

# De betekenis van de privacywet bij het gebruik van online leermiddelen in het basisonderwijs: een inleiding

*Gerrit-Jan Zwenne\**

**In de halfacht editie van het RTL Nieuws, een veelbekeken nieuwsprogramma op de Nederlandse televisie, van 25 november vorig jaar presenteerde onderzoeksjournalist Siebe Sietsma een nieuwsitem dat de weken daarop aanleiding was voor aanhoudende opwinding in dagbladen en andere media. Het item ging over het gebruik van online leermiddelen door leerlingen van basisscholen, waar kinderen van 4 tot 12 jaar oud worden onderwezen. De leermiddelen worden geleverd door educatieve uitgevers die, zo was gebleken, hadden bedongen dat basisscholen hun onderwijsadministraties zouden koppelen aan die van hen. Daarmee was de indruk was daarmee gewekt dat de uitgevers zo een gedetailleerd inzicht verkregen in de leerprestaties van honderdduizenden kinderen. En, onder andere omdat ouders en leerkrachten daarover niet waren geïnformeerd, ontstond al snel het beeld dat de uitgevers deze leergegevens op ontoelaatbare wijze zouden gebruiken.**

## 1. Inleiding

Er is veel te doen over privacy en online-leermiddelen. De nieuwsuitzending erover leidde, zoals te verwachten, tot heftige en soms emotionele reacties. Er werden ouders geïnterviewd en die waren verontwaardigd want wisten van niks, en hadden nooit toestemming gegeven voor de verstrekking van de gegevens van hun kinderen. Een handvol Kamerleden veroordeelde de door hen als ernstig gekwalificeerde inbreuk op de privacy van de schoolkinderen. En, zoals dat gaat, de dag daarop stelden zij scherpe vragen daarover aan de door verantwoordelijk bewindspersoon.<sup>1</sup> De toezichthouder, het College bescherming persoonsgegevens, bleek al wel klachten te hebben ontvangen, maar kon of wilde helaas niet zeggen of die hadden geleid tot maatregelen.<sup>2</sup>

Interessant was de reactie van een schooldirecteur. Hij stelde dat hij geen keuze had. Een weigering om tegemoet te

---

<sup>\*</sup> Prof. dr. Gerrit-Jan Zwenne is als hoogleraar Recht en de informatiemaatschappij verbonden aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Bird & Bird LLP te Den Haag.

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 2014Z21845*

<sup>2</sup> 'Al eerder alarm over privacyschending schoolkinderen', *RTL Nieuws* 27 november 2014, [rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/al-eerder-alarm-over-privacyschending-schoolkinderen](http://rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/al-eerder-alarm-over-privacyschending-schoolkinderen) (laatst geraadpleegd op: 10 april 2015)

komen aan door de uitgevers gestelde voorwaarden zou hebben betekend dat geen gebruik meer kon worden gemaakt van de online-leermiddelen. En die konden, zo stelde hij, inmiddels niet meer in het onderwijsprogramma worden gemist.<sup>3</sup> Uiteindelijk, nadat er in de Tweede Kamer een debat was geweest en de verantwoordelijke bewindspersoon een handvol Kamervragen had beantwoord, werd de aandacht verlegd naar weer andere zaken van maatschappelijk belang, zoals de uitslagen van de parlementsverkiezingen in Griekenland en een uitbraak van vogelgriep in Hekendorp.<sup>4</sup>

De opwinding over de privacyrisico's van onlineleermiddelen illustreert de betekenis van privacyregels in het onderwijs van vandaag de dag. In deze bijdrage bespreek ik losjes aan de hand van deze casus wat mag en wat niet mag volgens de privacywet, waaronder in Nederland de Wet bescherming persoonsgegevens ("Wbp")<sup>5</sup> wordt verstaan en in België de Wet verwerking persoonsgegevens ("Wvp")<sup>6</sup> -- de twee wetten lijken sterk op elkaar, omdat ze beide de implementatie vormen van de Europese Privacyrichtlijn 95/46/EG.<sup>7</sup>

Ik begin met een korte juridische uiteenzetting en duiding van de verschillende rollen die de betrokken partijen kunnen spelen bij het gebruik van online-leermiddelen, en de wijze waarop deze rolverdeling moet worden vormgegeven. (par. 2). Vervolgens ga ik in op enkele specifieke rechtsvragen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens en het gebruik van online-leermiddelen (par. 3), zoals de daarvoor te gebruiken verwerkingsgrondslag, de verenigbaarheid van het verzameldoel en het doel waarvoor gegevens verder worden verwerkt, en de voorwaarden die worden gesteld voor de verwerking van bijzondere gegevens, zoals gegevens betreffende religie, gezondheid of etniciteit. Ik sluit af met een korte slotbeschouwing waarin ik een en ander samenvat (par. 4).

