



@zwnne

NGB WEBINAR ACTUALITEITEN PRIVACYRECHT | 17 JUNI 2021

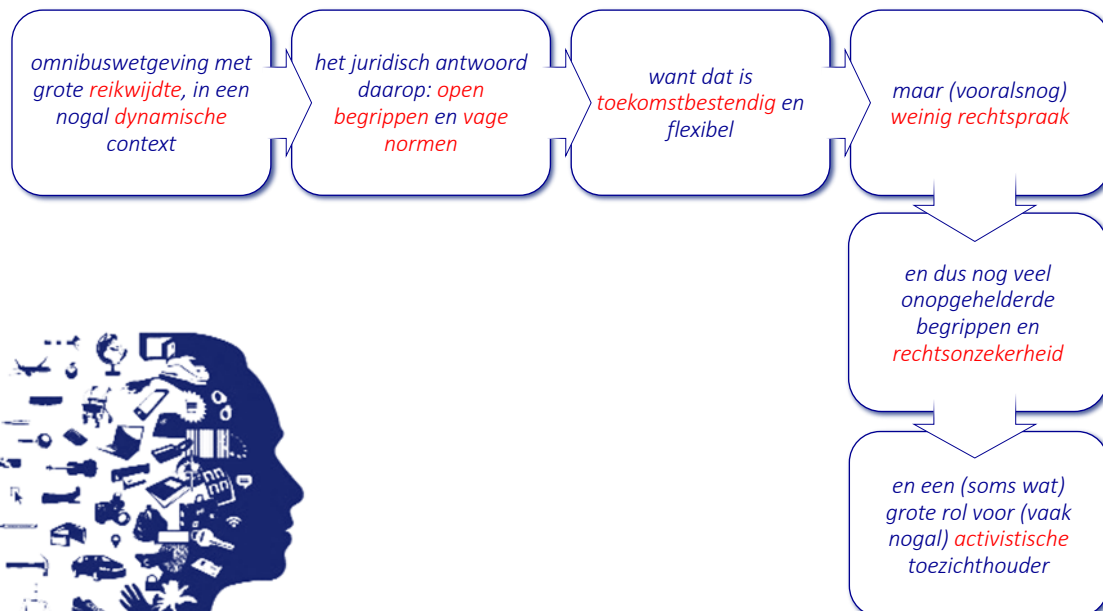
controverse over het gerechtvaardigd belang (art. 6.1(f) AVG) & de stand van zaken waar het gaat om strafrechtelijke gegevens en gegevens van strafrechtelijke aard (art. 10 AVG, art. 1 UAVG)

Prof. mr. G-J. (Gerrit-Jan) ZWENNE

NGB
beroepsvereniging van bedrijfsjuristen



1



2

G

de Correspondent

1 augustus 2020 • Leestijd 10 - 14 minuten • Herinner mij later

Jacob Kohnstamm stopt na twaalf jaar als voorzitter van de Autoriteit Persoonsgegevens. Zijn diagnose: onze persoonlijke gegevens zijn een betaalmiddel geworden. Maar wat erom gebeurt als het is afgeschreven, weten we niet. Een afscheidinterview met de toezichhouder die soms liever activist had willen zijn.

Het is tijd voor een nieuw Marx: Das Digital

Toestemming en privacyvoorwaarden, controle door gebruikers en transparantie over wat deze bedrijven doen: het is volgens de scheidend voorzitter in een tijd waarin Big Data meer en meer opkomt niet meer genoeg. 'Ik wil niet zeggen dat het waardeloos is, maar het zijn niet de bepalende instrumenten om solidariteit, gelijke behandeling, vrije ontplooiing en vertrouwen te beschermen. Ik heb daarom schetsend een nieuw Marxaans vlugschrift: *Das Digital*. Waar Marx sprak over kapitaal moeten we nu gaan spreken over de invloed van data, het nu samenleving.'

Hoe een activistisch type zo'n 'duffe klus' kreeg

Met name juristen vinden dat u zich strikt had moeten beperken tot handhaving van de wet en geen morele of politieke uitspraken hoort te doen. Hoe heeft de politiek op u gereageerd?

'Het eerlijke antwoord is dat politici mij ook als collega zagen. Dus het is me niet kwalijk genomen dat ik mij politieker uitliet dan mijn voorganger. En dat is ook mijn opdracht geweest. Er waren kandidaten voor deze functie die veel beter waren in de privacykunde dan ik, maar de sollicitatiecommissie wilde juist iemand met een politiek profiel.'

Na ruim anderhalf uur breekt Kohnstamm het gesprek af. Zijn opvolger, oud-Tweede Kamerlid en voormalig burgemeester van Utrecht Aleid Wolfsen (PvdA), wacht in een Haags café om bijgepraat te worden over het reilen en zeilen bij de Autoriteit Persoonsgegevens.

Wat gaat hij zijn opvolger meegeven?

Een lach. 'Ik was bang dat er een professor, doctor, meester, ingenieur in de privacykunde zou worden benoemd, maar met Wolfsen wordt het politieke profiel van deze functie voortgezet. Ik zal hem adviseren het politieke debat te blijven voeren.'



3



door het RIVM, om zo voorspellingen te doen over de verspreiding van het virus.

Wolfsen eist dat het om maatregelen gaat die de bescherming van persoonsgegevens zo goed mogelijk waarborgen. „Over die spoedwet hebben wij net advies uitgebracht aan het kabinet. Wij sluiten niet uit dat de analyse van die locatiedata op een privacy-vriendelijke manier kan, maar dan moet aan strenge normen worden voldaan. Onze adviezen worden meestal opgevolgd, omdat wij een wet buiten werking kunnen stellen als de AVG wordt geschonden”, zegt Wolfsen.

