

# De AVG bekeken vanuit een kinderrechtenperspectief: pluspunten, knelpunten & vraagstukken

Computerrecht 2017/155

**De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) besteedt specifieke aandacht aan de bescherming van persoonsgegevens van kinderen. De tekst van de AVG biedt echter weinig duidelijkheid in verband met de implementatie van een aantal bepalingen die een impact kunnen hebben op kinderen. Dit artikel identificeert een aantal pluspunten, knelpunten en relevante vragen, met aandacht voor een brede waaier aan rechten die aan kinderen zijn toegekend door het Verdrag inzake de rechten van het kind.**

## 1. Inleiding

De enorme technologische vooruitgang en globalisering hebben ertoe bijgedragen dat persoonsgegevens op een steeds grotere schaal worden verzameld en gedeeld, en dat geldt ook voor persoonsgegevens van kinderen. Websites gericht op kinderen volgen hen online door middel van cookies,<sup>2</sup> het aanmaken van profielen op sociale netwerksites of het downloaden van apps gaat gepaard met de overdracht van persoonlijke informatie, advergames bieden aangepaste inhoud aan naargelang leeftijd of geslacht, en geconnecteerd speelgoed ('connected toys') registreert gesprekken van kinderen en interageert met hen. Deze nieuwe technologieën bieden aan de ene kant heel wat mogelijkheden voor kinderen om hun fundamentele rechten onder het IVRK<sup>3</sup> uit te oefenen, zoals hun recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 13 IVRK), recht op vrijheid van vereniging (artikel 15 IVRK), recht op onderwijs (artikelen 28 en 29 IVRK) en recht op spel en recreatieve bezigheden (artikel 31 IVRK). Aan de andere kant duiken er ook belangrijke risico's op, zoals de impact van de grootschalige verwerking van persoonsgegevens van kinderen op hun recht op ontwikkeling (artikel 6 IVRK) en recht op privacy (artikel 16 IVRK).

1 Valerie Verdoodt is als doctoraatsonderzoeker verbonden aan KU Leuven – CiTiP – imec; Eva Lievens is docent recht en technologie aan de Universiteit Gent. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan dit artikel werd uitgevoerd in het kader van de onderzoeksprojecten (1) *AdLit: Advertising Literacy in a New Media Environment Investigating Minors' Persuasion Knowledge in Relation to New Advertising Formats*, FWO Vlaanderen en (2) *A children's rights perspective on privacy and data protection in the digital age: a critical and forward-looking analysis of the General Data Protection Regulation and its implementation with respect to children and youth*, Bijzonder Onderzoeksfonds Universiteit Gent.

2 Een 'privacy sweep' die in 2015 werd uitgevoerd door een internationaal netwerk van toezichhoudende autoriteiten stelde vast dat 67% van de 1494 onderzochte websites en apps persoonsgegevens van kinderen verzamelden en dat 50% deze gegevens deelde met derden: Global Privacy Enforcement Network (2015). Results of the 2015 Global Privacy Enforcement Network Sweep.

3 Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (1989). Verdrag inzake de rechten van het kind – Officiële Nederlandse vertaling. [hierna: IVRK].

In deze snel evoluerende digitale omgeving is ook het wetgevende kader volop in beweging. De nieuwe Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna "AVG") die vanaf mei 2018 zal worden toegepast, besteedt voor het eerst specifieke aandacht aan de bescherming van persoonsgegevens van kinderen. Niettegenstaande de keuze voor een Verordening heeft de Europese wetgever wel een zekere vrijheid aan de lidstaten gelaten met betrekking tot de implementatie van enkele bepalingen, waaronder een aantal bepalingen die van belang kunnen zijn voor kinderen. Hierdoor valt het nog af te wachten wat de concrete impact van de wijzigingen op het dagelijkse leven van kinderen en de uitoefening van hun rechten zal zijn. Het is dan ook cruciaal om vanuit een kinderrechtelijke invalshoek een aantal knelpunten te identificeren en mogelijke onduidelijkheden op te helderen in aanloop naar de daadwerkelijke toepassing van de AVG.

## 2. Algemene Verordening Gegevensbescherming: specifieke bescherming voor kinderen

Aanvankelijk werd er geen onderscheid gemaakt tussen kinderen en volwassenen in de wetgeving omtrent de bescherming van persoonsgegevens. Echter, na de lancering van de EU Strategie voor de Rechten van het Kind<sup>4</sup> door de Europese Commissie in 2006 werden kinderrechten wel als een prioriteit gezien. In het kader hiervan vaardigde de Artikel 29 Werkgroep<sup>5</sup> in 2009 een advies uit over de bescherming van informatie over kinderen.<sup>6</sup> In dit advies bespreekt de Werkgroep de algemene principes die van belang zijn voor de bescherming van kinderen en worden er richtlijnen gegeven voor de verwerking van persoonsgegevens van kinderen. Ook in latere adviezen benadrukt de Werkgroep dat men extra voorzichtig moet zijn wanneer persoonsgegevens van kinderen verwerkt worden. Zo worden app ontwikkelaars aangemoedigd nog stringenter om te gaan met de principes van dataminimalisatie en doelbinding<sup>7</sup> en mogen "exploitanten van advertentienetwerken geen interessegroepen aanbieden ten behoeve van reclame op basis van surfgedrag of ter beïnvloeding van kinderen".<sup>8</sup>

4 Europese Commissie (2006). Naar een EU-strategie voor de rechten van het kind, COM(2006) 367 definitief, 4 juli 2006.

5 Het Europees adviesorgaan gevormd door vertegenwoordigers van de nationale privacytoezichhouders. Hoewel de adviezen niet bindend zijn wordt er belangrijke autoritatieve waarde aan gehecht, aangezien alle lidstaten in dit orgaan vertegenwoordigd zijn.