---

<sup>3</sup> 'Scholen spelen privégegevens leerlingen door naar uitgevers', *RTL Nieuws* 25 november 2014, [rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/scholen-spelen-privégegevens-leerlingen-door-naar-uitgevers](http://rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/scholen-spelen-privégegevens-leerlingen-door-naar-uitgevers) (laatst geraadpleegd op: 10 april 2015)

<sup>4</sup> Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/11/30/stand-van-zaken-vogelgriep-30-november-2014.html> (laatst geraadpleegd 10 april 2015)

<sup>5</sup> Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens), *Stb.* 2000, 302.

<sup>6</sup> Wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *B.S.*, 18 maart 1993.

<sup>7</sup> Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* L 281 van 23/11/1995, p. 0031 – 0050.

## 2. De toepassing van de privacywet op het gebruik van online-leermiddelen

Om zinnige dingen te kunnen zeggen over de toepassing van de privacywet is van belang dat enige begrippen daaruit worden uiteengezet.

De privacywet is van toepassing op de geheel of gedeeltelijke geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. Er is sprake van persoonsgegevens als het gaat om gegevens betreffende geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke personen,<sup>8</sup> die in de wet worden aangeduid als 'betrokkenen' of 'datasubjecten'.<sup>9</sup> Onder 'verwerking' wordt daarbij alles verstaan dat met persoonsgegevens kan worden gedaan, waaronder (niet limitatief opgesomd) het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.<sup>10</sup>

De wet legt allereerst verplichtingen op aan de zogeheten 'voor de verwerking verantwoordelijke' of ook wel de 'verantwoordelijke', in het Engels 'the controller', dat wil zeggen: degene die zeggenschap heeft over het doel waarvoor, en de wijze waarop, de persoonsgegevens worden verwerkt.<sup>11</sup> Verder legt de wet enkele geheimhoudings- en beveiligingsverplichtingen<sup>12</sup> op aan de 'bewerker' of 'processor', dat wil zeggen: degene die ten behoeve van de verantwoordelijke, en onder diens verantwoordelijkheid persoonsgegevens verwerkt.

Een basisschool<sup>13</sup> verwerkt persoonsgegevens betreffende de leerlingen, hun ouders, de leerkrachten en waarschijnlijk nog aan handvol andere categorieën van datasubjecten, zoals bijvoorbeeld leerlingen of leerkrachten die de school hebben verlaten, de gegevens over de contactpersonen bij leveranciers, of gegevens over sollicitanten. Voor het onderwerp van deze bijdrage, die is gericht op onlineleermiddelen, zijn vooral de leerlinggegevens relevant. In de

---

<sup>8</sup> Art. 3, eerste lid, jo art. 2, onder a, Privacyrichtlijn, resp. art. 2, eerste lid, jo art. 1, onder a, Wbp en art. 3, eerste lid, jo. art. 1, eerste lid Wvp.

<sup>9</sup> Art. 2, onder a, Privacyrichtlijn, resp. art. 1, onder f, Wbp en art. 1, eerste lid, Wvp; omdat de term 'betrokkene' in andere wetgevingsdomeinen soms een heel andere betekenis heeft, geef ik er vaak de voorkeur uit te gaan van het minder fraaie, maar veel duidelijkere begrip 'datasubject'.

<sup>10</sup> Art. 2, onder b, Privacyrichtlijn, resp. art. 1, onder b, Wbp en art. 1, tweede lid, Wvp.

<sup>11</sup> Art. 2, onder d, Privacyrichtlijn, resp. art. art. 1, onder d, Wbp en art. 1, vierde lid Wvp.

<sup>12</sup> Art. 2, onder d, Privacyrichtlijn, resp. art. art. 12 t/m 14 Wbp en art. 16 Wvp.

<sup>13</sup> De term 'basisschool' heeft in Nederland een iets andere betekenis dan in België, maar voor deze bijdrage is het onderscheid niet heel relevant.

wetenschap dat ik daarmee waarschijnlijk uitga van een iets te vereenvoudigde weergave van de werkelijkheid, beperken ik mij daartoe.

De door een basisschool verwerkte leerlinggegevens zijn allereerst de gegevens waarmee individuele leerlingen kunnen worden geïdentificeerd, oftewel de voor- en achternaam van de leerlingen, geboortedatum, adres- en woonplaats, een leerlingadministratienummer, en dergelijke. Verder verwerkt de basisschool de daaraan gekoppelde gegevens over leerprestaties en ontwikkeling, zoals de resultaten van reken- of taaltoetsen, en de vooruitgang daarbij. Als gebruik wordt gemaakt van online-leermiddelen is ligt voor de hand dat ook per leerling de tijdstippen worden vastgelegd waarop een bepaalde opdracht werd gemaakt, de tijd die de leerling nodig had om een die opdracht te maken, of het aantal keren dat de opdracht of toets werd gedaan, en wellicht ook de onderdelen van de toets die lastig werden gevonden, enzovoorts.