Zorgen over de gevolgen van de coronacrisis leven breder. „Het grootschalig volgen van mensen die daar geen toestemming voor hebben gegeven, is door de AVG echt *not done* geworden. Dat lijkt met die locatiedata nu weer aan de kant te worden geschoven”, zegt Benaiassa van Bits of Freedom. „Niets is zo permanent als een tijdelijke maatregel”, reageert ook



4

G

POLITICO



Meet the Dutchman who cried foul on Europe's tracking technology

The national privacy watchdog has repeatedly broken ranks with EU peers over tracking technology. His approach suggests he is winning.

As European governments rushed to embrace technology to fight the coronavirus, a plainspoken Dutchman emerged as a thorn in their side. Aleid Wolfsen's message: Don't pretend your solutions are privacy-friendly.

In a group that normally keeps disagreements quiet, Wolfsen stands out. A former politician and mayor of Utrecht who had no formal training in data protection when he took on his role in 2016, he has repeatedly been at odds with other watchdogs, most of whom do not share his political background.



One recurring criticism concerns Wolfsen's interpretation of "legitimate interest" as a basis for collecting data under the GDPR — one of six legal grounds, along with consent, that can be used to justify handling personal data.

[..]

"His reading of legitimate interest is contrary to GDPR, jurisprudence, and guidance from European regulators," said Axel Arnbak, a Dutch data protection lawyer and newspaper columnist.

"It was a surprise when he was nominated, he had no background in data protection" — Sophie in 't Veld, Dutch MEP

The stance has proven so controversial that it has led to splits within the authority itself, according to several people familiar with the matter.

"It is a bit of a mystery," said one former staffer who spoke to POLITICO on a condition of anonymity. "It seems to be a misguided sense of protecting people, because if you narrow [legitimate interests] down then people need to give consent, but that leads to consent fatigue."

5

A. CONTROVERSE OVER HET GERECHTVAARDIGD BELANG

de (on)houdbaarheid van de nieuwe
normuitleg

8

G

watafa?!

AUTORITEIT
PERSOONSgegevens

Normuitleg grondslag 'gerechtvaardigd belang'

Inleiding
Een verwerking van persoonsgegevens is altijd een inbrenging op het fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens. Daardoor is iedere verwerking in beginsel onrechtmatig. Maar de verwerking van gegevensbescherming (AVG) een juridische basis om toch persoonsgegevens te mogen verwerken. Deze basis bestaat uit zes grondslagen.

Kan een verwerkingsverantwoordelijke zich baseren op minimaal een van deze zes grondslagen? Dan is de verwerking toch rechtmatig (als het om 'gewone' persoonsgegevens gaat, dus geen bijzondere of strafrechtelijke persoonsgegevens - daarvoor gelden extra stringente regels).

Afweging door wetgever
Overwettelijke beperkingen van of inbrengingen op het fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens moeten wettelijk worden geregeld. Daar moet het recht in worden, in wetgeving die die fundamentele recht geldt dat het moet absoluut is. In voorkomende gevallen moet het steeds worden afgewogen tegen andere grondrechten en de (grond)rechten van derden.

Vaak zal dat geburen in algemene en specifieke wetgeving. Wetgeving die als het ware rechtstreeks verwerkingen mogelijk en noodzakelijk maakt. En waarin de wetgever zelf algemene belangen en het belang van belangen - waarbij de wetgever vindt dat beide belangen wettelijke bescherming verdienen - heeft de wetgever dus voorzien, gewogen en daarin leunend gemaakt.

Afweging door verwerkingsverantwoordelijke
Er kunnen zich daarnaast concrete situaties voordoen waarin een verwerkingsverantwoordelijke niet van de AVG. Daar de betrokkene wil geen toestemming geven of toestemming vragen is niet logisch, er is geen contract, er zijn geen vitale belangen van derden in het spel, de niet een taak van algemeen belang te vervullen of opebaar goed uit te oefenen.

Situaties waarin de verwerkingsverantwoordelijke van mening is dat hij of een derde zich - net als de betrokkene - kan baseren op belangen die door het recht eveneens gerespecteerd en beschermd worden, te kunnen behartigen.

In deze situatie is in dus ook een botsing van rechtbelangen, namelijk het grondrecht van de betrokkene tegen het grondrecht van de verwerkingsverantwoordelijke of derde.

9

HARMONISATIE
De normuitleg van onze eigen toezichthouder leidt er daarmee toe dat de regels in Nederland anders worden toegepast dan in andere lidstaten. Dat is in strijd met de doelstelling van de Europese Unie om te komen tot een eenvormig, geharmoniseerd kader van privacyregels.

De normuitleg zet daarmee Nederlandse ondernemingen op achterstand opzichte van ondernemingen in

Ten slotte, last but not least, zijn er meer principiële bedenkingen. De normuitleg van de Autoriteit Persoonsgegevens past in een trend waarbij nadrukkelijk en radicaal afstand wordt genomen van marktwerking. Uiteraard valt daarover van alles te zeggen. De vraag is echter of het aan een objectieve en onafhankelijke privacytoezichthouder is stelling te nemen in dat in zegen politieke debat. Vijf denken van niet.

10

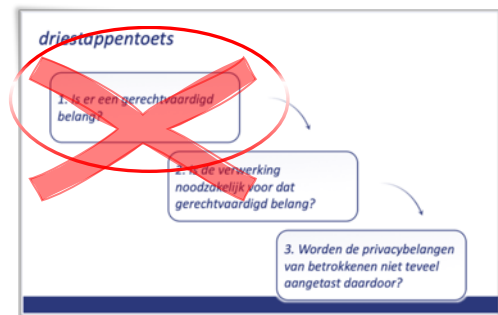
G



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

een hele nieuwe opvatting over wat géén gerechtvaardigd belang kan zijn...