6 Artikel 29 Werkgroep (2009). Advies 2/2009 over de bescherming van persoonsgegevens van kinderen (Algemene richtlijnen en de specifieke toepassing op scholen).

7 Artikel 29 Werkgroep (2013). Advies 02/2013 over apps op slimme toestellen, 26.

8 Artikel 29 Werkgroep (2010). Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising'), 20.

Dat kinderen recht hebben op 'specifieke bescherming' met betrekking tot hun persoonsgegevens wordt door de EU-wetgever nu expliciet erkend in de AVG. Overweging 38 benadrukt dat kinderen zich minder bewust zijn van de risico's en mogelijke gevolgen van de verwerking van hun persoonsgegevens voor hun rechten. Bovendien erkent de AVG dat de verwerking van persoonsgegevens van kinderen een bijzonder risico voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen inhoudt.<sup>9</sup> Zeker in situaties waarbij persoonsgegevens van kinderen gebruikt worden voor marketingdoeleinden of voor profilering bij het gebruik van rechtstreeks aan kinderen verstrekte diensten moeten kinderen van specifieke bescherming kunnen genieten.<sup>10</sup> Naar die specifieke bescherming voor kinderen wordt soms expliciet, op andere plaatsen eerder impliciet verwezen doorheen de AVG, in verschillende overwegingen en artikels.

## 2.1 Definitie kind

Eerst en vooral valt op dat de AVG geen definitie van de notie 'kind' bevat. Bijgevolg is het niet meteen duidelijk tot wanneer een jong publiek aanspraak kan maken op de specifieke bescherming voor kinderen. In haar advies van 2009 verwijst de Artikel 29 Werkgroep voor de definitie naar het IVRK van de Verenigde Naties: iemand die jonger is dan 18 jaar, tenzij volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt.<sup>11</sup> Hoewel deze interpretatie in het initiële AVG-voorstel van de Europese Commissie werd onderschreven, verdween ze volledig in de latere iteraties door het Europees Parlement en de Raad.

De ruime interpretatie werd kritisch onthaald, onder meer door het Amerikaanse *Department of Commerce*, dat argumenteerde dat dit een negatieve impact zou kunnen hebben op de rechten van oudere kinderen (bijv. 13 of 16 tot 18-jarigen, infra).<sup>12</sup> Vanuit een kinderrechtenperspectief hoeft de uitoefening van de rechten onder de AVG niet voor alle kinderen hetzelfde te zijn. Kinderen hebben immers het recht op ontwikkeling en om behandeld te worden naargelang hun 'ontwikkende vermogens' en niveau van volwassenheid.<sup>13</sup> In het licht hiervan stelt de Artikel 29 Werkgroep dat de uitoefening van de rechten van kinderen moet worden aangepast aan hun lichamelijke en psychologische ontwikkelingsniveau.<sup>14</sup> Zo zouden andere maatregelen moeten worden getroffen voor jonge kinderen en tieners (infra).

## 2.2 De leeftijdsgrens voor ouderlijke toestemming

Niettegenstaande de mogelijkheid voor verwerkers om zich in bepaalde omstandigheden rechtmatig op andere legitiematiegronden te beroepen,<sup>15</sup> is de AVG fundamenteel gebaseerd op de notie van de geïnformeerde betrokkene die er vrijwillig voor kiest om zijn of haar persoonsgegevens te laten verwerken. Het uitgangspunt van de AVG houdt in dat indien er een transparante, eenvoudige uitleg wordt gegeven over hoe en voor welke doeleinden persoonsgegevens verwerkt worden, de betrokkene een geïnformeerde beslissing kan nemen.<sup>16</sup> De AVG introduceert een specifieke bescherming voor kinderen in het controversiële artikel 8, dat de voorwaarden voor de toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens van kinderen bepaalt.

Artikel 8 geeft de lidstaten de mogelijkheid om de leeftijd te bepalen waaronder ouderlijke toestemming vereist is om de persoonsgegevens van kinderen rechtmatig te verwerken met betrekking tot zogenaamde 'diensten van de informatiemaatschappij' (en wanneer toestemming wordt gebruikt als rechtvaardigingsgrond). Hieronder valt "elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van de dienst verricht wordt".<sup>17</sup> Dit kunnen eveneens diensten zijn die niet direct vergoed worden door de gebruiker, maar via reclame-inkomsten (i.e. de zogenaamde "gratis" diensten zoals sociale media, gratis nieuwswebsites, blogs, etc.).<sup>18</sup> Minder duidelijk is of online diensten die worden verstrekt door, bijvoorbeeld, non-profit of educatieve organisaties aan kinderen helemaal niet of in sommige situaties wel binnen het toepassingsgebied van artikel 8 zullen vallen.

Waar de EU-wetgever in de Verordening expliciet opteerde voor de leeftijd van 16 jaar, hebben de lidstaten de mogelijkheid om deze leeftijdsgrens te verlagen, met als ondergrens 13 jaar. Kiezen lidstaten niet expliciet voor de leeftijd van 13, 14 of 15, dan zal ouderlijke toestemming in de context van artikel 8 vereist zijn voor het verwerken van persoonsgegevens van kinderen jonger dan 16. Dit kan in de praktijk betekenen dat bedrijven die hun online diensten verlenen in meerdere lidstaten, verschillende regels zullen moeten respecteren doorheen de Europese Unie, wat extra investeringen zal vergen. Bovendien hebben vele van deze diensten-aanbieders (ook) vestigingen in de Verenigde Staten, waar ze de regels van de *Children's Online Privacy Protection Act* ("COPPA") moeten naleven.<sup>19</sup> De COPPA vereist dat websites en diensten die specifiek gericht zijn op kinderen of dienstenaanbieders die redelijkerwijze weten dat ze gegevens

9 Overweging 75 AVG.

10 Overweging 38 AVG.

11 Artikel 29 Werkgroep (2009). Advies 2/2009 over de bescherming van persoonsgegevens van kinderen (Algemene richtlijnen en de specifieke toepassing op scholen), 3.

