevallen een redelijke oplossing te bieden voor het alsnog afnemen van een tentamen. De enkele kans op technische problemen is echter onvoldoende om tot een algemeen verbod op het online tentamineren te komen.

3.3.10 Dat het gebruik van Proctorio meebrengt dat het niet is toegestaan dat de studenten gedurende het tentamen gebruik maken van het toilet, is lastig maar in het kader van de fraudebestrijding noodzakelijk. UvA merkt op dat ook bij tentamens op locatie toiletgebruik niet is toegestaan. Deze beperking kan dan ook niet meewegen bij de beoordeling of online proctoring dient te worden verboden.

3.3.10 CSR c.s. voeren ten slotte nog aan dat de beelden bijzondere persoonsgegevens in de zin van artikel 9 AVG bevatten omdat met die beelden, mede vanwege de te tonen studentenkaart, personen kunnen worden geïdentificeerd naar ras of religie. Daarom moet voor de verwerking van die beelden toestemming (als bedoeld in artikel 4 lid 11 AVG) worden gevraagd van de betrokkenen, hetgeen is nagelaten. Beeldopnamen van een te identificeren persoon zijn echter niet zonder meer aan te merken als bijzondere persoonsgegevens betreffende bijvoorbeeld ras of religie. In dit geval is niet aannemelijk dat het verkrijgen van het beeldmateriaal is gericht op dit soort persoonskenmerken, terwijl evenmin is te voorzien dat er op basis van dit materiaal onderscheid zal worden gemaakt naar dit soort persoonskenmerken. De enkele mogelijkheid, die CSR c.s. suggereren, dat een docent of surveillant zich door het uiterlijk van een student zal laten beïnvloeden is daarvoor onvoldoende.

3.3.11 Het voorgaande, ook in onderlinge samenhang bezien, leidt niet tot de conclusie dat enig voorschrift van de AVG wordt geschonden bij de inzet van Proctorio.

Inzet van Proctorio voldoet aan artikel 8 EVRM

3.4.1 CSR c.s. voeren in hoger beroep als grondslag van hun vordering tevens aan dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 8 EVRM. Niet in geschil is dat met de inzet van Proctorio inbreuk wordt gemaakt op het in lid 1 van dit artikel gewaarborgde recht op privéleven. Vraag is wel of is voldaan aan de voorwaarden voor het maken van een inbreuk die zijn geformuleerd in lid 2 van dit artikel. Het hof concludeert dat aan die voorwaarden is voldaan op grond van het volgende.

3.4.2 De WHW geeft aan UvA de opdracht opleidingen aan te bieden en te examineren. Als onderdeel daarvan

geeft artikel 9 lid 1 WHW aan het bestuur van UvA de bevoegdheid om een onderwijs- en examenregeling vast te stellen. Daarbij wordt de wijze van examineren geregeld en bovendien, zoals eerder overwogen, is de examencommissie bevoegd in bijzondere gevallen de examens op andere wijze in te richten. Dat betekent dat het tentamineren en de bevoegdheid tot het regelen van de wijze waarop dat gebeurt bij wet is voorzien. Uit de feiten en omstandigheden die hiervoor reeds in het kader van de toetsing aan de AVG zijn besproken en als aannemelijk zijn aangemerkt, is af te leiden dat de inbreuk mede in verband met de Covid-19-maatregelen in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de voortgang van het (ook economisch relevante) hoger onderwijs. De inbreuk is aan de hand van die feiten en omstandigheden ook proportioneel te achten.

3.4.3 CSR c.s. voeren daarnaast nog aan dat niet is voldaan aan de vereisten van de artikelen 10 tot en met 13 van de Grondwet (betreffende het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de onaantastbaarheid van het lichaam, het woonrecht respectievelijk het briefgeheim). Zij hebben echter niet concreet toegelicht wat een toetsing aan deze grondrechten en de mogelijkheid van beperkingen daarop zou toevoegen aan het voorgaande.

Afronding

3.5.1 CSR c.s. voeren bij hun vierde en laatste grief aan dat het besluit van het bestuur van UvA van 11 mei 2020 te weinig bepaald en gelimiteerd is zodat het niet in stand kan blijven. Volgens dat besluit is de inzet van Proctorio mogelijk gedurende de Covid-19 crisis, terwijl het zou moeten gaan om de periode waarin het niet mogelijk is om te tentamineren in gebouwen van de UvA. Covid-19 zou immers weleens blijvend in de samenleving aanwezig kunnen zijn, aldus nog steeds CSR c.s.

3.5.2 Het gaat er in dit geding om of er voldoende aanleiding is om bij wijze van voorlopige voorziening het door CSR c.s. gevorderde verbod toe te wijzen. Dat was ten tijde van het wijzen van het bestreden vonnis niet het geval, en dat is thans nog steeds niet zo. De sluiting van de universiteiten per 15 maart 2020 was immers ten tijde van het wijzen van het vonnis nog onverkort van kracht. Thans is sprake van enige verlichting van de maatregelen, maar nog steeds is het massaal bezoeken van universiteitsgebouwen voor tentaminering niet aan de orde. De noodzaak tot de bijzondere wijze van tentaminering was en is dan ook nog steeds aanwezig. De enkele omstandigheid dat de tekst van het besluit ruim uitgelegd kan worden maakt dat niet anders. Indien de noodzaak van online tentaminering komt te vervallen dan ontstaat wel een geheel ander debat dan thans is gevoerd.