Wat ook niet als een gerechtvaardigd belang kwalificeert, is bijvoorbeeld: het enkel dienen van **zuiver commerciële belangen, winstmaximalisatie**, het zonder gerechtvaardigd belang volgen van het gedrag van werknemers of het (koop)gedrag van (potentiële) klanten, etc.



13

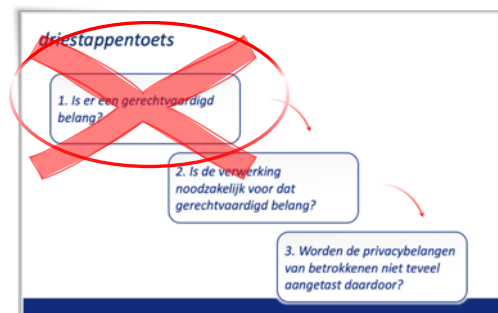


AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

een hele nieuwe opvatting over wat géén gerechtvaardigd belang kan zijn...

De eerste voorwaarde is dat de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde kwalificeren als gerechtvaardigd. Dat houdt in dat die belangen in (algemene) wetgeving of elders in het recht zijn benoemd als een rechtsbelang. Een belang dat ook in rechte beschermd wordt, dat beschermingswaardig wordt geacht en dat in beginsel gerespecteerd moet worden en 'afgedwongen' kan worden. De verwerkingsverantwoordelijke of derde moet zich dus op een (geschreven of ongeschreven) rechtsregel of rechtsbeginsel kunnen beroepen

zgn. positieve toets: een belang wordt pas opgevat als gerechtvaardigd als dat uitdrukkelijk blijkt uit de wet of rechtsbeginsel...



14

Het Parool

Privacywaakhond: VoetbalTV houdt zich op amateurvelden niet aan wetgeving

Via VoetbalTV, een initiatief van de KNVB en Talpa, kunnen gebruikers voetbalwedstrijden op amateurvelden volgen. Op meer dan 150 clubs zijn slimme camera's geplaatst die de bal volgen. Zo konden opmerkelijke acties of mooie doelpunten online worden teruggekeken en gedeeld.

In overtreding
Vorig jaar november kwam de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) met een negatief oordeel over de werkwijze van VoetbalTV. De privacywaakhond oordeelde dat de bedrijven een commercieel belang dienden en niet aan de privacywetten voldeden. Wat volgde waren maanden van onzekerheid, omdat onduidelijk bleef wat de consequenties van het oordeel van de AP waren.

Deze week stuurde VoetbalTV een mail aan de gebruikers, waar staat dat het platform uit de lucht wordt gehaald. Volgens het AP is VoetbalTV in overtreding, en hangt de dienst een sanctie boven het hoofd. "Er rest ons daarom nu helaas niets anders dan onze dienstverlening per 27 augustus te pauzeren, met pijn in ons hart aan te kondigen dat we de VoetbalTV-app offline halen en ons op de verdere toekomst te beraden," staat in de mail.

Sanctie
Maarten Hoffer, directeur van VoetbalTV, wil desgevraagd niet toelichten hoe hoog de sanctie is die de AP heeft opgelegd. "In aanloop naar de rechtszaak die wij hier nog over gaan voeren kan ik daar nu niets over zeggen."

Boete voor tennisbond vanwege verkoop van persoonsgegevens

Nieuwsbericht / 3 maart 2020 Categorie: Direct marketing

De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) legt tennisbond KNLTB een boete op van **525.000 euro** voor het verkopen van persoonsgegevens. De KNLTB heeft in 2018 onrechtmatig tegen betaling persoonsgegevens van een paar honderdduizend van zijn leden verstrekt aan twee sponsors.

De Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond (KNLTB) verstrekte de sponsors persoonsgegevens zoals naam, geslacht en adres, zodat zij een selectie van KNLTB-leden konden benaderen met tennisgerelateerde en andere aanbiedingen. De ene sponsor ontving persoonsgegevens van 50.000, de andere van meer dan 300.000 leden. Die sponsors benaderden een deel van die KNLTB-leden per post of telefoon.

15

wat zegt de wetgever..?

Een gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke kan aanwezig worden geacht in het geval dat de betreffende verwerking voor laatstgenoemde noodzakelijk is om zijn **reguliere bedrijfsactiviteiten** te kunnen verrichten. De verantwoordelijke kan zijn beroep of bedrijf niet goed uitoefenen indien hem de mogelijkheid zou worden ontzegd de met het oog daarop noodzakelijke gegevens te verwerken.

Kst II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 86

De verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van **direct marketing** kan worden beschouwd als uitgevoerd met het oog op een gerechtvaardigd belang.

overweging 47 Preambule AVG

16

en wat zeiden AP en WP29...?

het verzamelen van informatie over aantallen winkelbezoekers, drukte op bepaalde tijden en bijvoorbeeld de route die het publiek loopt door een winkel, door middel van wifi-tracking, kan op zichzelf een **gerechtvaardigd commerciële** belang zijn van de winkeliers en Bluetrace

Cbp 1 september 2016
(Bluetrace)

zgn. negatieve toets: een belang is gerechtvaardigd, tenzij uit de wet of rechtsbeginsel blijkt dat dat niet zo is..!

An interest can be considered as legitimate as long as the controller can pursue this interest in a way that is in accordance with data protection and other laws. In other words, a legitimate interest must be 'acceptable under the law'

WP29
Opinion 06/2014

17

andere toezichthouders...

