

@zwnne

VPR-A SPECIALISATIEOPLEIDING | 2022

Het probleem met toestemming | de taak van
algemeen belang en de uitoefening van openbaar
gezag | misverstanden over het gerechtvaardigd belang

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



Universiteit
Leiden



1



*please do not tick the box
if you do not want to
receive our daily offers in
your inbox*

A.
het probleem met toestemming

2

wáár gaat het over?

- *het belang van toestemming*
- *de betekenis ervan*
- *en het probleem ermee*

3

waar *gáát* het over?

- *het belang van toestemming*
- *de betekenis ervan*
- *en het probleem ermee*

in de AVG. En elders

*wat is toestemming?
en wat is het niet..?*

wat moeten we met toestemming..?

4

het belang van toestemming

5

snelle technologische
ontwikkelingen en
globalisering etc.

Vgl. AG Campos Sánchez-
Bordona 6 oktober 2022,
C-300/21 ECLI:EU:C:2022:756

(7) Die ontwikkelingen vereisen een krachtig en coherenter kader voor gegevensbescherming in de Unie, dat wordt gesteund door strenge handhaving, omdat zulks van belang is voor het vertrouwen dat nodig is om de digitale economie zich in de hele interne markt te laten ontwikkelen. **Natuurlijke personen dienen controle over hun eigen persoonsgegevens te hebben.** Er dient meer rechtszekerheid en praktische zekerheid te worden geboden aan natuurlijke personen, marktdeelnemers en overheidsinstanties.

8

(32) Toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden. De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend. Indien de betrokkene zijn toestemming moet geven na een verzoek via elektronische middelen, dient dat verzoek duidelijk en beknopt te zijn en niet onnodig storend voor het gebruik van de dienst in kwestie.

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.

(43) Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevens-verwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.

9

(32) Toestemming dient te worden gegeven door middel van een **duidelijke actieve handeling**, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een **mondelinge verklaring**, waaruit blijkt dat de betrokkene **vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig** met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden. De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. **Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend.** Indien de betrokkene zijn toestemming moet geven na een verzoek via elektronische middelen, dient dat verzoek **duidelijk en beknopt te zijn en niet onnodig storend** voor het gebruik van de dienst in kwestie.

niet impliciet of stilzwijgend

granulair?

mag dat wel (of niet) met één handeling (click)..?

nieuw in de AVG!

zowel de handeling waarmee toestemming wordt gegeven als de inhoud van de toestemming moet ondubbelzinnig zijn

10

(32) Toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden. De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend. Indien de betrokkene zijn toestemming moet geven na een verzoek via elektronische middelen, dient dat verzoek duidelijk en beknopt te zijn en niet onnodig storend voor het gebruik van de dienst in kwestie.

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.

(43) Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevens-verwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.

11

vgl. AP's Facebook onderzoek

zie ook art. 7.2 en 12.1 AVG

bewijslast, zie ook art. 7.1 AVG

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.

discussies over cookie-muren, CoronaMelder, (?) etc.

vgl. art. 7.4 AVG (komen we op terug...)

12

(32) Toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden. De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend. Indien de betrokkene zijn toestemming moet geven na een verzoek via elektronische middelen, dient dat verzoek duidelijk en beknopt te zijn en niet onnodig storend voor het gebruik van de dienst in kwestie.

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.

(43) Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevens-verwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.

13



idem voor werkgever-werknemer

(43) Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevens-verwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.

granulaire toestemming..?
er kunnen kennelijk situaties zijn waarin het passend is dat er wel (of niet) toestemming voor verschillende verwerkingen afzonderlijk kan worden gegeven

vgl. overw. 32: Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend

mag dat met één handeling (click)..?

14

Conclusie AG Spuznar 21 maart
2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246
(Planet 49)

66. Om te kunnen spreken van „vrije” en „op informatie berustende” toestemming, moet deze **niet alleen actief maar ook afzonderlijk zijn gegeven**. De activiteit van een gebruiker op internet (lezen van een webpagina, deelname aan een loterij, bekijken van een video enzovoort) en het geven van toestemming kunnen geen deel uitmaken van dezelfde handeling. Met name kan het geven van toestemming vanuit de gebruiker **niet bijkomend aan de deelname** aan de loterij zijn. Beide acties moeten, vooral optisch, als gelijk worden gepresenteerd. [...]

96. [...] Op basis van de bovenstaande analyse(49) **zou het, wat de feiten in de onderhavige zaak betreft, beter** zijn als er, figuurlijk gesproken, een afzonderlijke knop moest worden aangeklikt(50) in plaats van alleen een vakje dat moet worden aangevinkt om toestemming te geven voor de verwerking van persoonsgegevens.

'beter' d.w.z. niet
verplicht..(?)