3.5.3 Voor zover CSR c.s. hebben bedoeld te vorderen dat alle online tentamens worden verboden, bestaat daartoe evenmin voldoende grond. Het enkele feit dat UvA door online tentamens de beschikking krijgt over het IP-adres van studenten is daartoe onvoldoende. Niet is gebleken dat UvA dit IP-adres gebruikt anders dan uit techni-

sche noodzaak. Ook het feit dat studenten bij het online tentamen een specifieke webbrowser moeten gebruiken is daartoe onvoldoende. CSR c.s. hebben in dit verband ook niet verzocht om het gebruik van andere webbrowsers mogelijk te maken.

3.5.4 Al met al is de conclusie dat er onvoldoende grond is voor toewijzing van de vordering. Het hoger beroep van CSR c.s. faalt.

[...]

4. Beslissing

Het hof:
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
[...]

Noot

1. De Covid-19-pandemie houdt het universitaire leven nog steeds in de greep. Normaal gesproken zijn de meeste tentamens in een grote zaal waar surveillanten de wacht houden en voorkomen dat studenten frauderen. Met online proctoring software kunnen universiteiten tentamens geautomatiseerd surveilleren terwijl studenten deze thuis afnemen.

2. Een groep studenten van de Universiteit van Amsterdam ('UvA') was tegen het gebruik van online proctoring en vorderde in kort geding een verbod voor de UvA om zulke software te gebruiken. De rechtbank wees de vordering van de studenten af,² maar de studenten gingen in hoger beroep. De studenten richten zich op drie onderdelen, namelijk hun instemmingsrecht, de Algemene verordening gegevensbescherming ('AVG'), en het recht op privacy zoals neergelegd in artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ('EVRM').

3. De studenten betogen dat zij op basis van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ('WHW') instemmingsrecht hadden met betrekking tot het besluit van de UvA om online proctoring in te zetten. Volgens het Hof kan een online tentamen gelijk gesteld worden met een schriftelijk tentamen, "waarbij, zij het in een andere vorm, ook volgens de huidige regeling surveillance mogelijk en bovendien gebruikelijk is".³ Aangezien de examenregeling schriftelijke tentamens al regelde, was er volgens het Hof geen wijziging nodig voor het inzetten van online surveillance en hadden de studenten daarom geen instemmingsrecht.

4. Het Hof stelt schriftelijke en online tentamens te gemakkelijk gelijk. Bij een schriftelijk tentamen op de campus word je door een persoon gesurveilleerd die in grote lijnen je gedrag observeert. Bij een online tentamen zit je in een privéruimte waarbij een softwareprogramma je webcam, microfoon, scherm, en muis- en toetsenbordactiviteit continue monitort. Online surveillance is nauw-

2 Rb. Amsterdam (vzr.) 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917.

3 Hof Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1560, r.o. 3.2.2.

keuriger en indringender, en zoals de UvA ook erkent in de online proctoring handleiding, “it might feel strange to be recorded during an exam”.⁴ De UvA ziet dus in dat online surveillance anders is dan surveillance door een persoon op locatie.

5. De meeste aandacht gaat naar de AVG. Volgens de studenten voldoet het inzetten van online proctoring niet aan het gegevensbeschermingsrecht.

6. De partijen zijn het eens dat de UvA online proctoring inzet ter vervulling van een publieke taak (artikel 6 lid 1 sub e AVG). Maar de studenten vinden dat de gegevensverwerking die door het inzetten van online proctoring plaatsvindt niet noodzakelijk is voor het vervullen van die taak. De noodzakelijkheidsvraag kwam al uitgebreid aan bod in eerste aanleg.⁵ Beide partijen herhalen in hoger beroep min of meer hun argumenten. De UvA benadrukt nog een keer dat “[v]oor vakken waarbij kennisreproductie centraal staat” geen alternatieve toetsvormen mogelijk zijn en het Hof concludeert vervolgens dat online proctoring inderdaad noodzakelijk is.⁶

7. Deze conclusie lijkt een win voor de UvA, maar de universiteit schiet zichzelf in de voet met de nadruk op kennisreproductie. Je mag verwachten dat aan de universiteit kennisreproductie hooguit bij een paar eerstejaars bachelorvakken centraal staat. Voor andere vakken, waarbij studenten eigen inzichten moeten laten zien, is online proctoring dus niet noodzakelijk. Ik ga ervan uit dat de UvA niet zou willen stellen dat het meeste onderwijs in de bachelor en master om eenvoudige kennisreproductie gaat.