What Kinds of Legitimate Interests Are Covered?

As set out in Article 6(1)(f) GDPR, the legitimate interests which ground reliance on this legal basis may either be those of the controller itself or the interests of third parties. The types of legitimate interests may include **commercial interests**, individual interests, or broader societal benefits.

Irish Data Protection
Commission

The legitimate interests can be your own interests or the interests of third parties. They can include **commercial interests**, individual interests or broader societal benefits

UK Information
Commissioner

18

andere toezichthouders...



Op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de richtsnoeren van de EDPB oordeelt de Geschillenkamer dat **het begrip gerechtvaardigd belang een ruim bereik** kan hebben, met dien verstande dat een door een verwerkingsverantwoordelijke ingeroepen belang voldoende specifiek is. **In de context van de onderhavige zaak spreekt de Geschillenkamer zich niet uit** over de vraag of een **economisch belang** kan worden beschouwd als gerechtvaardigd belang in de zin van artikel 6.1.f van de AVG.

GBA 15 mei 2020

19



zgn. negatieve toets: een belang is gerechtvaardigd, tenzij uit de wet of rechtsbeginsel blijkt dat dat niet zo is..!

Richtlijn 95/46 bevat wat het begrip „gerechtvaardigd belang” betreft geen definitie of opsomming. **Dit begrip is tamelijk flexibel en open van aard. Mits op zichzelf wettig, bestaat er geen type van belang dat per se uitgesloten is.**

AG Bobek 19 december 2018,
Zaak C-40/17 (Fashion ID)

20

G

Streamingsdienst amateurvoetbal VoetbalTV is failliet

11-09-2020, 19:34 AANGEPAST 11-09-2020, 20:34

VoetbalTV is deze week failliet verklaard. Sinds de oprichting in 2018 was er al controverse over de streamingsdienst van amateurwedstrijden. Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) werd de privacy van spelers geschonden, omdat VoetbalTV op 150 speelvelden camera's had geplaatst en geen individuele toestemming vroeg aan spelers.

Deze zomer legde AP het initiatief van voetbalbond KNVB en Talpa Network al een strafmaatregel op, waardoor twee weken geleden - de week dat het amateurvoetbal weer begon - alle opnames werden stilgelegd. Nu blijkt dat VoetbalTV eerder deze week faillissement heeft aangevraagd. Door corona en de voortdurende botsingen met AP was het volgens VoetbalTV al langer lastig om inkomsten te genereren.

Kwetsbaar

In 2018 plaatste VoetbalTV tientallen camera's bij amateurclubs door heel Nederland. Liefhebbers van amateurvoetbal konden elk weekend online zo'n 700 wedstrijden volgen. Sinds de aanvang was er al discussie over de privacy van de spelers. De clubs moesten akkoord gaan met het filmen, maar er werd geen toestemming gevraagd aan de spelers.

Reden tot actie, vond de privacywaakhond. VoetbalTV voideed volgens AP niet aan de privacywetgeving. Vooral omdat spelers vanaf 13 jaar al gefilmd konden worden en de beelden vervolgens online stonden. Juist deze groep is kwetsbaar als het om privacy gaat, vindt de toezichthouder. Daarbij geeft het commerciële belang van VoetbalTV problemen. Het is volgens AP niet gerechtvaardigd om privacygevoelige beelden te maken om daar geld mee te verdienen.

'Snurkend keffertje'

Dit oordeel werd november vorig jaar al door de AP geveld. Sindsdien wachtte VoetbalTV op een definitief besluit: mochten ze door of niet? De streamingsdienst beschuldigde AP ervan geen haast achter de procedure te zetten, waardoor het zelf in grote onzekerheid verkeerde. De aankondiging van nieuwe sponsors zou daarom zijn uitgesteld. In juni startte VoetbalTV daarom een rechtszaak tegen het "snurkend keffertje" om snel tot een beslissing te komen.

21

TOEZICHT

Rechtbank fluit privacywaakhond terug over boete VoetbalTV

Jonas Piersons
Amsterdam

De Autoriteit Persoonsgegevens heeft een geweldig oordeel gegeven bij de rechter. De rechtbank Midden-Nederland heeft een streep door de boete die de toezichthouder op de privacy deze zomer heeft opgelegd aan het bedrijf VoetbalTV. De rechtbank concludeert dat de AP een verkeerde interpretatie van de privacywetgeving hanteert.

VoetbalTV, een gezamenlijke dochter van voetbalbond KNVB en Talpa Network, heeft vanaf 2018 bij zo'n 150 amateurclubs camera's geplaatst die automatisch wedstrijd- en registratie-, die vervolgens online beelden kunnen verspreiden.

Vanaf het begin heeft privacywaakhond de AP bezwaar gemaakt tegen de activiteiten van VoetbalTV. Dat het videopatiënten ook opnames maakt van jongeren vanaf 13 jaar - een kwetsbare groep als het gaat om privacy - weegt daarbij mee.

De toezichthouder plaatste VoetbalTV in de categorie commerciële onderneming en vindt dat deze commerciële aard de rechtvaardiging kan opleveren voor het verzamelen van beelden en dus persoonsgegevens. De AP legde VoetbalTV een boete op van €25.000.

De AP heeft tot nu toe geen gemachtigd dat commerciële belang geen 'gerechtvaardigd belang' is en dus niet kan dienen als reden om persoonsgegevens te verzamelen. Het moet volgens de toezichthouder gaan om belangen zoals het terugkijken van films, het bevestigen van contractovernames of het verzamelen van bestaande klanten over andere diensten. Zijn die belangen er niet, dan is de toestemming vereist van de personen over wie gegevens worden verzameld.