15

art. 7.4 vs overw. 43 d.w.z. bepaling vs overweging

art. 7.4
AVG

Er moet **ten sterkste rekening worden gehouden** met de vraag of voor de uitvoering van een overeenkomst [...] toestemming vereist is voor een verwerking van persoonsgegevens die niet noodzakelijk is voor de uitvoering van die overeenkomst

overw.
43

toestemming is **niet vrijelijk** gegeven als [...] de uitvoering van een overeenkomst afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering

?!



16

kanttekening bij overwegingen

Conclusie AG Spuznar 21 maart
2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246
(Planet 49)

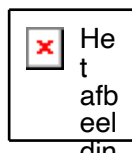
71. [I]k [voel] me genoodzaakt eraan te herinneren dat [overwegingen] klaarblijkelijk **geen zelfstandige juridische betekenis** hebben, maar dat het Hof daarvan bij de uitlegging van een rechtshandeling van de Unie vaak

gebruikmaakt. Binnen de rechtsorde van de Unie zijn deze overwegingen **descriptief en niet prescriptief** van aard.

Normaal gesproken komt de vraag naar hun juridische betekenis niet aan de orde om de eenvoudige reden dat de overwegingen gewoonlijk hun neerslag vinden in het

dispositief van een richtlijn. Goede wetgevingspraktijken van de politieke instellingen van de EU hebben de neiging om te streven naar een situatie waarin de overwegingen een **nuttige achtergrond** bieden voor de bepalingen van een juridische tekst.

?!



17

wanneer en waarvoor toestemming nodig is

Overw. 42
AVG

Art. 6.1(a)
AVG

Art. 5.1-3
UAVG

Overw. 43
AVG

Art. 6.4
AVG

toestemming als verwerkingsgrondslag en in de context van doelbinding

18

wanneer en waarvóór toestemming nodig is



19

wanneer en waarvóór toestemming nodig is



20

er is meer...

TELECOMMUNICATIEWET

Art. 11.1

(g) **toestemming** van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de **toestemming** mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn

Art. 11.2a

2. De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk en de aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst onthouden zich van het aftappen, afluisteren of anderszins onderscheppen of controleren van de communicatie via een openbaar elektronisch communicatienetwerk of openbare elektronische communicatiedienst en de daarmee verband houdende gegevens tenzij en voor zover:

(a) de betrokken abonnee voor deze handelingen zijn uitdrukkelijke **toestemming** heeft gegeven...

Art. 11.5

3. De aanbieder van elektronische communicatiediensten mag voorts de in het eerste lid bedoelde verkeersgegevens verwerken, voor zover en

voor zolang dat noodzakelijk is voor:

a. marktonderzoek of verkoopactiviteiten met betrekking tot elektronische communicatiediensten, of
b. de levering van diensten met toegevoegde waarde, mits de abonnee of de gebruiker waarop de verkeersgegevens betrekking hebben daarvoor voorafgaand aan de verwerking zijn **toestemming** heeft gegeven. De abonnee of gebruiker kan de gegeven toestemming voor de verwerking van verkeersgegevens te allen tijde intrekken. ...

Art. 11.6

2. In een algemeen beschikbare abonneelijst en in het voor een abonnee-informatiedienst gebruikte abonneebestand worden uitsluitend persoonsgegevens van een abonnee opgenomen, indien de abonnee daarvoor **toestemming** heeft verleend en blijft deze beperkt tot de door hem daarbij aangegeven persoonsgegevens. Aan het niet opgenomen zijn in een abonneelijst of het voor een abonnee-informatiedienst gebruikte abonneebestand mogen geen kosten worden verbonden. ...

Art. 11.7

1. Het gebruik van automatische oproep- en communicatiesystemen zonder menselijke tussenkomst,

faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees of gebruikers³⁹⁴ is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee of gebruiker daarvoor voorafgaand **toestemming** heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid. ...

Art. 11.7a

1. Onverminderd de AVG is het via een elektronisch communicatienetwerk opslaan van of toegang verkrijgen tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker, alleen toegestaan op voorwaarde dat de betrokken gebruiker:

a. is voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt, en
b. daarvoor **toestemming** heeft verleend ...

Etcetera...

21

veel meer...

BURGERLIJK WETBOEK

Art. 7:450

1. Voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst is de **toestemming** van de patiënt vereist.
2. Indien de patiënt minderjarig is en de leeftijd van twaalf maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, is tevens de **toestemming** van de ouders die het gezag over hem uitoefenen of van zijn voogd vereist. De verrichting kan evenwel zonder de **toestemming** van de ouders of de voogd worden uitgevoerd, indien zij kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen, alsmede indien de patiënt ook na de weigering van de **toestemming**, de verrichting weloverwogen blijft wensen.

