

# Artikel

## Het kind en privacy: opvoeding of ongewenste controle?

Mr. M.Q.M. Mosk en mr. M.N. Weltak\*

In de huidige digitale wereld is steeds meer mogelijk. We hebben meer zicht op wat er in onze omgeving (of in die van onze kinderen) afspeelt. Met de digitale videodeurbel kunnen we op afstand zien wie er voor de deur staat en met de babyfoon app kunnen we buitenshuis in de kinderkamer kijken. En wat moeten we nog zonder de ‘Zoek mijn iPhone’-functie waarmee je waar ook ter wereld kan zien waar gekoppelde apparaten of personen zich bevinden? En bellend vertellen waar je staat te wachten? Dat is zó de jaren nul. Tegenwoordig deel je dit via de ‘Live locatie’-functie van WhatsApp. We creëren met elkaar een wereld waarin we continu zichtbaar en online zijn. Kinderen die anno 2023 in de Westerse wereld opgroeien, zullen er versteld van staan dat er vroeger geen internet bestond. Laat staan geen (telefoon)apps zoals TikTok, Snapchat, Yubo en BeReal. Hoewel kinderen de komst van deze apps naar alle waarschijnlijkheid toejuichen, denken zij wellicht anders over de komst van het online schoolsysteem Magister. Waar je in de jaren negentig als kind een onvoldoende kon verzwijgen voor je ouders, kunnen ouders in 2023 – zonder toestemming van het kind – vanaf afstand inloggen in Magister om te zien hoe hun kind ervoor staat en of er huiswerk voor de volgende dag op de planning staat. Sommige ouders gaan zelfs nog verder. Door middel van ‘tracking’-apps hebben ouders de mogelijkheid hun kind continu te volgen. In hoeverre komt met deze digitalisering het recht op privacy van het kind ten opzichte van zijn ouders in het gedrang? En welke mogelijkheden heeft het kind of de andere ouder tot zijn beschikking bij een schending van het recht op privacy?

\* Mr. M.Q.M. Mosk is advocaat bij De Boorder Familie- en Erfrecht Advocaat en Mediators. Mr. M.N. Weltak is advocaat bij De Boorder Familie- en Erfrecht Advocaat en Mediators.

### Het recht van het kind op privacy: het juridisch kader

In artikel 8 van het EVRM staat opgenomen dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Dit fundamentele mensenrecht omvat tevens het recht op privacy. Met ‘een ieder’ wordt ook het kind bedoeld. Dit recht brengt zowel een negatieve als een positieve verplichting met zich. En met name de positieve verplichting is interessant als het de (rechts)positie van het kind betreft. De positieve verplichting brengt onder meer met zich dat een staat maatregelen moet treffen om de eerbiediging van het privé- en gezinsleven tussen de staat en het individu te waarborgen, maar ook de betrekkingen tussen individuen onderling. De vraag rijst in hoeverre er thans voldoende maatregelen bestaan om het recht van het kind op privacy ten opzichte van zijn ouders te waarborgen.

Zoals opgemerkt, wordt het recht op privacy in het EVRM met name beschermd in artikel 8. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is voorts neergelegd in artikel 10 van de Grondwet. Een specifiek onderdeel van het recht op privacy is het recht op bescherming van persoonsgegevens. Het recht op bescherming van persoonsgegevens is in Europa vastgelegd in de Algemene Verordening Persoonsgegevens (AVG). Hoewel de AVG regels bevat over kinderen, bevat de AVG geen definitie van het kind. In de literatuur wordt dit dan ook wel als een leemte gezien.<sup>1</sup> Tijdens de totstand-

1 S. van der Hof & T.S.P. Hannema, ‘Veilig opgroeien in een wereld vol algoritmes. De bijzondere bescherming van kinderen onder art. 22 Algemene verordening gegevensbescherming’, *P&I* 2018/6, p. 191 waarin wordt verwezen naar S. van der Hof & E. Lievens, ‘The importance of privacy by