Op die interpretatie van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) kwam al veel kritiek van privacyadvocaten. Het bleef erover dat ook bedrijven die zich verantwoordelijk willen voelen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, niet hoeven toestemming vragen aan de AP. Het bleef erover dat de AP niet hoeft te wachten op jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. Het Hof stelde geen enkel type belang per se uit, ook niet commerciële belangen. Omdat de AP is uitgegaan van een verkeerde interpretatie van het begrip 'gerechtvaardigd belang' en het daarbij heeft getoetst, schrijft de rechter.

VoetbalTV is bij met de uitdrukking, maar kijkt ook met enige verbitering terug op de procedure. De AP heeft VoetbalTV lang laten wachten op een definitief besluit. Door de onzekerheid die daaruit het gevolg was, kon VoetbalTV geen nieuwe klanten meer werven. Het leidde eronder dit jaar tot het faillissement van het bedrijf.

Dirceus Maarten Hoffers van VoetbalTV zegt: 'Ik ben blij dat de toezichthouder de uitdrukking bevestigd en zich heeft op een evenwichtige manier uitgesproken over de AVG-uitvoering'. Dat VoetbalTV lang moest wachten op duidelijkheid van de AP is het gevolg van capaciteitsproblemen bij de toezichthouder. Vorige week heeft de AP met een KPMG-rapport in de hand een claim overgelegd in Den Haag voor meer mensen en meer financiële middelen.

Het is de eerste
AP-uitvoering van de AVG heeft getoetst

RbM-Nld 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111

16. Gelet op de hiervoor aangehaalde Europese rechtspraak, conclusies van de advocaat-generaal en de opinie van de WP29, **onderschrijft de rechtbank het standpunt van eiseres dat de vraag of een verwerker van persoonsgegevens een gerechtvaardigd belang heeft, aan de hand van een negatieve toets moet worden beoordeeld. Deze toets komt erop neer dat de verwerker geen belang mag nastreven dat in strijd is met de wet. Dat het gerechtvaardigd belang [...] niet moet worden gezien als een min of meer wettelijk belang, zoals verweerder meent, maar veel meer als een legitiem belang, sluit ook aan bij de buitenlandse vertalingen van dit begrip [...]. Dat het gerechtvaardigd belang moet worden bekeken aan de hand van een negatieve toets, komt ook overeen met overweging 47 van de AVG** waarin als voorbeeld van een mogelijk gerechtvaardigd belang 'direct marketing' wordt genoemd. Naar het oordeel van de rechtbank kan bij de aanwijzing van dit belang als gerechtvaardigd belang ook geen rechtsbelang, zoals door verweerder opgevat, worden genoemd als basis.

22

VoetbalTV

Rb M-Nld 23 november 2020,
ECLI:NL:RBMNE:2020:5111

18. Met de strikte toepassing die verweerder hier hanteert, is hij niet toegekomen aan zo'n beoordeling als het HvJ hier omschrijft. Daarmee heeft verweerder het gerechtvaardigd belang dus niet op een open en flexibele manier uitgelegd, zoals wel zou moeten. Hij miskent daarmee dat het begrip 'gerechtvaardigd' belang vooral als buitengrens dient voor de beoordeling en niet als een drempel. Er zijn de rechtbank verder ook geen uitspraken bekend waarin het HvJ, zonder nadere beoordeling van de belangen van zowel de verwerker als de betrokkene(n), constateert dat de verwerker in het geheel geen gerechtvaardigd belang heeft bij de verwerking en alleen al daarom onrechtmatig handelt. Verweerders uitleg dat het eiseres in de kern alleen maar gaat om het te gelde maken van persoonsgegevens en dat dit belang nooit een gerechtvaardigd belang kan zijn, gaat eraan voorbij dat het HvJ het op voorhand uitsluiten van bepaalde legitieme belangen nu juist verbiedt. Evenmin volgt de rechtbank de conclusie van verweerder dat de noodzakelijkheidstoets en de belangenafweging zinledig zijn, als wordt aangenomen dat het belang dat eiseres nastreeft een gerechtvaardigd belang is.

23

Tobias van Gent



Bevindingen rapporteur

Als rapporteur wil ik mij, los van dit feitenrelaas, niet over de inhoud van deze casus uitspreken, temeer omdat er mogelijk nog gerechtelijke procedures over de zaak gevoerd worden. Wel plaats ik mijn vraagtekens bij het verloop van het proces in deze specifieke casus, waarbij er langdurig onderzoek heeft plaatsgevonden en ondanks herhaalde verzoeken geruime tijd geen uitsluitel werd gegeven door de AP.

Ok constateer ik dat op dit moment in andere EU-lidstaten initiatieven actief zijn die in veel aspecten lijken op de activiteiten van VoetbalTV. Ik wijs dan bijvoorbeeld op het in Duitsland actieve Soccerwatch.tv (link). Op de website van Soccerwatch staat in de 'Frequently Asked Questions' bij de vraag "Wer muss einer Veröffentlichung der Videos zustimmen?" als antwoord: "Es ist ausreichend, wenn die Zuschauer, Spieler und Schiedsrichter mit einem gut sichtbaren Schild (wird von soccerwatch.tv zur Verfügung gestellt) auf die Videoaufnahmen hingewiesen werden".

De tijdspanne en de scope van mijn rapporteurschap laten niet toe om een precieze vergelijking te maken tussen VoetbalTV en Soccerwatch die hun eigen kenmerken hebben en in een andere lidstaat onder een andere jurisdictie actief zijn, maar ik ben wel van mening dat de AVG ertoe zou moeten leiden dat binnen de EU vergelijkbare initiatieven vergelijkbare kansen hebben om tot ontwikkeling te komen. Uniforme regelgeving en een gelijk speelveld voor bedrijven zijn hierbij van groot belang.