Omdat al deze gegevens zijn gekoppeld aan geïdentificeerde leerlingen, kan er vanuit worden gegaan dat al deze gegevens kwalificeren als persoonsgegevens, in elk geval voor de leerkrachten die het onderwijs geven en waarschijnlijk ook anderen in de school, ondersteunend personeel en leidinggevenden, etc. Een voor de toepassing van de privacywet eerste relevante vraag is wie met betrekking tot de verwerkingen van al deze gegevens als verantwoordelijke moet worden aangemerkt. De vraag stellen is hem beantwoorden. Althans, zo lijkt het. Vanzelfsprekend is het allereerst de basisschool die met betrekking tot deze leerlinggegevens bepaalt voor welk doel deze worden verwerkt (nl. om onderwijs te verzorgen) en op welke wijze dat wordt gedaan (bijv. met behulp van online leermiddelen). Het is de school die bepaalt wat er met de gegevens gebeurt, wie daartoe toegang hebben, hoelang deze worden bewaart, wanneer daarin inzage wordt gegeven, etc.<sup>14</sup>

Waren de uitgevers ook verantwoordelijke? Of misschien mede-verantwoordelijke? Of waren ze slechts bewerkers? En wat was de rol van Basispoort? Veel van de ophef die ontstond naar aanleiding van de nieuwsuitzending had betrekking op onduidelijkheden of misverstanden over de rolverdeling tussen de verschillende spelers in dit speelveld. Van belang is allereerst de rol van om Basispoort, het platform dat toegang biedt tot de online leermiddelen en dat wordt aangeboden door een stichting die daartoe (onder andere)

---

<sup>14</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 1997/98, 28592, nr. 3, p. 20-22.

door de uitgevers was opgericht. Verder ging het erom dat de educatieve uitgevers, in het kader van de door hen via Basispoort beschikbaar gestelde de online leermiddelen, ook leerlinggegevens verwerken. In de verslaggeving werd een en ander niet altijd goed uit elkaar gehouden.

In de zaak waarover werd bericht in het RTL-nieuwsprogramma stelde Basispoort zich op het standpunt dat hij slechts bewerker was omdat hij geen zeggenschap zouden hebben over de gegevensverwerking en alleen maar gegevens zou verwerken in opdracht en onder verantwoordelijkheid van de scholen. Dit standpunt impliceert zoveel dat de verantwoordelijkheid van door Basispoort met betrekking tot de verwerkte persoonsgegevens beperkt is. Voor de al dan niet terechte verwijten van ouders kan Basispoort zich grotendeels<sup>15</sup> verschuilen achter de scholen, die immers verantwoordelijken zijn. Als de toezichthouder het nodig had gevonden handhavend op te treden, dan was dat allereerst geweest tegen de verantwoordelijke.

Een voor de toepassing van de privacywet eerste relevante vraag is dan natuurlijk of dat standpunten van Basispoort en uitgevers houdbaar was. Uit gebruiksvoorwaarden van Basispoort blijkt dat de zeggenschap over de gegevensverwerkingen inderdaad overwegend is gelegd bij de scholen. De overeenkomsten lijken evenwel niet uit te sluiten dat de gegevens ook zouden kunnen worden gebruikt om diensten van de uitgevers te verbeteren of verder te ontwikkelen, met dien verstande dat daarbij dan gebruik wordt gemaakt van geanonimiseerde gegevens, dat wil zeggen: gegevens die niet meer als persoonsgegevens kwalificeren en die dus niet meer onder de reikwijdte van de privacywet vallen.

De overeenkomsten en regelingen tussen uitgevers en scholen zijn echter niet beslissend. Als blijkt dat, niettegenstaande de juridische arrangementen, de feitelijke zeggenschap met betrekking tot de gegevensverwerking toch ook zou liggen bij de uitgevers, dan moeten deze in zoverre ook worden aangemerkt als verantwoordelijken.<sup>16</sup> De reacties van de scholen op de nieuwsuitzending, -- erop neer komend dat ze feitelijk geen andere keuze hadden dan akkoord te gaan met de door uitgevers gestelde voorwaarden -- lijken te suggereren dat niet zij maar de uitgevers verantwoordelijken waren: het laatste woord lag bij de uitgevers, niet bij hen.

---

<sup>15</sup> O.g.v. art. 12 en 14 Wbp zijn bewerkers zelfstandig verantwoordelijk voor beveiliging. O.g.v. art 49, derde lid, is de aansprakelijkheid van bewerkers verder beperkt tot de 'eigen werkzaamheid'. De voor België geldende regeling staat in art. 16 en art 42 Wvp .

<sup>16</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 58

Interessant, om niet te zeggen: opmerkelijk, was dat de uitgevers in hun eerste reactie op de nieuwsuitzending evenmin leken te uitsluiten dat zij ook verantwoordelijke, of medeverantwoordelijke, waren: de uitgevers stelden zich op het standpunt dat ook zij zelf ook een gerechtvaardigd belang hadden bij de gegevensverwerkingen.<sup>17</sup> En van belang daarbij was dat uit eerder onderzoek van het verantwoordelijke ministerie, het Ministerie van Onderwijs 'cultuur en Wetenschappen, onder andere was gebleken dat de scholen 'onvoldoende regie' kunnen voeren over het gebruik en de actualiteit van de persoonsgegevens.<sup>18</sup> Ook dat duidde erop dat anderen dan zichzelf, oftewel de uitgevers, medeverantwoordelijke waren.