12 K.C. Montgomery en J. Chester (2015), 'Data Protection for Youth in the Digital Age – Developing a Rights-based Global Framework', *European Data Protection Law Review*, 289.

13 Artikel 5 IVRK (i.e. uitoefening van de rechten uit het verdrag in overeenstemming met de ontwikkelende vermogens van het kind) en artikel 6 IVRK (i.e. het recht op ontwikkeling).

14 Artikel 29 Werkgroep (2009). Advies 2/2009 over de bescherming van persoonsgegevens van kinderen (Algemene richtlijnen en de specifieke toepassing op scholen), 3.

15 Artikel 6 AVG.

16 B.-J. Koops (2014), 'The trouble with European data protection law', *International Data Privacy Law*, 3; N. Fisk (2016), The Limits of Parental Consent in an Algorithmic World, *LSE Media Policy Project Blog*.

17 Artikel 1.18 Boek XII, Wetboek van Economisch Recht; Overweging 17 e-Commerce Richtlijn.

18 V. Verdoodt, D. Clifford en E. Lievens (2016), Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of advergames in the EU, *Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 5.

19 Children's Online Privacy Protection Act (COPPA).

van kinderen onder 13 verzamelen, voorafgaande ouderlijke toestemming verkrijgen.

In verschillende lidstaten zijn er discussies aan de gang over de implementatie van artikel 8 en hebben wetgevers en/of toezichthouders zich al expliciet uitgesproken over de leeftijdsgrens. In Nederland, bijvoorbeeld, hanteerde de nationale Wet bescherming persoonsgegevens reeds de leeftijdsgrens van 16 jaar voor de verwerking van gegevens op basis van toestemming, en die leeftijd werd behouden in het recente voorstel voor een AVG uitvoeringswet.<sup>20</sup> In Spanje werd een wetsontwerp ter tafel gelegd waarin de leeftijdsgrens wordt verlaagd naar 13 jaar;<sup>21</sup> in Oostenrijk werd geopteerd voor de leeftijd van 14 jaar.<sup>22</sup> In België werd voorlopig nog geen beslissing genomen over de leeftijdsgrens. De Belgische Kinderrechtencommissaris heeft wel een advies uitgevaardigd waarin hij de regering aanspoort om de leeftijdsgrens te verlagen naar 13 jaar.<sup>23</sup> Het kiezen van een hoge leeftijdsgrens voor ouderlijke toestemming legt namelijk te veel verantwoordelijkheid bij de ouders. In bepaalde situaties is het ook denkbaar dat geen ouderlijke toestemming zal kunnen worden verkregen, omdat ouders niet online zijn, niet geïnteresseerd zijn of omdat kinderen worden opgevangen buiten het gezin. van der Hof benadrukt eveneens dat ouders niet per se beter gewapend zijn dan hun kinderen in het maken van beslissingen over verwerkingen van persoonsgegevens.<sup>24</sup> Naar aanleiding van deze vaststellingen is het belangrijk te bemerken dat er geen uitzonderingen voorzien zijn voor de vereiste van ouderlijke toestemming in de AVG (enkel in het geval van preventieve of adviesdiensten, overweging 38; of tenzij een andere rechtsgrond voor de verwerking van persoonsgegevens van kinderen gebruikt wordt). Bovendien kan de voorwaarde van ouderlijke toestemming leiden tot overmatig ouderlijk toezicht in het leven van kinderen, wat een inbreuk op hun recht op privacy zou kunnen betekenen.<sup>25</sup>

Ook bestaat de mogelijkheid dat bedrijven, net zoals in de Verenigde Staten, hun diensten mogelijk niet (meer) zullen aanbieden aan minderjarigen onder de gekozen leeftijd,

omdat het bekomen van ouderlijke toestemming aanzienlijke inspanningen vergt. Indien zij geen toegang (meer) krijgen tot diensten zoals sociale netwerksites worden hen belangrijke participatierechten ontzegd, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting, en het recht op vrijheid van vereniging.

Momenteel bestaat er (te) weinig relevant onderzoek om de keuze voor een bepaalde leeftijdsgrens te onderbouwen. Uit recent onderzoek van Ofcom, de Britse onafhankelijke regulator voor media en communicatie, zou kunnen worden afgeleid dat de commerciële mediawijsheid van kinderen geleidelijk stijgt tussen de leeftijd van 12 en 15 jaar.<sup>26</sup> Op basis daarvan zou kunnen worden geargumenteed dat jongere kinderen wel beschermd moeten worden, zeker tegen privacy-intrusieve vormen van dataverwerking zoals profilering (infra). In ieder geval is het essentieel dat wetgevers deze beslissing heel zorgvuldig afwegen, en kiezen voor een leeftijd die de realiteit van het dagdagelijkse digitale leven van minderjarigen erkent.

Bovendien is het belangrijk dat adolescenten, i.e. jongeren boven de (gekozen) leeftijdsgrens tot 18 jaar, niet uit het oog worden verloren. Gelet op de grote populariteit van sociale media en mobiele applicaties bij deze leeftijdscategorie en de vaak zeer privacy-intrusieve aard van bepaalde online diensten, wordt geargumenteed dat er eveneens richtlijnen en een beleid rond een gepast beschermingsniveau voor adolescenten uitgewerkt dienen te worden.<sup>27</sup> Bovendien moeten online dienstenaanbieders nog steeds rekening houden met de specifieke bescherming die de AVG voor alle kinderen wil voorzien, zoals transparante informatie en het 'recht op vergetelheid' (infra).