koming is wel gesproken over een definitie van het kind, waarbij aangesloten werd bij de definitie van het kind in de zin van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK).<sup>2</sup> Toch is die definitie niet opgenomen in de definitieve tekst van de AVG. Wel is er in de AVG specifiek aandacht besteed aan de bescherming van het kind bij een mogelijke inbreuk op zijn of haar recht op privacy. Zo is op meerdere plekken in de AVG te lezen dat kinderen recht hebben op specifieke bescherming.<sup>3</sup> De achterliggende reden is dat kinderen zich mogelijk minder bewust zijn van de betrokken risico's, gevolgen, waarborgen en van hun rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 8 AVG schrijft voor dat wanneer aan kinderen rechtstreeks diensten van de informatiemaatschappij<sup>4</sup> worden aangeboden en de verwerking van de persoonsgegevens van het kind op diens toestemming wordt gebaseerd, er alleen van een geldige toestemming sprake kan zijn als het kind ten minste 16 jaar oud is. Voor kinderen onder de 16 jaar geldt in dit geval dat toestemming of een machtiging tot het verlenen van toestemming moet worden verleend door de persoon die ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind draagt.<sup>5</sup> Het vereiste van (machtiging tot) toestemming van een persoon met ouderlijke verantwoordelijkheid geldt specifiek in de context van diensten van de informatiemaatschappij. In de context van preventieve of adviesdiensten die rechtstreeks aan een kind worden aangeboden, is de toestemming van de persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, niet vereist.<sup>6</sup> De AVG schrijft voor dat lidstaten in hun nationale recht de leeftijdsgrens naar beneden kunnen bijstellen, mits deze niet onder dertien jaar ligt. In Nederland geldt geen afwijkende leeftijdsgrens.

Artikel 16 IVRK bepaalt dat geen enkel kind onderworpen mag worden aan willekeurige of onrechtmatige inmenging in zijn of haar privéleven, in zijn of haar gezinsleven, zijn of haar woning of zijn of haar correspondentie, noch aan enige onrechtmatige aantasting van zijn of haar eer en goede naam. Het kind heeft recht op bescherming door de wet tegen een zodanige inmenging of aantasting.<sup>7</sup> Deze rechten moeten door de staat wor-

den gerespecteerd, maar ook door ouders.<sup>8</sup> Ouders mogen bijvoorbeeld niet ongevraagd het dagboek van hun kind lezen of ongevraagd foto's van hun kind online plaatsen (het zogenoemde *sharenting*). Wat betreft *sharenting* geniet het kind voorts bescherming door het portretrecht, omdat het een ouder niet is toegestaan een portret van het kind openbaar te maken en/of te versimpeligen als het kind een redelijk belang heeft dat zich daartegen verzet.<sup>9</sup> Hiermee hangt samen dat ouders het kind – afhankelijk van zijn leeftijd en mate van rijpheid – moeten betrekken bij de beslissingen die zij over het kind nemen.<sup>10</sup> Dus ook ten aanzien van de wijze waarop zij met de privacy van het kind omgaan. Tegelijkertijd dragen ouders de primaire verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van hun kind en komt hen hierin een ruime mate van vrijheid toe, waarbij het belang van het kind de allereerste zorg moet zijn.<sup>11</sup> De overheid dient ouders passende leiding en begeleiding te bieden bij de uitoefening van die opvoedtaken. Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind, diens veiligheid en het bevorderen van de ontwikkeling van het kinds persoonlijkheid. Hieronder valt dus onder meer de verantwoordelijkheid van ouders om beslissingen te nemen over het kind en in hoeverre persoonsgegevens van het kind worden gedeeld dan wel door ouders worden gebruikt voor de uitoefening van hun opvoedtaken. Maar wanneer gaan ouders hierin te ver en is er sprake van een inbreuk op het recht op privacy van het kind?

## Wanneer is er sprake van een inbreuk op het recht op privacy van het kind?

Zoals in de inleiding van dit artikel werd genoemd, zijn er meerdere situaties denkbaar waarin mogelijk sprake kan zijn van schending van het recht op privacy van het kind door (een van beide) ouders of derden.<sup>12</sup> Zowel binnen het gezin, wanneer ouders via Magister de schoolresultaten van het kind volgen of wanneer ouders een 'trackfunctie' activeren op de mobiel of het horloge van het kind, maar ook in een bredere perspectief. Denk aan ouders die foto's of video's van het kind plaatsen op het internet. Het delen van informatie van een kind kan (op termijn) leiden tot onvrede bij het kind. Het kind kan dit beschouwen als een inbreuk op zijn privacy en persoonlijke levenssfeer. Een vervolgvraag is dan in hoeverre het

design and data protection impact assessments in strengthening protection of children's personal data under the GDPR', *Communications Law* 2018, Vol. 23, No.1, p. 11.