Of er, alles in aanmerking nemend, inderdaad sprake was van medeverantwoordelijkheid van de uitgevers, in de zin van de privacywet, hangt af van feitelijkheden waarop ik maar beperkt zich heb. Als de scholen inderdaad geen keuze hadden, en de beslismacht met de gegevens dus de facto of de jure bij de uitgevers lag, kan dat betekenen dat deze uitgevers ook verantwoordelijken waren. Het komt mij evenwel voor dat de scholen niet zonder meer akkoord hadden hoeven gaan met de eenzijdig door de uitgevers gestelde gebruiksvoorwaarden voor Basispoort en de in daarin verplicht gestelde koppeling van hun onderwijsadministraties. In hun brief hadden de uitgevers weliswaar gesteld dat de niet-aanvaarding van deze voorwaarden door de scholen ertoe zou leiden tot beëindiging van het gebruik van Basispoort en daarmee ook de onlineleer-middelen. Maar die brief had natuurlijk ook kunnen worden beantwoord, en wellicht had deze zelfs hadden moeten worden beantwoord, met een dagvaarding waarin de scholen de kortgedingrechter het verzoek zouden doen de uitgevers te verplichten om, in elk geval gedurende de besprekingen over de nieuwe voorwaarden of zolang als nodig is om over te stappen op andere diensten, de online leermiddelen zonder enige beperking beschikbaar te blijven stellen. Ik vermoed dat zo een kort geding vordering niet bij voorbaat kansloos was en op zijn minst aanleiding zou zijn geweest voor een serieus stevig gesprek. Verder is het, los daarvan, maar de vraag of het

---

<sup>17</sup> Reactie op artikel RTL Nieuws 'Privégegevens leerlingen basisschool massaal doorgevoerd naar uitgevers' 25 november 2014, te vinden op de website van de educatieve uitgevers: <http://www.geu.nuv.nl/nieuws/geu-nieuws/reactie-op-artikel-rtl-nieuws-privégegevens.477011.lynkx> (laatst geraadpleegd op: 31 maart 2015)

<sup>18</sup> Onderzoek van PWC in opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, *Nulmeting Privacy & Beveiliging Primair en Voortgezet Onderwijs* 7 april 2014, onder andere te vinden op <http://www.ouders.nl/sites/default/files/pdf/nulmeting-privacy-beveiliging-primair-en-voortgezet-onderwijs.pdf> (laatst geraadpleegd op: 31 april 2015)

beëindigen van de online-leermiddelen inderdaad betekent dat de scholen geen keuze hadden. Waren er echt geen alternatieven?

Een en ander betekent dat de verantwoordelijkheid voor de verwerking van de leerlinggegevens in elk geval ligt bij de scholen. Verder, afhankelijk van wat de uitgevers verder nog zouden kunnen doen met de gegevens, is voorstelbaar dat de uitgevers verantwoordelijk zijn voor die onderdelen van de verwerking waarover zij juridisch of feitelijk zeggenschap hebben. In de casus van de online leermiddelen hebben de uitgevers, nadat ze daartoe aanvankelijk wel enige ruimte leken te laten, al heel snel opgehelderd dat de verantwoordelijkheid alleen bij de scholen lag. In de toekomst zou dat wellicht weer kunnen worden genuanceerd. De uitgevers hebben er waarschijnlijk ook belang bij dat zij niet geanonimiseerde leerlinggegevens ook kunnen verwerken voor de verbetering van hun diensten of de verdere ontwikkeling daarvan. Maar, vooralsnog lijkt dat, wellicht ook tegen de achtergrond van de ophef die daarover ontstond, niet aan de orde te zijn.

### 3. De werking van de privacywet met betrekking tot onlineleermiddelen

Als is vastgesteld dat de privacywet van toepassing is, en als het duidelijk is wie daarvoor verantwoordelijk is, gaat het erom te bepalen wat volgens die wet mag en niet mag. Een van de belangrijkste regels is dat de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking een zogeheten verwerkingsgrondslag moet kunnen aanwijzen. Een andere, niet minder belangrijke regel is dat persoonsgegevens verzameld voor het ene doel niet zomaar mogen worden gebruikt voor een ander, daarmee onverenigbaar doel -- dit wordt wel aangeduid als doelbinding. Een laatste in deze bijdrage te bespreken complex van regels betreft de verwerking van zogeheten bijzondere gegevens, dat wil zeggen: gegevens betreffende gezondheid, religie en politieke voorkeur, etniciteit en seksuele gerichtheid, alsmede strafrechtelijke gegevens.