### 2.3 Verificatie

Een tweede element uit Artikel 8 dat van belang is voor de bescherming van kinderen is de vereiste van verificatie of controle van ouderlijke toestemming, vergelijkbaar met de COPPA-regeling. Indien de verwerkingsverantwoordelijke zich baseert op de toestemming als legitieme grond voor de verwerking van persoonsgegevens van kinderen onder de leeftijdsgrens, moet deze redelijke inspanningen doen om te controleren of het daadwerkelijk de ouder van het kind is die zijn of haar toestemming of machtiging tot toestemming heeft verleent, dit met inachtneming van de beschikbare technologie.<sup>28</sup> De Belgische Privacycommissie benadrukte reeds dat het geen resultaatsverbintenis in hoofde van de verwerkingsverantwoordelijke betreft.<sup>29</sup> De AVG blijft vaag over hoe de toestemming van de ouders in de praktijk verkregen moet worden. Zo bevat de AVG geen voorbeelden van

20 Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens; Regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119).

21 Ministerio de justicia, Anteproyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal.

22 Nationalrat, Bundesgesetz, mit dem das Datenschutzgesetz 2000 geändert wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018).

23 Kinderrechtencommissariaat (2016) Advies Toepassing EU-verordening privacy in België: participatie aan sociale media vanaf 13 jaar. Zie ook Kenniscentrum Kinderrechten (2017). Digitale media en Kinderrechten. Het evenwicht is zoek binnen de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

24 S. van der Hof (2016), 'I agree... or do I? – A rights-based analysis of the law on children's consent in the digital world', *Wisconsin International Law Journal*.

25 S. van der Hof (2016), 'I agree... or do I? – A rights-based analysis of the law on children's consent in the digital world', *Wisconsin International Law Journal*.

26 S. Livingstone and K. Olafsson (2017), 'Children's commercial media literacy: new evidence relevant to UK policy decisions regarding the GDPR', *LSE Media Policy Project Blog*.

27 K.C. Montgomery and J. Chester (2015), Data Protection for Youth in the Digital Age – Developing a Rights-based Global Framework, *European Data Protection Law Review*, 291.

28 Artikel 8, lid 2 AVG.

29 Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (2017). De versterkte toestemming.

verificatiemechanismen en zijn er geen richtsnoeren voor een concrete invulling van het begrip “redelijke inspanningen”. Het is ook niet helemaal duidelijk wat precies wordt bedoeld met de zinsnede “of machtiging tot toestemming heeft verleend”. Bovendien kan ook de vraag gesteld worden of (en hoe) verwerkingsverantwoordelijken opnieuw toestemming moeten verkrijgen om bestaande verwerkingen van persoonsgegevens van kinderen voort te zetten, indien de eerder verkregen toestemming niet voldoet aan de AVG-standaard.<sup>30</sup> Met het oog op rechtszekerheid voor verwerkers is het dan ook cruciaal dat de privacytoezichthouders snel duidelijke en praktische richtlijnen opstellen voor de implementatie van verifieerbare toestemming en methodes van verificatie. In artikel 40 par. 2 (g) AVG wordt ook verwezen naar de mogelijkheid om over verificatiemechanismen gedragscodes op te stellen.

Inspiratie kan gehaald worden in de Verenigde Staten. De COPPA-regeling bepaalt dat ouderlijke toestemming verkregen kan worden op om het even welke manier, zolang de methode redelijkerwijze kan verzekeren dat de persoon die toestemming geeft de ouder van het kind is. Bovendien bevat de COPPA-regeling verscheidene niet-exhaustieve opties waaruit bedrijven kunnen kiezen.<sup>31</sup> Naast de opgelijste methoden kunnen bedrijven die een nieuwe verificatiemethode hebben ontwikkeld de methode laten goedkeuren.<sup>32</sup>

#### 2.4 *Transparante informatie*

Gelet op de nadruk die de AVG legt op de specifieke en op informatie gebaseerde toestemming, vormt ook de informatieplicht van de verwerkingsverantwoordelijke een belangrijk onderdeel van de specifieke bescherming van kinderen. Artikel 12 AVG bepaalt dat gebruikers belangrijke informatie in verband met de verwerking van persoonsgegevens “in een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal [moeten] ontvang[en], in het bijzonder wanneer de informatie specifiek voor een kind bestemd is”. Overweging 58 verduidelijkt dat de informatie in zodanig duidelijke en eenvoudige taal moet worden geformuleerd dat het kind deze makkelijk kan begrijpen. Hoe dit precies moet gebeuren kan ook worden vastgesteld in een gedragscode (artikel 40 par 2. (g)). Inzichten uit eerder onderzoek rond het overbrengen van informatie aan gebruikers of consumenten kunnen nuttig zijn. Zo waarschuwt Helberger dat het informeren van gebruikers niet automatisch leidt tot geïnformeerde gebruikers. Informeren draagt enkel bij tot het *empoweren*

van gebruikers als dit gebeurt op een efficiënte en effectieve manier.<sup>33</sup> Dit geldt nog des te meer wanneer kinderen geïnformeerd moeten worden. Bijzondere inspanningen zijn nodig om informatie voor kinderen van verschillende leeftijden aantrekkelijk en begrijpelijk te maken, bijvoorbeeld door informatie visueel voor te stellen of in kleine video-clipjes te gieten. In deze context kunnen initiatieven waarbij vormgevers, juristen en kinderen samenwerken om dit te realiseren, via zogenaamde ‘co-creatie’ methodes, waardevol zijn.<sup>34</sup>