2 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 25 January 2012, COM(2012)11 final, p. 7.

3 Zie onder meer de overwegingen in par. 38, 58, 65 en 75 van de AVG, maar zie ook artikel 1 sub f AVG.

4 Onder dienst van de informatiemaatschappij wordt verstaan: een dienst als gedefinieerd in artikel 1, lid 1, punt b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad: elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht.

5 De Vries, in: *T&C Privacy- en gegevensbeschermingsrecht*, art. 8 AVG, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2022).

6 Par. 38 AVG.

7 Rechtstreekse werking van deze bepaling wordt mogelijk geacht, zie *Kamerstukken II 1992/93, 22855 (R 1541)*, p. 3.

8 Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handboek over het Europese recht inzake de rechten van het kind*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2016, p. 207.

9 Artikel 21 Auteurswet (AW).

10 Artikel 12 IVRK.

11 Artikelen 1:245 jo. 1:247 BW en op grond van de artikelen 8 EVRM en 5 en 18 IVRK.

12 In dit artikel staat de verhouding tussen het kind en zijn ouders centraal. Derden laten wij buiten beschouwing.

kind schade kan ondervinden aan handelingen van de ouders. Denk aan kinderen van ouders die zichtbaar de verzorging en opvoeding van hun kind delen in vlogs (de zogenaemde *momfluencers*) of ouders die hun kind inzetten voor samenwerkingen met bekende merken voor commerciële doeleinden. In ieder individueel geval zal beoordeeld moeten worden in hoeverre de eer of goede naam van het kind wordt aangetast door de handeling van de ouders die als willekeurig of onrechtmatig moet worden aangemerkt. In de navolgende twee paragrafen zullen wij ingaan op de acties die enerzijds het kind tot zijn of haar beschikking heeft en anderzijds de andere ouder.<sup>13</sup>

## Welke mogelijkheden heeft het kind tot zijn beschikking bij een schending van zijn recht op privacy?

Voor de vraag of het kind de mogelijkheid heeft om op te treden wanneer sprake is van een schending van zijn recht op privacy is het allereerst afhankelijk van de type inbreuk en vervolgens van de vraag waar het kind te recht kan.

### Klachtrecht van het kind

De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) houdt toezicht op naleving van de AVG.<sup>14</sup> De taken van de AP vloeien voort uit de AVG. De AP kan eenieder, die onder de reikwijdte van de AVG valt,<sup>15</sup> dwingen om zich aan de eisen van de AVG te houden. Belangrijk is dat op verwerking van persoonsgegevens door een natuurlijk persoon bij de uitoefening van een zuiver persoonlijk of huishoudelijke activiteit de AVG niet van toepassing is. De ouder die voor opvoedkundige doeleinden Magister checkt valt daarom onzes inziens niet onder de bepalingen van de AVG.<sup>16</sup>

Wanneer sprake is van de verwerking van persoonsgegevens door een natuurlijk persoon waarbij er geen sprake is van een zuiver persoonlijk of huishoudelijke activiteit, bijvoorbeeld omdat het kind door een *influencende* ouder wordt ingezet voor commerciële doeleinden via sociale media, valt dit onzes inziens wel onder de AVG. Zo zal in dergelijke gevallen doorgaans geen sprake zijn van een afgeschermd profiel, waardoor de persoonsgegevens van het kind voor een grote groep mensen bereikbaar is en de kans groot is dat het beeldmateriaal via

Google te vinden is. Daarbij bestaat de kans dat gegevens van het kind in handen van derden kunnen komen.<sup>17</sup> Een ouder met het gezag dient zich dan ook bewust te zijn van het feit dat het recht van de ouder om de opvoeding en verzorging van het kind te bepalen, niet onbeperkt is. De rechten van het kind op privacy kunnen in dat verband in het gedrang komen.