ZORGVERZEKERINGSWET

Art. 14

5. Voor zover een verzekerde ingevolge zijn zorgverzekering toestemming behoeft van de zorgverzekeraar dan wel een verwijzing of een recept van een deskundige is vereist voor het verkrijgen van de verzekerde prestaties, en de verzekerde in het bezit is van deze **toestemming**, deze verwijzing of dit recept, geldt die **toestemming**, die verwijzing of dat recept als titel voor het verkrijgen van de

verzekerde prestaties gedurende de periode waarvoor de **toestemming** is verleend of de verwijzing of het recept geldig is, en verlangt een nieuwe verzekeraar niet dat nogmaals **toestemming** wordt gevraagd of dat een verwijzing of recept wordt overgelegd.

WET AANVULLENDE BEPALINGEN VERWERKING PERSOONSGEGEVENS IN DE ZORG

Art. 15a

1. De zorgaanbieder stelt gegevens van de cliënt slechts beschikbaar via een elektronisch uitwisselingssysteem, voor zover de zorgaanbieder heeft vastgesteld dat de cliënt daartoe uitdrukkelijk **toestemming** heeft gegeven.

ETC.

EPD, PSD2, slimme meter...

22

toestemming is soms geen toestemming

EDPB Opinion 3/2019
Clinical Trials Regulation
(CTR) and the 23 January
2019

Regulation (EU) No 536/2014 of 16 April 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, OJ L 158 27/05/2014.

15. As rightly pointed out in Q&A 4, the informed consent foreseen under the CTR must not be confused with the notion of consent as a legal ground for the processing of personal data under the GDPR.

16. Provisions of Chapter V CTR on informed consent, in particular Article 28, respond primarily to core ethical requirements of research projects involving humans deriving from the Helsinki Declaration. The obligation to obtain the informed consent of participants in a clinical trial is primarily a measure to ensure the protection of the right to human dignity and the right to integrity of individuals under Article 1 and 3 of the Charter of Fundamental Rights of the EU; it is not conceived as an instrument for data protection compliance

23

de betekenis van toestemming

25

wat is toestemming..?

en waaraan moet geldige
toestemming voldoen..?

Overw. 32
AVG



vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige
wilsuiting waarmee de betrokkene d.m.v. een verklaring
of ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende
verwerking van persoonsgegevens aanvaardt

Overw. 32
AVG

Art. 7
AVG



- duidelijke actieve handeling, dus niet stilzwijgend
- toestemming voor meerdere doeleinden
- duidelijk en beknopt en niet onnodig storend,
- bewijslast m.b.t toestemming

Art. 8
AVG

Art. 5
UAVG



toestemming van minderjarigen (<16 jaar) gegeven door
ouders c.q. wettelijk vertegenwoordiger

26

wat is toestemming..?

en waaraan moet geldige
toestemming voldoen..?

Overw. 32
AVG



vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige
wilsuiting waarmee de betrokkene d.m.v. een verklaring
of ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende
verwerking van persoonsgegevens aanvaardt

Overw. 32
AVG

Art. 7
AVG



- duidelijke actieve handeling, dus niet stilzwijgend
- toestemming voor meerdere doeleinden
- duidelijk en beknopt en niet onnodig storend,
- bewijslast m.b.t toestemming

Art. 8
AVG

Art. 5
UAVG



toestemming van minderjarigen (<16 jaar) gegeven door
ouders c.q. wettelijk vertegenwoordiger

27

actieve handeling..

Overw. 32
AVG



- *het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite*
 - *het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij, of*
 - *een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens*
- Maar stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden*

61. niet voldoende is als de verklaring van toestemming van de gebruiker vooraf is geformuleerd en als de gebruiker actief bezwaar moet maken als hij het niet eens is met de verwerking van gegevens.

Conclusie AG in
Planet 49

33

geldige toestemming

Art. 7.1
AVG



verwerkingsverantwoordelijke moet toestemming aantonen

overw.
42 AVG

Art. 7.2
AVG



voor «toestemming d.m.v. schriftelijke verklaring die ook betrekking heeft op andere aangelegenheden»:

overw.
43 AVG

- *begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal*
- *zodanig gepresenteerd dat een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt met de andere aangelegenheden*

Art. 7.3
AVG



toestemming kan worden ingetrokken

- *doet niet af aan rechtmatigheid van de verwerking vóór de intrekking en dat moet worden medegedeeld aan de betrokkene*
- *intrekken even eenvoudig als het geven ervan.*

35

uitdrukkelijke toestemming

in hoeverre is dit meer dan 'ondubbelzinnige actieve handeling' (art.4(11) AVG...??)

art. 9.2(a) AVG	}	doorbrekingsgrond van verwerkingsverbod voor bijzondere gegevens
art. 22.2(a) UAVG		
art. 24(a) UAVG	→	wetenschappelijk onderzoek
28.2(b)(i) UAVG	→	genetische gegevens
32(a) UAVG	→	strafrechtelijke gegevens

38

kanttekening bij overwegingen

Conclusie AG Spuznar 21 maart
2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246
(Planet 49)

71. [I]k [voel] me genoodzaakt eraan te herinneren dat [overwegingen] klaarblijkelijk **geen zelfstandige juridische betekenis** hebben, maar dat het Hof daarvan bij de uitlegging van een rechtshandeling van de Unie vaak

gebruikmaakt. Binnen de rechtsorde van de Unie zijn deze overwegingen **descriptief en niet prescriptief** van aard.