#### 2.5 *Direct marketing*

Overweging 38 benadrukt dat het verwerken van persoonsgegevens van kinderen voor direct marketing specifieke bescherming vereist. Artikel 21 stelt dat betrokkenen steeds het recht hebben bezwaar te maken tegen een dergelijke verwerking. Direct marketing kan onder de AVG wel een legitiem belang van de verwerkingsverantwoordelijke uitmaken, en bijgevolg een rechtsgrond bieden voor verwerking naast de toestemming van de betrokkene.<sup>35</sup> De verantwoordelijke dient hier een belangenafweging te maken om na te gaan of de grondrechten en fundamentele vrijheden van de betrokkenen niet zwaarder doorwegen, rekening houdend met wat deze betrokkenen redelijkerwijze konden verwachten vanuit hun relatie met de verantwoordelijke.<sup>36</sup> Indien de betrokkenen kinderen zijn, bevestigt de AVG dat hun belangen sterker doorwegen.<sup>37</sup> In dit geval lijkt artikel 6, 1) (f) AVG aan te geven dat er een grotere verantwoordelijkheid rust op de verwerkingsverantwoordelijke wanneer deze rechtvaardigingsgrond wordt gebruikt voor de verwerking van persoonsgegevens.

#### 2.6 *Verbod op profilering?*

De activiteiten van kinderen in de digitale omgeving geven een grote hoeveelheid gegevens prijs over hun leven en persoonlijke interesses en voorkeuren. Dankzij enorme opslagcapaciteit en geavanceerde technologieën kunnen deze gegevens nu ook permanent verzameld, verwerkt en bewaard worden in gedetailleerde profielen, onder andere door het

30 Overweging 171 AVG stelt hierover het volgende: “Om de verwerkingsverantwoordelijke in staat te stellen na de datum van toepassing van deze verordening de verwerking voort te zetten, hoeft de betrokkene voor een verwerking waarmee hij krachtens Richtlijn 95/46/EG heeft ingestemd op een manier die aan de voorwaarden van deze verordening voldoet, niet nog eens toestemming te geven”. Onderlijning toegevoegd door de auteurs.

31 E.g. print-en-verstuur methode, gebruik online betaalsysteem of kredietkaart, videoconferentie.

32 Zo werd er in 2015 een nieuwe methode goedgekeurd, die gebruikmaakt van foto's en gezichtsherkenning (“Face Match to Verified Photo Identification”, or FMVPI). FTC (2015). FTC Grants approval for New COPPA Verifiable Parental Consent Method.

33 N. Helberger (2013), Forms Matter: Informing consumer effectively – (Onderzoek in opdracht van BEUC), 5-8.

34 E. Wauters, V. Donoso Navarrete en E. Lievens (2014), Optimizing transparency for users in social networking sites, *Info - The Journal of policy, regulation and strategy for telecommunications, information and media* 2014, Vol. 16, No. 6, 8-23.

35 Overweging 47 AVG. De Privacycommissie onderstreept echter dat het verkrijgen van de toestemming van de betrokkene een *best practice* is, in het licht van het beginsel van informatiele zelfbestemming. Het zoeken van een evenwicht is in de praktijk namelijk een zeer moeilijke oefening; indien het evenwicht verbroken wordt zal de verwerking stopgezet moeten worden. Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (2013). Aanbeveling nr. 02/2013 van 30 januari 2013 betreffende direct marketing en bescherming van persoonsgegevens, 12.

36 Overweging 47 AVG. De belangenafweging dient op een continue basis gemaakt te worden, en zodra de belangen van de verantwoordelijke niet meer doorwegen moet de activiteit stopgezet worden. Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (2013). Aanbeveling nr. 02/2013 van 30 januari 2013 betreffende direct marketing en bescherming van persoonsgegevens, 13-15.

37 Artikel 6, 1) (f) AVG.

gebruik van cookies.<sup>38</sup> De profielen kunnen worden aangewend om individuen te categoriseren en hun voorkeuren of toekomstig gedrag te voorspellen via statistische methodes.<sup>39</sup> Dergelijke profielen zijn zeer waardevol voor zowel online dienstenaanbieders als derde partijen (e.g. advertentienetwerken) die op basis hiervan gerichte reclame kunnen tonen aan kinderen of beslissingen nemen die betrekking hebben op kinderen.<sup>40</sup> Het is een complex en grotendeels onzichtbaar proces dat voor kinderen (en zelfs voor volwassenen) zeer moeilijk te vatten is.

In de AVG wordt veel aandacht<sup>41</sup> besteed aan profilering en de Preamble voorziet in een tweeledige bescherming voor kinderen. Ten eerste worden situaties waarbij persoonsgegevens van kinderen verwerkt worden voor het opstellen van persoonlijkheids- of gebruikersprofielen expliciet erkend als situaties waarin kinderen extra bescherming nodig hebben.<sup>42</sup> Niettemin wordt er geen verduidelijking gegeven waarin die extra bescherming moet bestaan. In ieder geval is het wel noodzakelijk dat de betrokkene wordt geïnformeerd over het bestaan van profilering en de gevolgen daarvan.<sup>43</sup> Ten tweede mag een louter op geautomatiseerde verwerking gevormd besluit, inclusief een besluit op basis van profilering, geen betrekking hebben op kinderen.<sup>44</sup> Dit verbod geldt voor zover het genomen besluit of de maatregel rechtsgevolgen heeft ten aanzien van het kind, of het anderszins in aanmerkelijke mate treft.<sup>45</sup> In tegenstelling tot hoe deze overwegingen eerder werden geïnterpreteerd,<sup>46</sup> verbiedt de AVG ons inziens de loutere creatie van persoonlijkheids- of gebruikersprofielen van kinderen dus niet. Dit kan ook afgeleid worden uit de hervormingsdebatten rond de AVG, waarbij verscheidene lidstaten opmerkten dat profilering een categorie of vorm van geautomatiseerde verwerking is zonder dat dit daadwerkelijk de basis moet vormen voor het nemen van beslissingen of maatregelen die rechtsgevolgen of gelijkaardige ernstige gevolgen hebben ten aanzien van betrokkenen.<sup>47</sup> In tegenstelling tot

de Preamble vermeldt het algemene profileringartikel<sup>48</sup> (artikel 22) niets over de specifieke bescherming voor kinderen.<sup>49</sup> Het blijft ook onduidelijk hoe zal worden beoordeeld of een besluit of maatregel rechtsgevolgen heeft ten aanzien van het kind, of het anderszins in aanmerkelijke mate treft. Algemene (niet-kind-specifieke) voorbeelden die gegeven worden zijn: de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag of van verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst.<sup>50</sup>