Op grond van artikel 77 van de AVG heeft *iedere betrokkene* het recht om een klacht in te dienen bij een toezichthoudende autoriteit. Op grond van artikel 12 IVRK heeft de AP de plicht om kinderen vrijelijk hun mening te laten uiten in alle (privacy)rechtelijke aangelegenheden die hen betreffen. Desondanks kunnen kinderen onder de 16 jaar niet zelfstandig klagen bij de AP. Kinderen jonger dan 16 jaar kunnen hun recht enkel laten uitoefenen door hun wettelijk vertegenwoordiger, zo blijkt uit de website van de AP.<sup>18</sup> Omdat de AP voorschrijft dat kinderen onder de 16 jaar toestemming nodig hebben van hun wettelijk vertegenwoordiger om te kunnen klagen, worden kinderen hierdoor (indirect) uitgesloten van een klachtenprocedure. In de literatuur is eerder bepleit dat dit beleid in strijd is met de AVG, UAVG en artikel 12 IVRK.<sup>19</sup> De AVG en de UAVG schrijven immers voor dat enkel voor de rechten zoals opgenomen in hoofdstuk 3 van de AVG de wettelijk vertegenwoordigers van een kind onder de 16 jaar deze rechten moeten uitoefenen. Niet voor het klachtrecht. Met dit beleid wordt door de AP de onwenselijke situatie gecreëerd dat wanneer het kind wil klagen bij de AP over een medium dat een door de ouder geplaatste foto of video weigert weg te halen, dit kind ook ten aanzien van het klagen afhankelijk is van de medewerking van een van de ouders. Die moet immers toestemming geven voor het klagen. Dit is onwenselijk.

### Aansprakelijkheid van de ouder

Een andere mogelijkheid die interessant is, is of een kind zijn of haar ouders aansprakelijk kan stellen voor de schade als gevolg van het delen van informatie over het kind. Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden, omdat het aansprakelijkheidsrecht op dit gebied nog amper ontwikkeld is. Zo is het allereerst de vraag of het mogelijk is om het aansprakelijkheidsrecht in een familieverhouding toe te passen.<sup>20</sup> De Hoge Raad heeft even-

13 Overige personen die mogelijk willen optreden tegen schendingen van het kinds privacy, zoals onder andere overige familieleden, laten wij in dit artikel buiten beschouwing.

14 En in Nederland de Uitvoeringswet AVG (UAVG).

15 Zie artikel 2 en 3 AVG.

16 Dit is anders wanneer het ziet op de verwerking van de persoonsgegevens door de school. De school is immers de verwerkingsverantwoordelijke en moet dus voldoen aan de AVG. De ouder is slechts de raadpleger. Omdat wij ons in dit artikel focussen op de verhouding tussen ouders en het kind laten we de verantwoordelijkheden van de school verder buiten beschouwing.

17 Zie voor een afweging of sprake is van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit een uitspraak van de Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521, r.o. 4.5.

18 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/over-privacy/jouw-privacy-voor-jongeren>, voor het laatst geraadpleegd op 12 februari 2022 en zie over dit onderwerp T.S.P. Hannema 'Kinderen die klagen... worden overgeslagen', *P&I* 2020, afl.3, p. 98-102.

19 T.S.P. Hannema, 'Kinderen die klagen... worden overgeslagen', *P&I* 2020/113.

20 In de literatuur wordt bij tijd en wijle opgemerkt dat het niet eenvoudig is om aansprakelijkheid aan te nemen in een familieverhouding, zoals ouder-kind, gelet op de ruime vrijheid die ouders toekomt in de wijze van opvoeding van de kinderen. Zie onder meer I.I.P. Cuijpers & M.M.R. Nelissen, 'Autonomie versus aansprakelijkheid: Waar ligt de grens van de ouderlijke verantwoordelijkheid?' *VAST* 2022/W-001 waarin wordt verwezen naar C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop: in het bijzonder tussen artikel 1401 B.W. en andere wetbepalingen* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1966, p. 90 en E. Steendam Visser & E. de Jong, 'Sharenting & aansprakelijkheid: (wanneer) is de delende ouder aansprakelijk?', *AA* 2019/9,

wel (impliciet) aangegeven dat aansprakelijkheid in familieverhoudingen kan worden aangenomen en deze familieverhouding niet betekent dat er een terughoudende toetsing moet plaatsvinden.<sup>21</sup> Bovendien kan juist de familieverhouding ervoor zorgen dat het ouderlijk handelen onzorgvuldig is.