#### Verwerkingsgrondslag

De wet kent zes verwerkingsgrondslagen die, ik overeenkomstig de wettelijke systematiek, aanduidt met de letters a tot en met f. Als er sprake is van een verwerking van persoonsgegevens moet dat gebeuren, ofwel (a) met ondubbelzinnige toestemming van het datasubject, ofwel (b) als die verwerking nodig is ter uitvoering van een overeenkomst met dat datasubject, ofwel (c) als de verwerking nodig is ter naleving van een wettelijke plicht of (d) ter vrijwaring van een vitaal belang van het datasubject, (e) als dat nodig is

voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak van een bestuursorgaan, of, tenslotte, (f) als dat nodig is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het privacybelang van het datasubject prevaleert.<sup>19</sup>

In de casus van de online leermiddelen waren de ouders en Kamerleden verontwaardigd omdat er voor de gegevensverwerkingen geen toestemming was gegeven. Het door hen ingenomen standpunt was dus dat de verwerkingsgrondslag moest worden gezocht in de ondubbelzinnige toestemming van de datasubjecten, zijnde de leerlingen vertegenwoordigd door hun ouders. De educatieve uitgevers verweerden zich door te stellen dat voor de gegevensverwerkingen de verwerkingsgrondslag niet zozeer was gelegen in de ondubbelzinnige toestemming van de datasubjecten maar in het gerechtvaardigd belang van de scholen en/of de uitgevers, waarbij de veronderstelling was dat het privacybelang van de kinderen in dit geval niet prevaleert.

Wat daarvan te vinden? Het lijkt onwaarschijnlijk dat de ondubbelzinnige toestemming van de datasubjecten (zijnde: leerlingen vertegenwoordigd door de ouders) de verwerkingsgrondslag was. Dit omdat het maar de vraag is of de ouders, als hen om toestemming was gevraagd, wel de mogelijkheid hadden om deze niet te geven. Er kan alleen sprake zijn toestemming als degene aan wie deze wordt gevraagd in vrijheid daarover kan kiezen. Er kan daarom, komt mij voor, geen sprake zijn van toestemming als het niet geven van de toestemming betekent dat de leerling het onderwijsprogramma niet kan volgen en mogelijk zelfs de school zou moeten verlaten. Voor de meeste ouders zal dat zo bezwaarlijk zijn dat er niet kan worden gesproken van in vrijheid gegeven toestemming.<sup>20</sup>

Anders dan soms wel wordt gedacht is daarmee evenwel niet gezegd dat de gegevensverwerking in strijd is met de privacywet. Er moet dan een andere grondslag worden aangewezen. En dat kan, zoals de uitgevers stelden, inderdaad het gerechtvaardigd belang van de scholen of de uitgevers zijn. Een vereiste is dan wel dat het privacybelang van de leerling niet prevaleert. Het gaat er om dat de belangen van de school en uitgevers bij deze gegevensverwerking worden afgewogen tegen de privacybelangen van de leerlingen die door gegevensverwerking worden geraakt. En waar het dan

---

<sup>19</sup> Art. 8, onder a t/m f, Wbp; art 5, onder a t/m f, Wvp.

<sup>20</sup> Aldus ook de argumentatie van de educatieve uitgevers op hun FAQ-pagina: <http://www.geu.nuv.nl/faq-privacy> (laatst geraadpleegd op 31 maart jl.)



om gaat is of het belang bij het gebruik van online leermiddelen opweegt tegen het privacybelang van de leerlingen. Anders gezegd: of het belang bij efficiënter en verdergaand gepersonaliseerd onderwijs opweegt tegen het belang van de leerlingen om niet op een te gedetailleerde wijze te worden gekend door de school, uitgevers en eventuele derden. Overwegingen die daarbij betekenis hebben betreffen bijvoorbeeld de alternatieve mogelijkheden die er zijn om dezelfde belangen te dienen zonder aantasting van privacybelangen van de leerlingen, de leeftijd van de leerlingen, de gevoeligheid van de verwerkte gegevens, degenen die kennis kunnen nemen van de gegevens en de gevolgen daarvan voor de leerlingen.

Als ouder kunt u zich er misschien wel in vinden dat de onderwijzer van uw kind gedetailleerde kennis heeft over allerlei voor het onderwijs relevante aspecten van haar persoonlijkheid, omdat u er vanuit gaat dat dit de kwaliteit van het onderwijs en daarmee uiteindelijk uw kind ten goede komt. Daarmee is niet gezegd dat u ermee akkoord gaat dat dergelijke kennis ook zou kunnen worden gebruikt om commerciële diensten te ontwikkelen. Of, erger nog, om ouders en kinderen gepersonaliseerde aanbiedingen te doen voor online thuis-bijcholingspakketen of andere producten, zoals, zeg: een reken-leermodule voor de leerlingen die moeite hebben met breuken, een taalpakket voor de leerlingen met een taalachterstand, een pilletje voor leerlingen met concentratieproblemen...<sup>21</sup>

Het is duidelijk dat deze belangenafweging in vergaande mate afhangt van de omstandigheden van het geval en het gewicht dat wordt toegekend aan de onderscheiden belangen. Veel hangt af van de waarborgen die zijn getroffen om aantasting van privacybelangen te beperken. Een voor de hand liggende waarborg ligt in het beperken van het groep van personen die toegang hebben tot de gegevens tot degenen die direct zijn betrokken bij het onderwijs, zoals de onderwijzers en degenen die hen daarbij ondersteunen. Anderen, zoals de educatieve uitgevers, zouden alleen toegang kunnen hebben tot gegevens die door hen niet zijn te herleiden tot identificeerbare leerlingen, tenzij de ouders daarmee hebben ingestemd. Andere waarborgen betreffen de informatievoorziening aan de ouders, de voor de gegevens te hanteren bewaartermijnen, de beveiligingsmaatregelen, etc. Op de website van de educatieve uitgevers wordt dan ook veel nadruk daarop gelegd.