Normaal gesproken komt de vraag naar hun juridische betekenis niet aan de orde om de eenvoudige reden dat de overwegingen gewoonlijk hun neerslag vinden in het dispositief van een richtlijn. Goede wetgevingspraktijken van de politieke instellingen van de EU hebben de neiging om te streven naar een situatie waarin de overwegingen een **nuttige achtergrond** bieden voor de bepalingen van een juridische tekst.

?!

40

toestemming van kinderen

website, app, sociaal network

art. 6.1(a) AVG

- verwerking op basis van toestemming
- ten behoeve van rechtstreeks aanbod van diensten van de informatiemaatschappij
- aan een kind van 16 jaar of jonger

8.1 AVG

toestemming moet worden gegeven door ouder of wettelijk vertegenwoordiger

- verwerking op basis van toestemming
- aan een kind van 16 jaar of jonger

5 UAVG

toestemming moet worden gegeven door ouder of wettelijk vertegenwoordiger

41

wetenschap

- wetenschappelijke verwerkingsdoeleinden zijn vaak per definitie niet duidelijk te omschrijven
- toch kan wél toestemming worden gegeven
- voor **bepaalde** onderzoeksdoeleinden

(33) Het is vaak niet mogelijk op het ogenblik waarop de persoonsgegevens worden verzameld, het doel van de gegevensverwerking voor wetenschappelijke onderzoeksdoeleinden volledig te omschrijven.

- Daarom moet de betrokkenen worden toegestaan hun toestemming te geven voor bepaalde terreinen van het wetenschappelijk onderzoek waarbij erkende ethische normen voor wetenschappelijk onderzoek in acht worden genomen.
- Betrokkenen moeten de gelegenheid krijgen om hun toestemming alleen te geven voor bepaalde onderzoeksterreinen of onderdelen van onderzoeksprojecten, voor zover het voorgenomen doel zulks toelaat.

Vgl. Art. 24 UAVG

niet altijd toestemming nodig voor verwerking van bijzondere gegevens voor wetenschappelijke doeleinden...

42

toestemming bij overheid uitgesloten(..?)

Wij plaatsen een kanttekening bij de opmerking van de Afdeling advisering dat gegevensverwerking door de overheid uitsluitend kan worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, onderdelen c en e, AVG. Uiteraard zijn dit voor de overheid de meest voor de hand liggende rechtsgronden, maar de AVG sluit met betrekking tot de overheid uitsluitend het gerechtvaardigd belang (artikel 6, eerste lid, onderdeel f) uit.

Het is dan ook niet bij voorbaat ondenkbaar dat onder omstandigheden, bij wijze van uitzondering en bij het ontbreken van een andere rechtsgrondslag, een gegevensverwerking door een overheidsinstantie plaatsvindt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

Kst. II 2017/18, 34851, nr. 4, p. 35

43

toestemming bij overheid uitgesloten(..?)

maar... is de toestemming dan wel in vrijheid gegeven?

43) toestemming [mag] geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend.

44

toestemming bij overheid uitgesloten(..?)

maar... is de toestemming dan wel in vrijheid gegeven?

- de wanverhouding impliceert dat het dus onwaarschijnlijk is dat de toestemming in vrijheid is gegeven...

of:

- er is een wanverhouding en als het daardoor onwaarschijnlijk is dat de toestemming in vrijheid is gegeven

43) toestemming [mag] geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend.

45

toetsvraag 2

De overheid kan nooit gebruik maken van toestemming als verwerkingsgrondslag

- A. Dit is juist
- B. Dit is onjuist

46

dus niet:
CoronaCheck-app

Melding sturen

Ben je getest en heb je corona? Dan belt een GGD-medewerker je. Je hebt hierbij je GGD-sleutel nodig. Hoe werkt dit?

- 1 Geef deze GGD-sleutel door aan de GGD-medewerker:
A 5 6 - 3 4 F
- 2 Wacht op de GGD-medewerker voor de volgende stap
- 3 Waarschuw anderen door een anonieme melding te versturen

Ga door

Kans op besmetting

Je bent in de buurt geweest van iemand met het coronavirus

Je was 5 dagen geleden (op donderdag 9 juli) dicht bij iemand die later corona bleek te hebben. Je hebt in deze situatie mogelijk extra kans op besmetting gelopen. Als je inderdaad besmet bent, kan je het virus aan anderen doorgeven. Ook als je je nu niet ziek voelt.

Wat kun je nu doen?