24

het AP-jaarverslag 2020...

De rechtbank heeft allereerst vastgesteld dat het HvJ in haar rechtspraak geen duidelijke omschrijving heeft gegeven wat een gerechtvaardigd belang precies is. De interpretatie van de AP dat het moet gaan om een belang dat in (algemene) wetgeving of elders in het recht is benoemd als rechtsbelang, heeft de rechtbank in de jurisprudentie van het HvJ niet teruggevonden.

Wel heeft de rechtbank de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Fashion I **gevonden**. Daarin staat dat het begrip 'gerechtvaardigd belang' uiterlijk flexibel en open van aard is". Volgens de advocaat-generaal is er geen type belang uitgesloten, zolang het belang maar wettig is. De rechtbank heeft vervolgens ook de opinie van WP29 aangehaald uit 2014, waarin staat dat het gerechtvaardigd belang een begrip is waar een scala aan verschillende belangen onder kan vallen, of het nu gaat om triviale of dwinnende belangen, en of deze nu evident of meer controversieel zijn. WP29 maakt wel duidelijk dat het moet gaan om werkelijke en aanwezige belangen (niet speculatief).

De rechtbank heeft daarnaast vastgesteld dat het HvJ bij herhaling heeft bevestigd dat het lidstaten niet vrijstaat om een beroep op het gerechtvaardigd belang voor bepaalde categorieën van verwerkingen op voorhand of categorisch uit te sluiten.

De rechtbank is dan ook tot de conclusie gekomen dat de vraag of een verwerkingsverantwoordelijke een gerechtvaardigd belang heeft, moet worden beoordeeld aan de hand van de negatieve toets: een verwerkingsverantwoordelijke mag geen belang nastreven dat in strijd is met de wet. Een legitiem belang, en niet een min of meer wettig belang. De rechtbank volgt het standpunt van de AP over stap 1 dan ook niet.

De AP heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank.

25

Om uw verwerking te mogen baseren op de grondslag 'noodzakelijk voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang', moet u aan 3 voorwaarden voldoen. Hiermee toetst u of uw recht om persoonsgegevens te verwerken – omdat u een gerechtvaardigd belang heeft om dit te doen – zwaarder weegt dan het recht op privacy van de betrokkenen. Dat zijn de mensen van wie u gegevens verwerkt.

Voorwaarden grondslag gerechtvaardigd belang
De 3 voorwaarden zijn:

- 1. U heeft daadwerkelijk een gerechtvaardigd belang. Niet elk belang kwalificeert als een gerechtvaardigd belang.
- 2. De verwerking is noodzakelijk om dit belang te behartigen.
- 3. U heeft een afweging gemaakt tussen uw belangen en die van de betrokkenen.

Voorwaarde 1: gerechtvaardigd belang
Uw belang is daadwerkelijk een gerechtvaardigd belang als het ergens in het recht is opgenomen. En wordt erkend en beschermd. Dat mag ook in een ongeschreven rechtsregel of rechtsbeginsel zijn.

Als het maar gaat om een belang waarvan we in de maatschappij hebben gevonden dat het door het recht beschermd moet worden. Voor voorbeelden van gerechtvaardigde belangen, zie: Wat zijn voorbeelden van gerechtvaardigde belangen?

Let op: wat niet kwalificeert als gerechtvaardigd belang, is bijvoorbeeld:

- een puur commercieel belang; winstmaximalisatie;
- het gebruik van werknemers volgen zonder legitieme reden;
- het (koop)gedrag van (potentiële) klanten volgen zonder legitieme reden.

26

en toch: zomaar een recent informatieverzoek...

VRAGEN MET BETREKKING TOT DE GRONDSLAG

2. Licht toe op basis van welke grondslag, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de AVG, de verwerkingen met betrekking tot de dienst plaatsvinden.

a. beschrijf het desbetreffende belang, en overleg de in uw DPIA's vermelde legitimate interest assessment(s) indien deze is of zijn opgesteld

b. licht toe of het desbetreffende belang een eigen belang is, of dat van een derde (en in het laatste geval: welke derde)

c. licht toe in hoeverre dit belang in rechte wordt beschermd (dat wil zeggen: tot uiting komt in concrete wetgeving en/of algemene rechtsbeginselen)

toch nog steeds een
positieve toets..!?

27

toetsvraag 1

Volgens Advocaat Generaal Bobek is het begrip 'gerechtvaardigd belang' tamelijk flexibel en open van aard.

A. Dit is onjuist

B. Dit is juist

28

B.

STRAFRECHTELIJKE GEGEVENS

resp. gegevens van strafrechtelijke aard

29

Art 10 AVG
 Persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen mogen [...] alleen worden verwerkt

- onder toezicht van de overheid, of
- indien de verwerking is toegestaan bij Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen bieden.

Art 1 UAVG
 In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder: persoonsgegevens van strafrechtelijke aard:

- persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen als bedoeld in art. 10 AVG, alsmede
- persoonsgegevens betreffende een door de rechter opgelegd verbod naar aanleiding van onrechtmatig of hinderlijk gedrag

Art. 33.5 UAVG
 Persoonsgegevens van strafrechtelijke aard mogen ten behoeve van derden worden verwerkt:

(c) indien de Autoriteit persoonsgegevens [...] een vergunning voor de verwerking heeft verleend.

fraudesignalen zijn strafrechtelijke gegevens of gegevens van strafrechtelijke aard (...?)