---

<sup>21</sup> De voorbeelden zijn hypothetisch, uiteraard.

## Doelbinding

Het beginsel van doelbinding heeft betrekking op verenigbaarheid van het verzameldoel met het doel waarvoor gegevens verder worden verwerkt. Er mogen alleen persoonsgegevens worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden. Deze persoonsgegevens mogen, nadat ze zijn verzameld, niet verder worden verwerkt voor doeleinden die onverenigbaar zijn met het doel waarvoor ze zijn verzameld.<sup>22</sup>

De vraag is dan op welke wijze wordt bepaald of er al dan niet sprake is van verenigbare of onverenigbare verzamelen en verwerkingsdoelen. In de privacywet, althans in de Nederlandse privacywet, worden daarvoor vijf criteria gegeven, zijnde (i) de verwantschap tussen verzamel- en verdere verwerkingsdoel, (ii) of de gegevens zijn verkregen bij het datasubject zelf of bij derden, (iii) wat de implicaties zijn voor de datasubjecten, (iv) de gevoeligheid van de gegevens, en tenslotte (v) de waarborgen die zijn getroffen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de datasubjecten. Als er geen of maar een beperkte verwantschap is tussen verzamel- en verwerkingsdoelen duidt dat op onverenigbaarheid, evenals wanneer duidelijk is dat de implicaties voor datasubjecten verstrekkend zijn of de gegevens niet bij henzelf zijn verkregen.

Er is daarbij enige gelijkheid met de waarborgen die in de vorige paragraaf zijn besproken in het kader van de verwerkingsgrondslag van het gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke voorzover het belang van het datasubject niet prevaleert. Dat is begrijpelijk. Immers, ook voor die belangenafweging is relevant hoe gevoelig de gegevens zijn of wat de gevolgen kunnen zijn van de gegevensverwerking, alsmede bij wie die zijn verkregen. Er is daarmee sprake van een zekere overlap van de beide vereisten: het doelbindingsvereiste heeft ook betekenis bij de belangenafwegingen die plaatsvinden als het gaat om de verwerkingsgrondslagen.<sup>23</sup>

Wat betekent het doelbindingsvereiste voor de verwerking van de leerlinggegevens die worden verzameld in het kader van het gebruik van online leermiddelen? Het doel waarvoor basisscholen leerlinggegevens verzamelen ligt in het kunnen

---

<sup>22</sup> Art. 7 en 9, eerste lid, Wbp en art. 4, tweede lid Wvp

<sup>23</sup> Er wordt dan ook wel gesuggereerd om het doelbindingsvereiste uit de privacywetgeving te verwijderen en te volstaan met de proportionaliteitstoetsing die onderdeel uitmaakt van de belangenafweging in het kader van verwerkingsgrondslag van het gerechtvaardigd belang. Zie o.a. L.M. Moerel, *Big Data Protection: How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*, (oratie UvT) 14 februari 2014, p. 53.

verzorgen van het onderwijs aan leerlingen. Uitgaand van de zo-even opgesomde verenigbaarheidscriteria is het beargumenteerbaar dat het niet onverenigbaar met deze verzameldoelen dat leerlinggegevens door de basisschool worden verwerkt om de leerlingen die daarvoor in aanmerking komen aangepaste leermiddelen aan te bieden. Ook niet onverenigbaar kan zijn het door de scholen verbeteren en verder ontwikkelen van het door hen verzorgde onderwijs. Veel minder vanzelfsprekend zal het echter zijn als het gaat om gegevensverwerkingen ten behoeve van anderen dan de scholen zelf. Het ontwikkelen van leermiddelen door of voor de educatieve uitgeverij zal al snel onverenigbaar zijn, tenzij het doel waarvoor de gegevens worden verzameld daarin met zoveel woorden ook is voorzien.