De vraag is vervolgens of het – door de ouders – schenden van het recht op privacy van het kind ertoe kan leiden dat de ouders met succes aansprakelijk gesteld kunnen worden door het kind. Zoals eerder in dit artikel naar voren is gebracht, bestaat er een spanningsveld tussen enerzijds de rechten en plichten van de ouders en anderzijds de rechten van het kind. In de literatuur is eerder bepleit dat een aansprakelijkheidstelling denkbaar is in het geval van *sharenting*.<sup>22</sup> Een ouder kan door een kind aansprakelijk worden gehouden voor het tekortschieten in de zorgplicht bij de uitoefening van het gezag (art. 1:247 BW) of schending van artikel 8 EVRM. Een schending van de zorgplicht of het recht op privacy kan (indirect) een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW opleveren. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid botsen de fundamentele rechten van de ouder en het kind. De belangen van het recht op privacy van het kind en de ruime vrijheid van ouders bij de uitoefening van het ouderlijk gezag (de opvoeding) en/of de vrijheid van meningsuiting van de ouder dienen in dit verband te worden afgewogen.

Bij de belangenafweging zullen verschillende gezichtspunten gewicht in de schaal leggen. In de literatuur zijn er verschillende gezichtspunten opgeworpen die een rol kunnen spelen bij de belangenafweging in het kader van een aansprakelijkheidsstelling in geval van *sharenting*. Deze gezichtspunten kunnen onzes inziens ook relevant kan zijn in andere situaties waarin het recht op privacy van het kind wordt geschonden:<sup>23</sup>

- de leeftijd van het kind;
- de aard/inhoud van de informatie;
- de mate van verspreiding (de omvang van het publiek);
- de aard van het platform waarop informatie wordt gedeeld;
- de duur en intensiteit van het delen;
- de toestemming of afkeuring van het kind;

p. 644 waarin wordt verwezen naar R.S.J. Schwitters, 'Aansprekend aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2012/1171, afl. 19, p. 1390-1396.

21 Zie o.m. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095 m.nt. Hartlief (*Hangmat*) en HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784 m.nt. J. Hijma (*Verhuizende zussen*).

22 E. Steendam Visser & E. de Jong, 'Sharenting & aansprakelijkheid: wanneer is de delende ouder aansprakelijk?', *AA* 2019, afl. 9, p. 644.

23 In de rechtspraak zijn deze gezichtspunten (nog) niet als een vaststaand afwegingskader ontwikkeld. Wel is in de rechtspraak terug te zien dat gekeken wordt of een ouder een bijzonder belang heeft bij zijn of haar uittingen, hoe omvangrijk het bereik van die ouder is, of een kind schade, hinder, leed of onheil, ander ongerief ervaart en in hoeverre een ouder een boodschap kan overbrengen waarbij het kind anoniem blijft. Zie E. Steendam Visser & E. de Jong, 'Sharenting & aansprakelijkheid: wanneer is de delende ouder aansprakelijk?', *AA* 2019, afl. 9, p. 644 en hof Amsterdam 9 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5413, Rb. Almelo 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK0555 en Rb. Amsterdam 18 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:492.

- het doel van het delen/belang van de ouder.

Of sprake is van een schending en of deze mogelijk wordt gerechtvaardigd door een rechtvaardigingsgrond, zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval. Naarmate de ernst van de inbreuk op de privacy van het kind door de ouder toeneemt, worden er hogere eisen gesteld aan het aannemen van een rechtvaardigingsgrond aan de zijde van de ouder(s). In het kader van aansprakelijkheid dient ook het *conditio sine qua non* verband tussen enerzijds de schending van het recht op privacy van het kind en anderzijds de schade vastgesteld moeten worden en wat de schade is. Dit is doorgaans lastig. Denk aan de situatie waarin een ouder het kind laat zien in *vlogs* of in *posts* op sociale media en het kind wordt gepest. In hoeverre zijn de *vlogs* en *posts* de aanleiding van het pesten? Was het pesten ook niet ingetreden zonder de door de ouder gedeelde beelden? En welke schade houdt het kind over aan het feit dat zijn of haar ouders meekijken via een *tracking* functie op een smartwatch of telefoon waar het kind zich bevindt? Zou dit gedrag van ouders ertoe kunnen leiden dat het kind op latere leeftijd controlegedrag vertoont, angst- en panieklachten ervaart of weinig zelfvertrouwen heeft? En in hoeverre is er dan sprake van een *conditio sine qua non*? Kortom, de vraag of een kind met succes zijn of haar ouders aansprakelijk kan stellen is niet eenvoudig te beantwoorden. Dit staat nog los van de vraag in hoeverre het kind gedurende de minderjarigheid in een civiele (aansprakelijkheid)procedure bevoegd is om een procedure te starten tegen zijn of haar ouders. Minderjarigen zijn immers in civiele procedures in beginsel procesonbekwaam.<sup>24</sup>