30

Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr.3, p.102 en 118

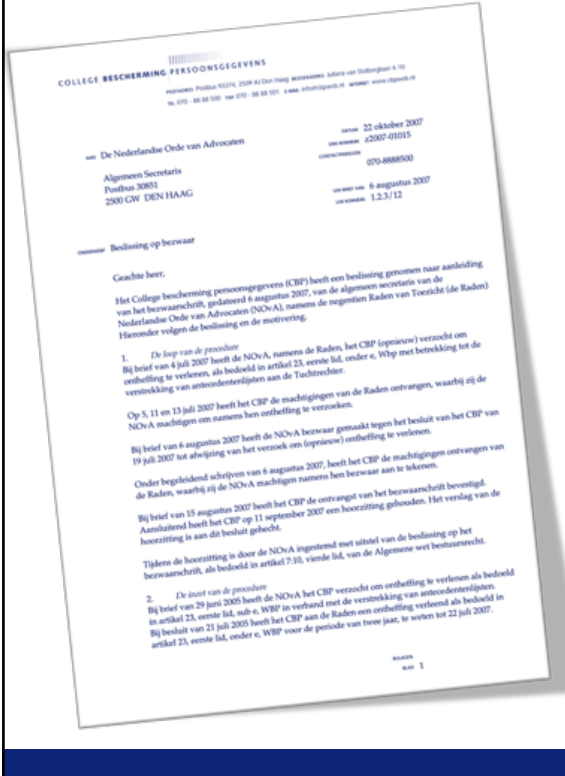
Veroordelingen betreffen gegevens waarbij de rechter, al dan niet onherroepelijk, strafrechtelijk gedrag heeft vastgesteld.

Bij verdenkingen gaat het om **concrete aanwijzingen** jegens een bepaalde persoon.

Het begrip strafrechtelijk gegevens omvat mede gegevens omtrent de toepassing van het formele strafrecht, bijvoorbeeld **het gegeven dat iemand is gearresteerd of dat tegen hem proces-verbaal is opgemaakt wegens een bepaald vergrijp**.

De bepaling heeft geen betrekking op de verwerking van persoonsgegevens gericht op de vaststelling van mogelijk strafbaar gedrag, bij voorbeeld door het volgen van trends

31




College bescherming persoonsgegevens
(CbP) verleent **ontheffing** aan NOvA voor
verwerking van tuchtrechtelijke gegevens

art. 23.1(e) Wbp

impliciet: tuchtrechtelijke gegevens
kwalificeren als strafrechtelijke gegevens

Zie o.a.

- Cbp 22 oktober 2007, z2007-01015, (NOvA)
- Cbp 24 december 2008, z2008-01626 (NOvA)
- Cbp 13 april 2016, z2015-00894 (St. Tucht recht Banken)



32

G

de gearresteerde advocaat

Rb. R'dam 29 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2395

Hoewel de rechtbank zich bewust is van het **vergaande praktische gevolg** voor de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens door de exploitant van een zoekmachine, acht de rechtbank de conclusie **onvermijdelijk** dat er in dit geval sprake is van een toepasselijk verbod op de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens.

De rechtbank acht derhalve het verzoek om Google te bevelen de verwijzing naar de weblinks die voortkomen uit de zoekopdracht naar de naam van verzoeker uit de zoekresultaten te verwijderen dan wel af te schermen, reeds hierom toewijsbaar.



33

beschuldiging van hypotheekfraude

Rb. R'dam 12 januari 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:264

De URL's [zijn] geen strafrechtelijke persoonsgegevens van [verzoeker].
[..] Er is immers geen sprake van het opnemen in de zoekresultaten van **zodanige concrete feiten en omstandigheden dat zij als een strafbaar feit te kwalificeren bewezenverklaring [...] kunnen dragen**. Evenmin kan worden gezegd dat de verwerking in de zoekresultaten voor **[verzoeker] een zwaardere verdenking dan een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit** oplevert. De hiervoor bedoelde zoekresultaten van de zoekmachine van Google brengen [verzoeker] namelijk op geen enkele wijze in verband met enig strafbaar feit.



34

iemand die titels verzint

Rb Midden NLD 20 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:805

De door [eiser] genoemde publicaties kunnen niet als een [...] strafbaar feit te kwalificeren bewezenverklaring worden aangemerkt. In deze publicaties gaat het immers om **niet meer dan geuite beschuldigingen** afkomstig van natuurlijke personen waarbij er geen enkel (justitieel) onderzoek heeft plaatsgevonden en waarvan de juistheid van de geuite beschuldigingen ook door [eiser] wordt betwist.



35

geen criminal charge

- CBb 16 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:360, r.o. 7.4
- CTG 21 november 2017, Stcrt. 2017, 68176, r.o. 7.5
- CTG 11 oktober 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:274, r.o. 4.6

idem

CBb 16 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:360

Gelet op de rechtspraak van het EHRM en de karakteristieken van het

Nederlandse accountantstuchtrecht is het College van oordeel dat geen sprake is van een criminal charge als bedoeld in artikel 6 van het EVRM.

Dit heeft tot gevolg dat [naam 1] geen beroep toekomt op het nemo-tenetur-beginsel. Derhalve hoeft niet onderzocht te worden of in onderhavig geval sprake is van strijd met hetgeen in dat artikel bepaald is voor zaken die vallen onder de strafrechtelijke bereik van het artikel.



36

tuchtrechtelijke veroordeelde chirurg

Rb A'dam 19 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8606
4.4 [W]aar dit in beginsel nog wel het geval was onder de Wbp [worden] **tuchtrechtelijke persoonsgegevens** onder de AVG niet als bijzondere of strafrechtelijke persoonsgegevens [...] gecategoriseerd.