Andere, vooralsnog theoretische vragen die het doelbindingsvereiste oproept betreffen bijvoorbeeld de vraag of het al dan niet doelverenigbaar is dat leerlinggegevens, verkregen in het kader van het gebruik van online-leermiddelen, ook worden gebruikt om te identificeren welke leerlingen vatbaar zijn voor bijvoorbeeld radicalisering. Is het aanvaardbaar dat gegevens over leerresultaten worden gebruikt om te voorkomen dat vijftienjarigen afreizen naar Syrië om zich aan te sluiten bij Islamitische Staat? Er is weinig verwantschap met het verzameldoel, de implicaties voor de desbetreffende leerlingen zijn groot en er is vermoedelijk ook sprake van de verwerking van gevoelige gegevens, namelijk gegevens betreffende geloof of levensovertuiging. En dat bij elkaar zal, behoudens een daartoe door de wetgever te creëren wettelijke grondslag, duiden op doelonverenigbaarheid. Ook kan misschien de doelonverenigbaarheid worden verholpen door de ouders om toestemming te vragen voor de gegevensverwerking voor dit specifieke doel.

#### Bijzondere of gevoelige gegevens

Voor sommige categorieën van persoonsgegevens stelt de privacywet, om begrijpelijke redenen, extra strenge regels. Deze gegevens, die in de wet worden aangeduid als 'bijzondere gegevens' en in het dagelijks taalgebruik ook wel worden aangeduid als 'gevoelige gegevens', betreffen achtereenvolgens: strafrechtelijke gegevens en gegevens die betrekking hebben op iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, of het lidmaatschap van een vakvereniging. De verwerking van dergelijke gegevens kan, meer dan andere gegevens, gevolgen hebben voor het desbetreffende datasubject, reden waarom voor deze gegevens een verwerkingsverbod geldt.

Er geldt een verbod om deze gegevens te verwerken maar er zijn uiteraard uitzonderingen.<sup>24</sup> Zo mogen politie en justitie, evenals de rechterlijke macht, natuurlijk wel strafrechtelijke gegevens verwerken als dat nodig is voor opsporing en vervolging van strafbare feiten.<sup>25</sup> En uiteraard mogen gezondheidsgegevens wel worden verwerkt door artsen als dat nodig is in het kader van de behandelrelatie, en door zorgverzekeraars als dat nodig is in het kader van de verzekering van de betrokkene.<sup>26</sup> Voor gegevens betreffende etniciteit of ras geldt dat deze mogen worden verwerkt voorzover dat onvermijdelijk is voor identificatiedoelinden, en, onder voorwaarden, voor positieve discriminatie, dat wil zeggen om personen van een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te vermindere-<sup>27</sup>

In aanvulling zijn er een handjevol uitzonderingen op het verbod op verwerking van bijzondere gegevens. Zo mogen dergelijke gegevens toch wel worden verwerkt als het data-subject daarvoor uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven of als hij deze gegevens zelf duidelijk openbaar heeft gemaakt, of als dat nodig is voor verdediging van een recht in rechte, of als er sprake is van een zwaarwegend algemeen belang en de toezichthouder daarvoor een ontheffing heeft gegeven.<sup>28</sup>

Was er bij de casus van de online leermiddelen sprake van de verwerking van bijzondere gegevens? Op het eerste gezocht is dat onwaarschijnlijk. Maar het kan ook niet helemaal worden uitgesloten, bijvoorbeeld omdat gegevens over leerprestaties inzicht geven in de intelligentie van de leerlingen. Of omdat uit dergelijke gegevens zou kunnen blijken dat een leerling dyslexie heeft. En dergelijke gegevens kunnen, volgens toezichthouders, worden aangemerkt als gezondheidsgegevens.<sup>29</sup>

Verder is voorstelbaar dat er in verband met het gebruik van online leermiddelen gebruik wordt gemaakt van herkenbare

---

<sup>24</sup> Het verwerkingsverbod staat in art. 16 Wbp en de uitzonderingen in art. 17 t/m art. 23 Wbp, resp. art. 6, eerste lid, Wvp en art. 6 tweede t/m vierde lid, Wvp

<sup>25</sup> Art. 22, eerste lid, Wbp resp. art. 8, tweede lid Wvp

<sup>26</sup> Art. 21, eerste lid, onder a en b, Wbp resp. art. 7, tweede lid Wvp

<sup>27</sup> Art. 18, onder a en b, Wbp resp. art. 6, tweede lid, onder l Wvp; anders dan art. 18 Wbp voorziet de Wvp niet in een duidelijke uitzondering voor zgn. positieve discriminatie.

<sup>28</sup> Art. 23, eerste lid, onder a t/m e, Wbp; art. 7, tweede lid, onder a t/m k Wvp

<sup>29</sup> Zie bijv. Brief van Cbp aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, kenm. z2003-0284, 22 april 2003 te vinden op <https://cbpweb.nl/sites/default/files/downloads/adv/z2003-0284.pdf> (laatst geraadpleegd op 31 maart 2015); Cbp Rapport definitieve bevindingen inzake onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door Snappet, kenm. z2013-00795, 14 juli 2014 (met corrigendum van 27 augustus 2014 juli 2014), p.

foto's van de leerlingen. En die foto's kunnen volgens vaste rechtspraak ook worden aangemerkt als ras- of etniciteitsgegevens.<sup>30</sup> Ook voorstelbaar is dat gegevens betreffende bijvoorbeeld taaltoetsresultaten iets kunnen zeggen over de thuissituatie van leerlingen en daarmee mogelijk ook over de afkomst en daarmee over etniciteit. Voor de leerlingen uit gezinnen waarin thuis niet vanzelfsprekend Nederlands wordt gesproken, zouden bijvoorbeeld de oefeningen met betrekking tot de woordvolgorde lastig kunnen zijn. En de gegevens daarover zouden, mogelijk in combinatie met weer andere gegevens (bijvoorbeeld gegevens over de afkomst van de bewoners in de wijk waarin de school staat, etc.) kunnen duiden op een bepaalde etniciteit.