### Benoeming van een bijzondere curator

Ten derde rijst de vraag in hoeverre het kind dat onder gezag staat van zijn of haar ouders zich zelfstandig tot de rechter kan wenden met het verzoek een beslissing te nemen over de wijze van verzorging en opvoeding wanneer zijn of haar recht op privacy in het gedrang komt. In beginsel worden de belangen van de minderjarige behartigd door zijn wettelijke vertegenwoordigers, doorgaans de ouders met gezag. Dit kan anders zijn als de belangen van de ouders in strijd zijn met die van het kind. De rechter kan dan een bijzondere curator benoemen op grond van artikel 1:250 BW.<sup>25</sup> In 2012 heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie te kennen gegeven dat een bijzondere curator tevens kan worden benoemd 'als blijkt dat de ouders niet in staat zijn het pro-

24 In beginsel kan een minderjarige niet zelfstandig als procespartij optreden, maar moet hij/zij in een procedure vertegenwoordigd worden door diegene(n) die met het gezag is (zijn) belast ex artikel 1:1247 en 1:245 lid 4 BW. Uitzonderingen zijn mogelijk onder andere in jeugdzorgzaken of bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst (artikel 7:447 lid 3 BW) of een arbeidsovereenkomst (artikel 7:612 lid 1 BW). Zie voor een uitgebreid artikel hierover: E. Jansen, 'De eigen(aardige) procesbevoegdheid van de minderjarige', *NJB* 2016 afl. 30, p. 2177-2183 en M.R. Bruning, T. Liefaard & P. Vlaardingebroek, *Jeugdrecht en Jeugdhulp*, Amsterdam: Reed Business Information 2016, p. 315 e.v.

25 Zie hierover uitvoerig: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-1 2020/321, 322.



bleem van een kind te overzien en/of goed voor het voetlicht te brengen.<sup>26</sup> Het is echter niet de bedoeling om algemene opvoedingsproblemen met behulp van een bijzondere curator op te lossen. Het doel is om te voorzien in de mogelijkheid van de benoeming van een bijzondere curator wanneer met betrekking tot de opvoeding en verzorging een *wezenlijk conflict* is ontstaan.<sup>27</sup> Er zal daarom aangevoerd moeten worden om wat voor *wezenlijk conflict* het gaat. De ouder die incidenteel het kind trackt via de telefoon, zo af en toe een foto op zijn beschermde Facebookprofiel plaatst en zo nu en dan de cijfers checkt via Magister zal naar onze verwachting niet te hoeven vrezen voor een benoeming van een bijzonder curator. Dit kan anders zijn voor de ouder die zijn of haar kind actief en veelvuldig toont op – bijvoorbeeld – YouTube met miljoenen volgers, waarbij het kind zijn of haar ongenoegen heeft geuit over het feit dat die ouder het wel en wee van het kind deelt in zijn of haar video's en geen rekening houdt met de mening van dit kind.

## Welke mogelijkheden heeft de andere ouder tot zijn beschikking bij een schending van het recht op privacy van zijn of haar kind?

Het delen van informatie van kinderen of juist het actief *tracken* en volgen van het kind kan niet alleen leiden tot onvrede bij het kind zelf, maar kan ook leiden tot discussie tussen beide ouders. In hoeverre ouders voldoende rekening houden met het kinds privacy is een kwestie waarover deze ouders samen moeten beslissen, omdat het gaat om de uitoefening van het ouderlijk gezag. Zijn ouders het niet eens, dan is er sprake van een gezagsgeschil als bedoeld in artikel 1:253a lid 1 BW. In de praktijk is het dan ook van groot belang dat ouders bij het opstellen van een ouderschapsplan afspraken maken over hoe zij omgaan met de privacy van het kind. Bijvoorbeeld over het online delen van foto's of video's van het kind en in hoeverre eventuele inkomsten – bij commerciële praktijken – toekomen aan het kind of aan de andere ouder. In geval van gezamenlijke gezagsuitoefening voeren ouders samen het bewind over het vermogen van de kinderen ex artikel 1:253i lid 1 BW. In de praktijk komt het voor dat de andere ouder geen bezwaar heeft tegen het delen van beeldmateriaal van het kind online, maar wel wanneer eventuele inkomsten niet ten goede komen aan het kind. Het is ook dan van belang dat ouders afspraken maken over dergelijke inkomsten. Ouders moeten het vermogen van hun minderjarige kinde-

ren immers doelmatig beleggen en zij moeten het beheer als goede bewindvoerders voeren.<sup>28</sup>