47

voor de minister
grondslag vóór de aanpassing van de Wet publieke gezondheid

art. 3.1 Wpg
Onze Minister bevordert de kwaliteit en doelmatigheid van de publieke gezondheidszorg en draagt zorg voor de instandhouding en verbetering van de landelijke ondersteuningsstructuur

art. 7.1 Wpg
Onze Minister [geeft] leiding aan de bestrijding [van de pandemie] en Onze Minister [kan] de voorzitter van de veiligheidsregio opdragen hoe de bestrijding ter hand te nemen

duidelijk, nauwkeurig en voorspelbaar?
zie: overw. 141

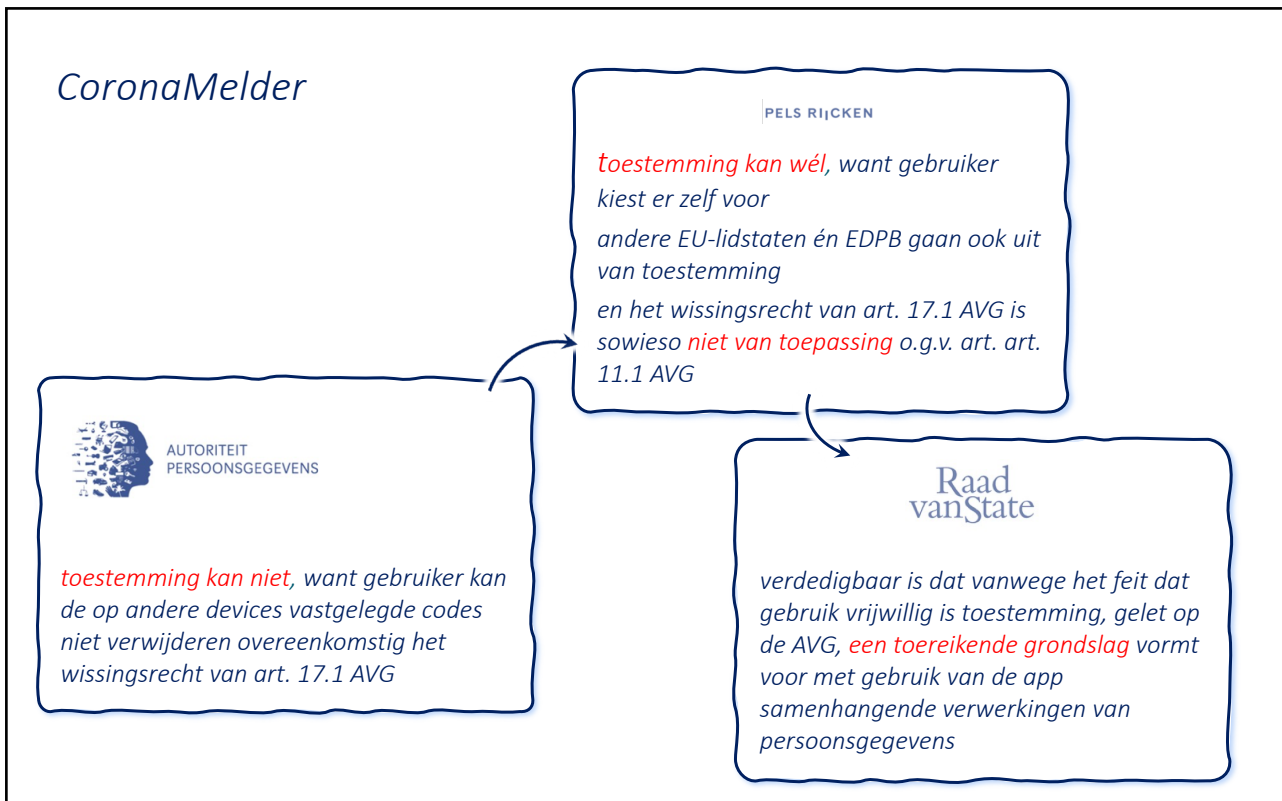
taak van algemeen belang (e-grond)

- kan de minister op basis van deze bevoegdheid persoonsgegevens verwerken in het kader van de CoronaMelder?
- zo niet, kan de minister dan deze persoonsgegevens verwerken op basis van toestemming van de gebruiker?

toestemming (a-grond)

?

48



49

AUTORITEIT PERSOONSGEGEVENS

Maar de bewaartermijn is 14-dagen. En beslistermijn een maand (art. 12.4 AVG)...

geen sprake van toestemming omdat het wissingsrecht niet kan worden uitgeoefend...