Een en ander betekent dat bij het gebruik van onlineleermiddelen er ook rekening mee moet worden gehouden dat er bijzondere gegevens in de zin van de privacywet worden verwerkt. In veel gevallen kan dat betekenen dat er uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen is vereist, die in geval van leerlingen jonger dan 16 jaar door de ouders moet worden gegeven.<sup>31</sup>

#### 4. Ten slotte

In deze bijdrage heb ik aan de hand van een spraakmakend geval schetsmatig de verkend wat de eisen zijn die de privacywet stelt met betrekking tot het gebruik van onlineleermiddelen. Van belang is allereerst dat wordt opgehelderd wie als verantwoordelijken worden aangemerkt en wie als bewerkers. In de casus bleek dat onvoldoende duidelijk. En dat was, denk ik, de belangrijkste reden waarom er zo veel verontwaardiging was. Over het gebruik van de onlineleermiddelen zou geen, of veel minder, ophef zijn geweest als er geen twijfels waren geweest over wie de verantwoordelijke was (de scholen) en wie als bewerkers in opdracht daarvan zorgdragen voor de gegevensverwerkingen (Basispoort, de uitgevers). Daarmee zouden zorgen over ongewenst, mogelijk zelfs ontoelaatbaar gegevensgebruik waarschijnlijk grotendeels kunnen worden weggenomen.

In de discussie over de onlineleermiddelen stelden de uitgevers zich op het standpunt dat de verwerkingsgrondslag zou moeten worden gezocht in een gerechtvaardigd belang.

---

<sup>30</sup> In zijn Richtsnoeren voor de openbaarmaking van persoonsgegevens op internet, van 1 december 2007, stelt de Nederlandse privacytoezichthouder zich weliswaar op het standpunt dat pasfoto's niet als etniciteitsgegevens worden aangemerkt als deze niet zijn bedoeld om te worden gebruikt om onderscheid te maken naar etniciteit. In zijn arrest van 23 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6331 heeft de Hoge Raad echter uitgemaakt dat deze redenering niet opgaat.

<sup>31</sup> Vgl. art. 16 jo. 23, eerste lid, onder a, jo. art. 5, eerste lid, Wbp; art. 5, onder a, jo. art. 7, tweede lid, onder a, Wvp.

Echter, daarbij zijn zij niet ingegaan op de afweging van dat belang tegen het belang van de leerlingen, en hun ouders, bij de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. En wellicht daardoor werd stuitte dit op nogal wat ongeloof en onbegrip. Voor de hand ligt wellicht dat de verwerkingsgrondslag ook wordt gezocht in de uitvoering van een onderwijs-overeenkomst doe ouders ten behoeve van hun kinderen aangaan met de basisscholen. Ook voor de hand kan liggen, ook omdat er waarschijnlijk bijzondere gegevens worden verwerkt, om de gegevensverwerking toch te baseren op de ondubbelzinnige toestemming van de betrokkenen, die in dit geval namens de leerlingen zou moeten worden gegeven door de ouders.

Waar het gaat om doelbinding, de vraag of de verdere verwerking van gegevens al dan niet verenigbaar is met het doel waarvoor deze zijn verzameld, zijn er ook een aantal aandachtspunten. Voor een deel komen die overeen met de belangenafwegingen in het kader van de grondslag waarop de verwerking is gebaseerd. De wijze waarop het verzameldoel wordt omschreven is bepalend voor de doelverenigbaarheid van eventuele verdere verwerkingsdoelen. En dat biedt enige ruimte voor de scholen om een verdere verwerkingen mogelijk te maken. Maar uiteraard is die ruimte niet onbeperkt en daarbij zullen de scholen zich vooral rekenschap moeten geven van hun rol. Als het in termen van de privacywet al zou zijn toegestaan om derden de gegevens voor hun eigen doelen te laten gebruiken, dan nog moeten basisscholen zich bedenken of dat, in het licht van hun taak, wenselijk is.

Uiteraard is deze bijdrage niet volledig. Uiteenlopende verplichtingen voortvloeiend uit de privacywet zijn onbesproken gelaten. Daarbij kan worden gedacht aan de verplichtingen om de datasubjecten of betrokkenen te informeren over de gegevensverwerkingen, alsmede aan verplichtingen om onnodige gegevensverwerkingen te voorkomen, geheimhoudings- en beveiligingsplichten en verplichtingen met betrekking tot bewaartermijnen, inzage- en verbeteringsrechten, vergeetrechten, enz.