Vanuit een kinderrechtenperspectief rijzen een aantal cruciale vragen met betrekking tot de regels rond profilering van kinderen. Hoewel de AVG zelf aangeeft dat het creëren van profielen van kinderen specifieke bescherming vergt, kunnen bedrijven nog steeds op een rechtmatige manier profielen van kinderen aanmaken, zolang zij zich aan de algemene principes houden en op basis van die profielen geen besluit of maatregel treffen met significante gevolgen voor de betrokken kinderen. Dit is mogelijk in strijd met het recht op privacy van kinderen, gecombineerd met hun recht op ontwikkeling.<sup>51</sup> Het recht op ontwikkeling, ook in een digitale en gecommmercialiseerde omgeving, houdt in dat de basisbehoeften van kinderen worden vervuld zodat ze optimaal kunnen opgroeien tot onafhankelijke en zelfstandige personen. Volgens Ariely en Berns heeft het creëren van profielen echter een potentiële negatieve impact op de ontwikkeling van kinderen.<sup>52</sup> Zo ondermijnt het verzamelen van persoonsgegevens voor profilering het recht van kinderen om te experimenteren met en kritisch te reflecteren over hun interacties, omdat ze denken dat de digitale omgeving waarin ze communiceren en exploreren vrij is van toezicht en *tracking*. Het gebrek aan controle van kinderen over het beheer van hun persoonsgegevens tast hun vermogen aan om hun eigen identiteit te ontwikkelen, te leren kennen en ermee te experimenteren.<sup>53</sup> Op basis van deze vaststelling is het raadzaam dat beleidsmakers werken aan richtlijnen om meer transparantie en bewustzijn omtrent profileringsactiviteiten te creëren, zowel bij kinderen als ouders, en bijvoorbeeld *default* limieten voorstellen voor de verwerking van persoonsgegevens van kinderen voor het creëren en

38 F. Borgesius (2015), *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*, PhD Dissertation University of Amsterdam IViR. Overweging 30 AVG vermeldt eveneens IP-adressen of andere identificatoren zoals radiofrequentie-identificatietags.

39 Raad van Europa, Comité van ministers (2010), *Recommendation on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling*.

40 Y. Pouillet (2011), *E-Youth before its judges – Legal protection of minors in cyberspace*, *Computer Law and Security Review* 27, 11. Een voorbeeld van een besluit of maatregel tegenover een kind in de commerciële sfeer is het aanpassen van de prijs van een bepaalde dienst of een bepaald product, op basis van het consumentenprofiel van het kind.

41 Het woord 'profilering' komt maar liefst 21 keer voor in de AVG.

42 Overweging 38 AVG.

43 Overweging 60 AVG.

44 Overweging 71, eerste paragraaf, laatste zin AVG.

45 Overweging 71, eerste paragraaf, laatste zin AVG.

46 Zie bijvoorbeeld S. van der Hof (2014), 'No Child's Play: Online Data Protection for Children', in S. van der Hof et al. (eds.), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Information Technology and Law Series. The Hague: Asser Press, 137; M. Macenaite (2017), *From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation*, *New Media and Society*, 7.

47 Raad van de Europese Unie (2014), *Presidency note concerning profiling*. Interinstitutional File: 2012/01(COD), 5.

48 "Krachtens het profileringsbeginsel heeft de betrokkene het recht om niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend berust op een geautomatiseerde verwerking – waaronder profilering – waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft". Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (2017). *Profilering*.

49 Uit eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is gebleken dat overwegingen uit de Preamble gebruikt moeten worden om de bepalingen uit de wetgeving te interpreteren, en dat rechtbanken ze nodig hebben bij het uitoefenen van hun toezicht. Een overweging mag echter niet gebruikt worden als grond om af te wijken van de bepalingen uit de betreffende richtlijn of verordening. Zie Case C-244/95, P. Moskof AE/Ethnikos Organismos Kapnou, 1997 E.C.R. I-06441; L. Humphreys et al. (2015), *Mapping Recitals to Normative Provisions in EU Legislation to Assist Legal Interpretation*.

50 Overweging 71.

51 Artikel 16 en 6 IVRK.

52 D. Ariely en G.S. Berns (2010), 'Neuromarketing: the hope and hype of neuroimaging in business', *Nature Reviews Neuroscience*, 11(4), 284-292, geciteerd door J. Savirimuthu (2014), *Protecting and Valuing Children as Consumers: European Perspectives*.