37

contactverbod

Hof Den Haag 24 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3539

4.23 Een door de civiele rechter opgelegd contactverbod kan [...] niet worden aangemerkt als een persoonsgegeven betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten in de zin van artikel 10 AVG. De verwijzing naar het strafrecht impliceert dat het tenminste moet gaan om maatregelen met **een punitief karakter**. Een civielrechtelijk contactverbod heeft geen punitief karakter.

Het feit dat de Nederlandse wetgever in artikel 1 van de UAVG heeft bepaald dat onder het begrip persoonsgegevens van strafrechtelijke aard mede vallen persoonsgegevens betreffende een door de rechter opgelegd verbod naar aanleiding van onrechtmatig of hinderlijk gedrag

maakt dat niet anders. Het begrip persoonsgegeven betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten in de zin van artikel 10 AVG is een Unierechtelijk begrip dat autonoom moet worden uitgelegd. De AVG geeft de lidstaten niet de mogelijkheid een eigen, ruimere invulling te geven aan dat begrip



38

hennepplantage

Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3374

5.27. In dit geval gaat het om verwerking van een gegeven die bestaat uit een code. [...] Die code is als zodanig geen strafrechtelijk gegeven. Deze code staat voor 'hennep' en is evenmin op zichzelf een strafrechtelijk gegeven. [...] De Huismeesters [geeft] met 'code 2' door dat vanwege de aanwezigheid van hennepplanten in de van haar gehuurde woning de huurovereenkomst met [appellante] is beëindigd.

Dat gegeven - de civielrechtelijke beëindiging van de huurovereenkomst vanwege hennepcultuur in de woning - houdt op zichzelf evenmin in een gegeven van strafrechtelijke aard.

Onder bijkomende feiten en/of omstandigheden kan uit de aanduiding 'hennep' - waarmee aldus civielrechtelijk gezien ongeoorloofde hennepcultuur is bedoeld - volgen dat naast dat civielrechtelijk ongeoorloofd handelen (ook) sprake is van strafrechtelijk verwijtbaar handelen. Dat is echter naar het oordeel van het hof onvoldoende om in dit geval de verwerking van een code 2 aan te merken als een strafrechtelijke persoonsgegevens als hiervoor bedoeld.



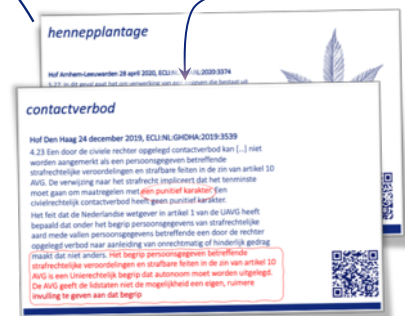
de fraudehelpdesk

35 De AP acht het aannemelijk dat er persoonsgegevens van strafrechtelijke aard worden verwerkt gezien de doelstelling van de Fraudehelpdesk en de focus op verschillende vormen van fraude, hetgeen een verzamelbegrip is van verschillende strafbare feiten. Meer

specifiek komt de AP op basis van de aanvraag tot de conclusie dat de verwerkingen van de Fraudehelpdesk vallen in de categorie 'persoonsgegevens van strafbare feiten'. De meldingen die de Fraudehelpdesk ontvangt, hebben immers geen betrekking op feiten of omstandigheden die reeds tot een rechterlijk oordeel hebben geleid.

De persoonsgegevens die de Fraudehelpdesk beoogt te verwerken zijn zodanige concrete feiten en omstandigheden dat, mochten ze aan de rechter worden voorgelegd, die een bewezenverklaring in de zin van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering kunnen dragen.

Mochten de verzamelde gegevens niet zodanig zijn dat daarmee de voorgaande toets doorstaan wordt, dan zal de gegevensdeling niet strekken tot het halen van het doel waarvoor de verwerking is opgezet en vanuit dat oogpunt onrechtmatig zijn. Het doel van de Fraudehelpdesk strekt immers tot de uitwisseling van informatie over fraude, niet tot het uitwisselen van aannames van fraude.



Verzamelwet gegevensbescherming

In artikel 7 wordt, onder vernummering van het vijfde tot en met negende lid tot zesde tot en met tiende lid, een lid ingevoegd, luidende:

5. Bij ministeriële regeling worden voorwaarden gesteld en **vereiste kwalificaties** benoemd waaraan een kandidaat dient te voldoen respectievelijk waarover deze dient te beschikken, wil deze kunnen worden benoemd als lid van de Autoriteit persoonsgegevens, alsmede regels ten aanzien van de procedure die tot een benoeming als bedoeld in het derde lid leidt.



MvT

*Ter nadere implementatie van artikel 54, eerste lid, onder b, van de AVG voorziet het nieuw voorgestelde vijfde lid van artikel 7 van de UAVG in een grondslag om bij ministeriële regeling nadere regels te stellen over de noodzakelijke kwalificaties waarover een lid van de AP dient te beschikken alsmede overige nadere voorwaarden voor de benoeming van alle leden van de AP. Daarbij kan worden gedacht aan benoemingseisen ten aanzien van **relevante ervaring, opleiding of achtergrond**. En voor zover het de benoeming betreft van een lid dat mede belast wordt met de portefeuille bedrijfsvoering: **relevante ervaring op dat gebied**.*

41

toetsvraag 2

In het ontwerp-wetsvoorstel voor de Verzamelwet gegevensbescherming wordt erin voorzien dat in de regeling van de benoeming van AP-leden de mogelijkheid wordt opgenomen om nadere regels te stellen over de noodzakelijke kwalificaties waarover een lid dient te beschikken

A. Dit is juist

B. Dit is onjuist

42



DANK VOOR UW AANDACHT
g.j.zwenne@law.leidenuniv.nl