*Met hantering van toestemming als grondslag voor verwerking van persoonsgegevens is namelijk geassocieerd dat er **een 'sterke' controle van betrokkene** over de verwerking van diens persoonsgegevens is. [In] de notificatie-app is intrekking van toestemming of het maken van bezwaar tegen deze verwerking echter niet tot nauwelijks realiseerbaar. **Zo kan betrokkene door intrekking van een eenmaal gegeven toestemming weliswaar de verdere verzameling van persoonsgegevens voorkomen, maar kan niet na een beroep op het recht op vergetelheid (artikel 17 AVG) de verwijdering van reeds verzamelde persoonsgegevens worden bewerkstelligd.** Die bevinden zich namelijk – gedurende 14 dagen na contact – in de app van andere gebruikers.*

*Ook kan na de door de gebruiker ingevoerde melding over een coronabesmetting de gegevensverwerking via de backend server niet (meer) **ongedaan** worden gemaakt. Deze wordt nog minstens 24 uur na intrekking van de toestemming en/of verwijdering van de app verwerkt.*

 Brief d.d. 6 augustus 2020, kenm. z2020-11824 inzake advies op voorafgaande raadpleging COVID19 notificatie-app

50

taak van algemeen belang (e-grond)

art. 6d
Wpg

1. In het kader van de taak van Onze Minister, bedoeld in artikel 3, eerste lid en artikel 7, eerste lid, en voorts ter ondersteuning van de bron- en contactopsporing, bedoeld in artikel 6, eerste lid, onder c, ter bestrijding van de epidemie van covid-19, veroorzaakt door het virus SARS-CoV-2 kan een notificatieapplicatie worden ingezet waarmee vroegtijdig zicht kan worden verkregen op een mogelijke infectie met dat virus door bij te houden welke gebruikers in elkaars nabijheid zijn geweest en hen in voorkomende gevallen te waarschuwen over een mogelijke infectie met het virus. **Voor zover noodzakelijk kunnen Onze Minister en de gemeentelijke gezondheidsdiensten bij het beheer en de toepassing van deze notificatieapplicatie persoonsgegevens verwerken, waaronder persoonsgegevens over de gezondheid als bedoeld in artikel 9 van de Algemene verordening gegevensbescherming.**

duidelijk, nauwkeurig
en voorspelbaar

51

Dat minister Hugo de Jonge maandagavond met frisse tegenzin - in andere landen is het gebruik van een corona-app niet in een wet verankerd - toezegde dat er inderdaad een spoedwet komt, is alvast een overwinning die de privacywaakhond binnenhaalde. In die wet zal onder andere komen te staan dat het gebruik van de app tijdelijk is en door niemand verplicht kan worden, ook niet door bijvoorbeeld horeca of werkgevers.

! De door de minister geraadpleegde landsadvocaat is nogal kritisch op uw advies. Zo zou u weinig aandacht hebben voor de buitengewone omstandigheden die de app noodzakelijk maken. Wat vindt u van die kritiek?

'Die zit op de grens van het ongepaste.'

Over de ernst van corona bestaat bij ons geen enkele twijfel. Maar: juist in tijden van crises moet je kritisch blijven en helder nadenken. De Nederlandse burger moet zeker weten dat niemand bij zijn persoonlijke gegevens kan komen, ook al is de app vrijwillig.'

Uw critici zeggen dat de app door deze harde opstelling vertraging kan oplopen

'Dat is echt onzin. Die appathon met de eerste ideeën voor de app

52

'nadelige gevolgen'

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. **Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.**

54

'nadelige gevolgen'

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van de toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal; deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. **Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.**

55

nadelige gevolgen: casus

U geeft een supermarkt toestemming (in de zin van art. 11.7, eerste lid, Tw) om u wekelijks een nieuwsbrief met interessante aanbiedingen en gepersonaliseerde kortingen toe te sturen.

U trekt uw toestemming in. U ontvangt de nieuwsbrief niet meer en u kunt geen gebruik meer maken van de gepersonaliseerde kortingen.

*Hoe verhoudt zich dit tot het in de slotzin van overweging 42 van de Preambule van de AVG neergelegde uitgangspunt dat **toestemming niet geacht wordt in vrijheid te zijn gegeven, als de toestemming niet kan worden ingetrokken zonder nadelige gevolgen...?***



56

wat moeten we met toestemming?

57



58

van toestemming naar overeenkomst

van A naar Beter



59

noyb

van belang voor de collectieve acties tegen Facebook, Oracle & Salesforce, TikTok etc.

kan Facebook van toestemming overstappen naar uitvoering overeenkomst..? en leidt dat dan tot minder bescherming..?

BREAKING: Austrian OGH asks CJEU if Facebook undermines the GDPR since 2018
Jul 19, 2021

Core Question: "consent" or "contract"? The Austrian Supreme Court has doubts about the legal basis Facebook uses for almost all processing of user data. The GDPR lists six options to legally process personal data, among which are "consent" and "contract". You can only rely on "contract" if the processing is necessary for the performance of the contract.

Prior to the GDPR, Facebook claimed that users "consented" to their processing of personalized advertising. However, the GDPR raised the requirements for consent to be valid and also gave users the right to withdraw their consent at any time.