53 Ibid.

aanwenden van gebruikersprofielen. Ook hier zal de leeftijd en ontwikkelingsniveau van kinderen een belangrijke rol spelen. Dit betekent ook dat bedrijven hun verantwoordelijkheid moeten opnemen,<sup>54</sup> en een grondige gegevensbeschermingseffectbeoordeling uitvoeren met aandacht voor de belangen en de rechten van kinderen.<sup>55</sup>

De Artikel 29 Werkgroep toonde zich in 2013 reeds voorstander van een alomvattende aanpak met specifieke juridische voorwaarden, zowel voor het gebruik en de verdere verwerking van persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden, als voor de verzameling van de gegevens en de creatie van de profielen op zich.<sup>56</sup> Volgens haar werkagenda zal de Artikel 29 Werkgroep richtsnoeren uitvaardigen over profilering in 2017.<sup>57</sup>

Ten slotte gelden nog specifieke regels voor profilering voor direct marketing doeleinden. Zo hebben betrokkenen (ook kinderen) te allen tijde het recht om kosteloos bezwaar te maken tegen dergelijke verwerkingen van zijn of haar persoonsgegevens.<sup>58</sup> De gegevensverwerkingsverantwoordelijke dient de betrokkene van dit recht op de hoogte te brengen op een duidelijke wijze.<sup>59</sup>

## 2.7 *Recht op gegevenswissing ('recht op vergetelheid')*

Naast de beschermingsmaatregelen hierboven bevestigt de AVG het recht op gegevenswissing voor betrokkenen. Dit recht is met name relevant voor kinderen die hun toestemming verleend hadden om de gegevens te publiceren of delen, wanneer ze zich nog niet helemaal bewust waren van de mogelijke risico's en gevolgen ervan.<sup>60</sup> Het houdt in dat betrokkenen het recht hebben om hun persoonsgegevens te laten wissen wanneer deze niet meer noodzakelijk zijn voor de doeleinden waarvoor ze verzameld zijn; wanneer betrokkenen hun toestemming hebben ingetrokken of bezwaar maken tegen de verwerking; wanneer de verwerking op enig ander punt niet in overeenstemming is met de AVG en wanneer de persoonsgegevens zijn verzameld in verband met een aanbod van diensten van de informatiemaatschappij aan een kind.<sup>61</sup> Het recht op gegevenswissing is echter niet absoluut en bij de afweging of een verzoek moet worden ingewilligd moet *inter alia* rekening gehouden worden met het recht op vrijheid van meningsuiting en informatie, alsook het algemeen belang.<sup>62</sup>

Vanuit een kinderrechtenperspectief kan worden geargumenteed dat het recht op gegevenswissing een goede zaak is. Zoals reeds vermeld hebben kinderen het recht op het verkennen van en experimenteren met hun eigen identiteit. Digitale duurzaamheid en verouderde informatie kan hier een significante belemmering vormen.<sup>63</sup> Kinderen en jongeren zijn vaak nog niet in staat om de gevolgen voor hun privacy op lange termijn te voorzien wanneer ze bijvoorbeeld informatie over zichzelf of anderen op sociale media delen.<sup>64</sup> Bijgevolg moeten ze de mogelijkheid hebben om bepaalde informatie te laten verwijderen naarmate ze ouder worden en om niet gebonden te zijn aan visies waar ze zich niet langer in kunnen vinden. Blume waarschuwt evenwel dat het uitoefenen van het recht in de praktijk niet altijd eenvoudig zal zijn.<sup>65</sup> Zo zullen sommige kinderen later uitgroeien tot publieke figuren (e.g. zoals politici) en zal hun online verleden plots wel van belang zijn voor een breder publiek. Om die reden moet de uitoefening van het recht op gegevenswissing en het bewaren van gegevens vanuit een dynamisch en fundamenteelrechtelijk perspectief bekeken worden.

## 2.8 *Overige bepalingen met een mogelijke impact op kinderen en jongeren*

Ten slotte bevat de AVG nog een aantal bepalingen en overwegingen die toelaten om de belangen van kinderen in acht te nemen. De eerste twee bepalingen kaderen binnen de verantwoordelijkheid van gegevensverwerkingsverantwoordelijken. Ten eerste zijn er de beginselen van gegevensbescherming door ontwerp en door standaardinstellingen uit artikel 25 AVG (*data protection by design/by default*). Dit artikel bepaalt dat de verwerkingsverantwoordelijke bij het opzetten van zijn of haar verwerkingsactiviteiten passende technische en organisatorische maatregelen moet treffen om de personen die betrokken zullen worden te beschermen. De beoordeling welke maatregelen een gepast beveiligingsniveau creëren dient van geval tot geval beoordeeld te worden, rekening houdend met onder andere de aard, omvang en context van de verwerking.<sup>66</sup> Dit artikel biedt de verwerkingsverantwoordelijke ook de mogelijkheid om het specifiek beschermingsniveau waar kinderen recht op hebben in te bouwen in de technologie of in het aanbod van diensten, of om voor kinderen andere standaardinstellingen te hanteren.

Daarnaast bevat de AVG ook een verplichting voor gegevensverwerkingsverantwoordelijken om het effect van geplande verwerkingsactiviteiten met een hoog risico te beoordelen, vooraleer de verwerking daadwerkelijk plaatsvindt (i.e. de gegevensbeschermingseffectbeoordeling). Overweging 91 bepaalt bijvoorbeeld dat een gegevensbeschermingsef-

54 K.C. Montgomery and J. Chester (2015), 'Data Protection for Youth in the Digital Age – Developing a Rights-based Global Framework', *European Data Protection Law Review*, 291.

55 Artikel 35 en overweging 75 AVG.

56 Artikel 29 Werkgroep (2013). Advice paper on essential elements of a definition and a provision on profiling within the EU General Data Protection Regulation.

57 Information Commissioner's Office (2017). Guidance: what to expect and when.

58 Overweging 70 en artikel 21, (2) AVG.

59 Overweging 70 AVG.

60 Overweging 65 AVG.

61 Overweging 65 AVG.

62 Artikel 17, par. 3 AVG.

63 Information Commissioner's Office (2016). The right to erasure (the right to be forgotten).

64 Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (2011). The protection of children online: risks faced by children online and policies to protect them. OECD Digital Economy Papers. OECD, Parijs.