8. De studenten voeren ook aan dat de gegevensverwerking bij online proctoring in strijd is met de beginselen van doelbinding en minimale gegevensverwerking (artikel 5 lid 1 sub b en c AVG). De studenten voeren zwakke argumenten aan. De opnames zouden na afloop van tentamens kunnen doorlopen, er zou sprake kunnen zijn van registratie van oogbewegingen en gezichtsherkenning, en surveillanten zouden de gegevens kunnen bekijken zonder indicatie van fraude. Het Hof merkt op dat de studenten geen concrete aanwijzingen hebben gegeven dat deze situaties plaatsvinden en benadrukt dat een enkele mogelijkheid niet voldoende is voor het vaststellen van doeloverschrijding.⁷

9. In het kader van de AVG redeneren de studenten verder dat de beelden bijzondere persoonsgegevens (artikel 9 lid 1 AVG) bevatten en dat er daarom toestemming gevraagd had moeten worden. Het Hof wijst dit argument terecht af omdat beeldopnamen alleen bijzondere persoonsgegevens zijn als de verwerking is gericht op het verkrijgen van persoonskenmerken zoals ras of religie, of op het maken van onderscheid op grond van deze ken-

merken.⁸ Er zit nog een foutje in het argument van de studenten. De verwerking van bijzondere persoonsgegevens vereist uitdrukkelijke toestemming, niet gewoon toestemming “als bedoeld in artikel 4 lid 11 AVG”.⁹

10. Ten slotte beroepen de studenten zich nog op artikel 8 EVRM. Het Hof stelt vast dat de inmenging bij wet is voorzien en een legitiem doel heeft, namelijk de voortgang van het hoger onderwijs, wat het Hof plaatst onder het economisch welzijn van het land.¹⁰ Uit de feiten die al in het kader van de toetsing aan de AVG zijn besproken, leidt het Hof af dat de inmenging noodzakelijk en proportioneel is. Het Hof houdt het erg kort, terwijl Colette Cuijpers in haar analyse laat zien dat er wel wat meer te zeggen valt over de proportionaliteit en subsidiariteit van online proctoring in het licht van artikel 8 EVRM.¹¹

11. Een belangrijk punt blijft onbesproken in deze zaak. Zoals Naomi Appelman, Jill Toh, en Hans de Zwart benadrukken, benadeelt online proctoring software mensen van kleur.¹² De discussie over online proctoring illustreert dat we verder moeten kijken dan privacy- en gegevensbescherming als het gaat over nieuwe technologie.¹³

12. Samenvattend kan gezegd worden dat het Hof Amsterdam de UvA te gemakkelijk volgt in het argument dat schriftelijke en online surveillance gelijk te stellen zijn en dat online proctoring noodzakelijk is, maar dat de studenten geen sterke argumenten aanvoeren met betrekking tot doelbinding, minimale gegevensverwerking, en bijzondere persoonsgegevens. Het argument op basis van artikel 8 EVRM had verder uitgediept kunnen worden, maar ik betwijfel of de rechter een ongerechtvaardigde inbreuk zou vaststellen. In een andere bijdrage heb ik laten zien dat er nog meer vragen gesteld kunnen worden bij de juridische inkadering van online proctoring,¹⁴ maar uiteindelijk zijn de argumenten die niet over privacy en gegevensbescherming gaan misschien het sterkst. Deze argumenten zijn helaas nog moeilijker hard te maken in een procedure.

S. Eskens

4 Zie de Student Manual beschreven in r.o. 2.12.

5 Rb. Amsterdam (vzr.) 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, r.o. 4.10-4.12.

6 Hof Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1560, r.o. 3.3.2.

7 Hof Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1560, r.o. 3.3.4.

8 Zie ook Autoriteit Persoonsgegevens, *Cameratoezicht: Beleidsregels voor de toepassing van bepalingen uit de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet politiegegevens*, Den Haag 2016, p. 26.

9 Hof Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1560, r.o. 3.3.10.

10 Hof Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1560, r.o. 3.4.2.

11 C. Cuijpers, ‘Privacy en online proctoring’, *NJB* 2020/1499, afl. 24, p. 1712-1721.

12 N. Appelman, J. Toh & H. de Zwart, ‘Opinie: UvA, verhuul racisme van proctoring niet met mooie woorden’, *Het Parool*, 6 juli 2021, <https://www.parool.nl/columns-opinie/opinie-uva-verhuul-racisme-van-proctoring-niet-met-mooie-woorden-baa188f7/>.

13 T. Sharon, M. Lanzing, L. Siffels, N. Helberger, S. Eskens, J. Strycharz, J. van Apeldoorn & M. Sax, ‘Digital technologies during covid-19: A multi-disciplinary problematization of privacy’s value hegemony’, panel georganiseerd tijdens TILting 2021, Tilburg, 20 mei 2021.

14 S. Eskens, ‘Opinie: De wettelijke mogelijkheden voor online proctoring door universiteiten zijn zeer beperkt’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2020, afl. 4, p. 141-143.