So, on 25 May 2018, when the GDPR became applicable, Facebook no longer claimed to rely on consent. Instead, Facebook said the consent clauses must be seen as a "contract" where users "ordered" personalized advertising. In Facebook's view, this bypass allows them to strip users of all rights linked to consent under the GDPR. The requirements of a "freely given" or "informed" consent would not apply anymore if it is interpreted as a "contract".

Max Schrems, Chair of noyb.eu: "Facebook tries to strip users of many GDPR rights by simply 'reinterpreting' consent to be a civil law contract. This was nothing but a cheap attempt to bypass the GDPR."

OGH: Facebook might illegally "undermine" the GDPR. The Austrian Supreme Court seems to share these concerns. In its reference to the CJEU, the Austrian Supreme Court summarizes its doubts if Facebook can simply switch Article 6(1)(a) and (b) GDPR at para 54 of the reference:

"A core question of the present proceedings is whether the declaration of intent to process can be shifted by the defendant under the legal concept according to Art 6(1)(b) GDPR in order to thereby 'undermine' the significantly higher protection that the legal basis 'consent' offers to the plaintiff."

BREAKING: Austrian Supreme Court asks CJEU if Facebook "undermines" the GDPR by confusing 'consent' with a 'contract'.

In a long-standing civil case between Max Schrems and Facebook, the Austrian Supreme Court (Oberster Gerichtshof, OGH) has accepted Mr Schrems' request to refer a number of questions to the Court of Justice of the European Union (CJEU), the highest court in the EU. The four questions raise fundamental doubts over the legality of Facebook's data use of all EU citizens.

In parallel, the Austrian Supreme Court has also ruled that Mr Schrems will receive € 500 in symbolic damages because Facebook did not give full access to its data.

60

wat vindt u?

kan Facebook «toestemming van de betrokkene» vervangen door «uitvoering van overeenkomst»..?

ja, want

neen, want ...

en zo ja, impliceert dat minder bescherming?

ja, want

neen, want ...

wordt vervolgd...

61

B. de taak van algemeen belang of de uitoefening van openbaar gezag

62



63

Rechtbank A'dam 11 juni 2020,
ECLI:NL:RBAMS:2020:2917

4.9.[...] De UvA heeft zich in eerste instantie beroepen op artikel 6 lid 1 sub f AVG, maar heeft ter zitting gesteld dat hoe dan ook sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 6 lid 1 AVG, nu vast staat dat de UvA gegevens mag verwerken in het kader van examens, op grond van het bepaalde sub e of sub f. Niet in geschil is dat de UvA een overheidsinstantie is, zodat zij zich, gezien de tekst van de AVG niet kan beroepen op de f-grond van artikel 6 lid 1 AVG.

De achtergrond daarvan is dat een overheidsinstantie niet een nieuwe publieke taak mag creëren op grond van 'gerechtvaardigde belangen', omdat die taak wettelijk geregeld moet zijn. Artikel 6 lid 1 sub e AVG geeft een grondslag indien de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen. Daarvan is sprake wanneer een overheidsinstantie aan bij wet geregelde taak uitvoeren (een zogenoemde publieke taak). Het is hiervoor niet noodzakelijk dat de publieke taak of de gegevensverwerking uitputtend is geregeld in een wet in formele zin, voldoende is dat de hoofdlijnen kenbaar zijn in de wet.

beetje kort door de bocht, omdat overheden wel gebruik kunnen maken van de f-grond voor zover de verwerking niet plaatsvindt ter vervulling van een taak van algemeen belang...



64

Rechtbank A'dam 11 juni 2020,
ECLI:NL:RBAMS:2020:2917

4.11 Vaststaat [...] studenten gedurende het gehele tentamen onder toezicht van een surveillant dienen te staan. De vraag is hoe dat vormgegeven kan worden als studenten thuis online tentamens maken en of het gebruik van online proctoring daarbij noodzakelijk is. Hoewel het om een kleine minderheid van de studenten zal gaan, is fraude bij tentamens van alle tijden. [...] Dat er maatregelen nodig zijn bij een tentamen dat studenten vanuit huis op hun eigen computer maken is dan ook evident. De kwaliteit van het onderwijs en de waarde van het diploma dienen immers gewaarborgd te worden.

Door eisers zijn alternatieven voorgesteld, waaronder het afleggen van een belofte vóór het afgaan aan tentamens. Dit laatste kan niet als serieus alternatief worden beschouwd. Studenten zijn op grond van de geldende examenreglementen reeds gehouden om niet te frauderen, maar desondanks komt fraude voor.