In de digitaliserende samenleving ontstaan steeds vaker gezagsgeschillen over *sharenting*. De rechtspraak is op dit terrein in ontwikkeling. Voor zover ons bekend ziet dit met name op ouders die reeds gescheiden zijn. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag onlangs dat de moeder geen foto's en filmpjes (vlogs) van haar kinderen mag plaatsen op openbare sociale mediakanalen zonder toestemming van de vader.<sup>29</sup> Een begrensde openbaarmaking is nadrukkelijk niet uitgesloten, mits de toegang begrensd blijft tot 250 voor de moeder bekende bezoekers. En het hof Arnhem-Leeuwarden legde in 2020 een moeder een verbod op om de komende vijf jaar foto's of filmpjes te plaatsen van haar 6-jarige dochter op sociale media zoals Facebook en Instagram.<sup>30</sup> WhatsApp valt hier uitdrukkelijk niet onder, zo oordeelde het hof. Ook de rechtbank Gelderland oordeelde eerder dat de vader geen foto's en/of filmpjes van het kind op het internet mag plaatsen zonder toestemming van de moeder. Hieronder valt ook de Facebook (profiel)foto waarop zijn kind staat afgebeeld. Ook in deze zaak oordeelde de rechtbank dat het delen van beeldmateriaal via WhatsApp wel is toegestaan.<sup>31</sup>

## Oplossingen voor de rechtspraak

Hoewel er steeds meer aandacht is voor de bescherming van persoonsgegevens lijkt dit ten aanzien van kinderen ten opzichte van hun ouders nog onvoldoende te zijn ontwikkeld. Wij pleiten voor meer voorlichting aan ouders en kinderen op dit gebied, waarbij centraal wordt gesteld wat de gevolgen zijn van onder meer het *tracken* van een kind, de actieve(re) bemoeienis van ouders bij de schoolresultaten, maar ook in hoeverre het delen van foto's en video's van het kind schadelijk kan zijn voor zijn of haar ontwikkeling. Niet alleen ouders, maar ook de wetgever dient zijn verantwoordelijkheid te nemen ten aanzien van de digitalisering in de opvoeding en de bescherming van het kind. Op grond van de artikelen 5 en 18 IVRK dienen staten immers ouders ondersteuning te bieden in de opvoeding en passende hulp en bijstand te bieden als dit nodig is.

Hoewel er in Nederland wetgeving bestaat voor bescherming van het kind in arbeidsrelaties, lijkt de Nederlandse wetgeving nog niet ingesteld te zijn op de rol van kinderen in producties van eigen hand op YouTube. Een kind mag, afhankelijk van zijn leeftijd, op grond van de Arbeidstijdenwet geen dan wel beperkte arbeid leveren.<sup>32</sup> Artikel 32 IVRK schrijft voor dat kinderen moeten

26 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 44 en *Kamerstukken II 2012/13*, 31753, 56, p. 2 (bijlage: Reactie op het rapport *De bijzondere curator, een lot uit de loterij?*).

27 HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4850, r.o. 3.4.2.

28 Ex artikelen 1:350 BW en 1:253j BW. De kantonrechter kan ingrijpen als de belangen van het kind in gevaar zijn, zie artikel 1:354 BW.

29 Rb. Den Haag 1 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13105.

30 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5195.