65 P. Blume (2015). The data subject. *European Data Protection Law Review* 1(4), 258-264.

66 Overweging 83 AVG.

fectbeoordeling moet plaatsvinden indien er sprake is van automatische besluitvorming op basis van profilering. De verwerking van persoonsgegevens van kinderen wordt niet expliciet als voorbeeld gegeven van een zeer risicovolle verwerking,<sup>67</sup> maar het zou wel een *good practice* kunnen zijn in het licht van overweging 38 een dergelijke beoordeling door te voeren telkens wanneer gegevens van kinderen verwerkt worden. Bij deze beoordeling is het van belang voor gegevensverwerkingsverantwoordelijken om een kinder-rechtenperspectief aan te houden.<sup>68</sup>

Ten slotte worden toezichthoudende autoriteiten in artikel 57 belast met de taak om bij het brede publiek de bekendheid met en het inzicht in de risico's, regels, waarborgen en rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens te bevorderen. Bijzondere aandacht moet daarbij worden besteed aan specifiek op kinderen gerichte activiteiten.

### 3. Richting een kinder-rechten-geïnspireerde interpretatie van de AVG

De expliciete erkenning in de AVG dat kinderen met betrekking tot hun persoonsgegevens recht hebben op specifieke bescherming kan alleen maar worden toegejuicht. Toch zijn er weinig (duidelijke) bepalingen die inzoomen op de belangen van kinderen en de specifieke maatregelen die moeten worden getroffen door verwerkingsverantwoordelijken om een behoorlijk ("fair") beschermingsniveau te garanderen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor verwerkingsverantwoordelijken, maar ook voor kinderen en ouders. Het zal dus noodzakelijk zijn dat op korte termijn duidelijkheid, advies en richtlijnen worden verstrekt door toezichthoudende autoriteiten en het Comité voor gegevensbescherming. Aangezien het geruime tijd kan vergen om bijvoorbeeld de nieuwe procedures voor het verkrijgen van (ouderlijke) toestemming in te bouwen in het huidige dienstenaanbod is het belangrijk dat dit niet al te lang meer op zich laat wachten.

In het licht van de gestage ontwikkeling van kinderen is het belangrijk dat zij hun rechten inzake de bescherming van persoonsgegevens kunnen uitoefenen op een manier die aangepast is aan hun niveau van lichamelijke en psychologische ontwikkeling. Vanaf een zekere leeftijd zijn zij steeds beter in staat om de (commerciële) impact van de verwerking van hun persoonsgegevens te vatten. Het is dan ook crucialer dan ooit dat (digitale) mediawijsheid en reclame-wijsheid wordt opgenomen in het schoolcurriculum, en dit vanaf jonge leeftijd.

Daarnaast moeten dienstenaanbieders, zoals sociale netwerksites of aanbieder van mobiele apps, ook erkennen

dat wanneer een groot deel van hun gebruikers bestaat uit kinderen, zij hun gegevensbeschermingsbeleid hieraan moeten aanpassen, zowel wat betreft vormelijke aspecten (i.e. een voor kinderen verstaanbaar privacybeleid of gebruiksvoorwaarden) als inhoudelijke aspecten (i.e. eerlijke en kindvriendelijke marketingpraktijken). Montgomery en Chester benadrukken dat bedrijven in hun persoonsgegevensverwerkingspraktijken een onderscheid moeten maken tussen jongere kinderen en adolescenten.<sup>69</sup> Grote dienstenaanbieders, zoals Facebook en Google, die over een zeer uitgebreide technische capaciteit en expertise beschikken die hen toelaat gedetailleerde profielen van gebruikers te ontwikkelen, zouden moeten worden aangemoedigd om deze expertise ook aan te wenden om specifieke beschermingsmaatregelen te nemen ten opzichte van kinderen.

In ieder geval is het essentieel dat alle kinderen (zijnde iedereen onder 18 jaar) beroep kunnen doen op een aangepast niveau van bescherming en de skills aangeleerd krijgen om volop van de opportuniteiten van de digitale omgeving te kunnen genieten en hun rechten optimaal te kunnen benutten. Tegelijkertijd is het ook van uiterst groot belang dat het recht op bescherming geen afbreuk doet aan de participatierechten van minderjarigen (zoals het recht op vrijheid van meningsuiting of het recht op vrijheid van vereniging).<sup>70</sup> Zo dient bij het nemen van beslissingen omtrent verschillende aspecten van de verwerking van persoonsgegevens van kinderen steeds vanuit een multidimensionaal kinder-rechtenperspectief te worden vertrokken, met aandacht voor de brede waaier aan rechten die uitdrukkelijk aan kinderen zijn toegekend door het IVRK. Ten slotte moeten deze rechten ook op een effectieve wijze kunnen worden afgedwongen, door middel van (kindvriendelijke) klachtmechanismen bij aanbieders en toezichthoudende autoriteiten en in laatste instantie door middel van gerechtelijke procedures.

67 Merk op dat in overweging 75 AVG in verband met de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke het verwerken van 'persoonsgegevens van kwetsbare natuurlijke personen, met name van kinderen' wel wordt aangemerkt als een mogelijk 'risico voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen'.

68 UNICEF heeft bijvoorbeeld voor bedrijven een kinder-rechten effectbeoordeling tool ontwikkeld (Children's Rights Impact Assessment Tool).

69 K.C. Montgomery and J. Chester (2015), 'Data Protection for Youth in the Digital Age – Developing a Rights-based Global Framework', *European Data Protection Law Review*, 290.

70 Zie ook de EU-agenda voor de rechten van het kind van 2011 waarin werd benadrukt dat "[d]e Commissie streeft naar een hoog niveau van bescherming van kinderen in de digitale ruimte, en ook van hun persoonsgegevens, maar wil tegelijkertijd hun recht op toegang tot het internet strikt eerbiedigen in het belang van hun sociale en culturele ontwikkeling": Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Een EU-agenda voor de rechten van het kind, 15.2.2011 COM(2011) 60 definitief.