31 Rb. Gelderland 31 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2737.

32 Artikel 3 Arbeidstijdenwet.

worden beschermd tegen het verrichten van werk dat schadelijk is voor de lichamelijke en geestelijke ontwikkeling. Televisieproducenten moeten dus kritisch zijn op het vertonen van kinderen in hun producties en zijn gebonden aan de Arbeidstijdenwet. Daarentegen bestaat er veel onduidelijkheid over wat de regelgeving is voor *momfluencers* of *kidfluencers*. Het is de vraag of kinderen in dergelijke situaties onder de Arbeidstijdenwet vallen. Sinds 2022 is er een meldpunt in Nederland waar mensen een melding kunnen maken als ze vermoeden dat kinderen te veel worden ingezet om geld te verdienen als vlogger of *influencer*.<sup>33</sup> Het meldpunt moet samen met een inspectieonderzoek leiden tot duidelijkere normen en regels op dit vlak. In Nederland zijn *influencers* evenwel tot op heden redelijk vrij als het gaat om het tonen van hun kinderen in al dan niet gesponsorde content. In Frankrijk daarentegen bestaat er sinds kort wetgeving om de inzet van kinderen in online content te reguleren. Hierin is onder andere opgenomen dat kinderen moeten worden ingeschreven bij een nationaal agentschap, hoeveel uur het kind online mag werken en wat er met de inkomsten van het kind gebeurt. Zo komt het verdiende geld pas beschikbaar voor het kind (en zijn of haar ouders) als het kind de leeftijd van 16 jaar bereikt. Het doel hiervan is te voorkomen dat ouders van hun kind een verdienmodel maken. Het verdient aanbeveling om in Nederland eveneens duidelijke normen op te stellen voor deze situaties en voorlichting te bieden aan ouders. Overigens is in oktober 2021 al door de Global Privacy Assembly aandacht gevraagd voor de rechtspositie van het kind in de digitale wereld, waarbij onder meer werd benadrukt dat voorlichting van ouders van groot belang is en er aandacht moet zijn voor de mening van het kind.<sup>34</sup> Ook het Kinderrechtencomité heeft hier aandacht voor gevraagd in een recent General Comment.<sup>35</sup> Onzes inziens is nu de wetgever aan zet. Tot slot is het voor de familierechtadvocaat en -mediator van belang om bij het opstellen van een ouderschapsplan in gesprek te gaan met ouders over hun verwachtingen ten aanzien van voornoemde onderwerpen. Onder welke omstandigheden achten ouders en hun kinderen het geoorloofd om persoonsgegevens van het kind te delen of het kind te tracken? En in hoeverre mogen kinderen worden ingezet voor samenwerkingen met commerciële doeleinden? Wat gebeurt er met de inkomsten? Dienen de kinderen vooraf zelf toestemming te geven aan de ouders voor het delen van beeldmateriaal? Het maken van heldere afspraken waarbij kinderen – afhankelijk van hun leeftijd en mate van rijpheid – worden betrokken bij dergelijke onderwerpen is onzes inziens in lijn met zowel de rechten van ouders om de opvoeding te bepalen, alsook met het recht van het kind op bescherming van zijn privéleven.

33 Zie hiervoor: [www.nlarbeidsinspectie.nl/onderwerpen/jonge-influencers](http://www.nlarbeidsinspectie.nl/onderwerpen/jonge-influencers).

34 Global Privacy Assembly, 'Adopted Resolution on children's digital rights', oktober 2021.

35 VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 25 on children's rights in relation to the digital environment, CRC/C/GC/25, 2 maart 2021 (hierna aangeduid als: General Comment No. 25).

## Conclusie

Met dit artikel hebben wij onder andere in kaart willen brengen in hoeverre er thans voldoende maatregelen bestaan om het recht van het kind op bescherming van zijn recht op privacy ten opzichte van zijn ouders te waarborgen. Dat is naar onze mening nog onvoldoende. Kinderen zijn in dit verband veelal afhankelijk van hun ouders, waardoor de mogelijkheden voor het kind om op te komen voor zijn eigen belangen beperkt zijn. Dat neemt niet weg dat het een morele kwestie blijft wat zwaarder moet wegen: het fundamentele recht van ouders om de opvoeding te bepalen of het fundamentele recht van het kind op het vormen van zijn eigen mening, deze mening te uiten en het hebben van privacy? Het is wenselijk dat eenieder zich bewust is van de invloed van onze gedigitaliseerde samenleving op de vrije en ongehinderde vorming van individuele persoonlijkheden en identiteiten van met name kinderen en jongvolwassenen.<sup>36</sup>

36 Zie ook B.W. Schermer & B. van der Sloot, 'Het recht op privacy in horizontale verhoudingen', WODC 2020, p. 44, waarin wordt verwezen naar: WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016. Montreal Declaration; J. Hamer & L. Kool (red.), *Beschaafde Bits – Zeventien experts over fatsoenlijk digitaliseren*. Den Haag: Rathenau Instituut 2018.