Uit door de UvA overgelegde stukken blijkt dat bijvoorbeeld antwoorden worden opgezocht in online leeromgevingen, antwoorden worden gedeeld in WhatsApp-groepen, en dat er studenten zijn die gezamenlijk in één ruimte tentamens maken of hun tentamen door een ander laten maken.

noodzakelijkheid

subsidiariteit



65

taak van algemeen belang (of: publiekrechtelijke taak)

Art. 6.1 AVG

De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

[...]

e) de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen

Art. 8 Wbp

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

[...]

e) de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt

66

taak van algemeen belang (of: publiekrechtelijke taak)

Art. 6.1 AVG

De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

[...]

e) de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen

Art. 8 Wbp resp. 7.1 RI. 95/46

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

[...]

e) de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan **dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt**

Anders dan [...] Richtlijn 95/46/EG94 biedt de [...] AVG geen grondslag voor een derde om gegevens te verstrekken aan een bestuursorgaan voor de uitoefening van een publieke taak. Onder de werking van laatstgenoemde bepaling mag een verwerkingsverantwoordelijke (zijnde een bestuursorgaan) alleen gegevens verwerken die voor zijn eigen publieke taak nodig zijn. [...]

Overweging 47 bij de AVG motiveert die uitsluiting met de opmerking dat het aan de wetgever is om de rechtsgrond voor persoonsgegevensverwerking door overheidsinstanties te creëren. Kst II 2017/18, 34851, nr. 4, p. 38

d.w.z. legaliteits- of wetmatigheidsbeginsel

67

legaliteits- c.q. wetmatigheidsbeginsel

Kst II 2017/18

“De publieke taak en de gegevensverwerking moeten hun grondslag vinden in het in Nederland geldende recht. Dit hoeft echter niet uitputtend te zijn geregeld, en de publieke taak behoeft ook niet altijd in een wet in formele zin te zijn vastgelegd. Deze lezing strookt ook met het uitgangspunt van het EVRM inzake beperking van grondrechten, waarbij de beperking van het privéleven op grond van artikel 8, tweede lid, voorzienbaar moet zijn bij wet. Het begrip «voorzienbaar bij wet» wordt hierbij opgevat als een materieel wetsbegrip, dat niet beperkt is tot wetten in formele zin.

Het vorenstaande betekent niet dat met de wettelijke grondslag voor een publieke taak of verplichting steeds ook de wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking gegeven is. Uit de eis dat een inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven als bedoeld in artikel 8 van het EVRM moet zijn voorzien bij wet («in accordance with the law») vloeit voort dat die inmenging moet berusten op een naar behoren bekendgemaakt wettelijk voorschrift waaruit de burger met voldoende precisie kan opmaken welke op zijn privéleven betrekking hebbende gegevens met het oog op de vervulling van een bepaalde overheidstaak kunnen worden verzameld en vastgelegd, en onder welke voorwaarden die gegevens met dat doel kunnen worden bewerkt, bewaard en gebruikt. Vereist is dus een voldoende precieze wettelijke grondslag. Dat betekent dat bijvoorbeeld de algemene taakstelling van een overheidsdienst niet in alle gevallen kan dienen als rechtsgrond voor gegevensverwerking.

68

legaliteits- c.q. wetmatigheidsbeginsel

“De publieke taak en de gegevensverwerking moeten hun grondslag vinden in het in Nederland geldende recht. Dit hoeft echter niet uitputtend te zijn geregeld, en de publieke taak behoeft ook niet altijd in een wet in formele zin te zijn vastgelegd. Deze lezing strookt ook met het uitgangspunt van het EVRM inzake beperking van grondrechten, waarbij de beperking van het privéleven op grond van artikel 8, tweede lid, voorzienbaar moet zijn bij wet. Het begrip «voorzienbaar bij wet» wordt hierbij opgevat als een materieel wetsbegrip, dat niet beperkt is tot wetten in formele zin.

Het vorenstaande betekent niet dat met de wettelijke grondslag voor een publieke taak of verplichting steeds ook de wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking gegeven is. Uit de eis dat een inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven als bedoeld in artikel 8 van het EVRM moet zijn voorzien bij wet («in accordance with the law») vloeit voort dat die inmenging moet berusten op een naar behoren bekendgemaakt wettelijk voorschrift waaruit de burger met voldoende precisie kan opmaken welke op zijn privéleven betrekking hebbende gegevens met het oog op de vervulling van een bepaalde overheidstaak kunnen worden verzameld en vastgelegd, en onder welke voorwaarden die gegevens met dat doel kunnen worden bewerkt, bewaard en gebruikt. Vereist is dus een voldoende precieze wettelijke grondslag. Dat betekent dat bijvoorbeeld de algemene taakstelling van een overheidsdienst niet in alle gevallen kan dienen als rechtsgrond voor gegevensverwerking.

69

legaliteits- c.q. wetmatigheidsbeginsel

“De publieke taak en de gegevensverwerking moeten hun grondslag vinden in het in Nederland geldende recht. Dit hoeft echter niet uitputtend te zijn geregeld, en de publieke taak behoeft ook niet altijd in een wet in formele zin te zijn vastgelegd. Deze lezing strookt ook met het uitgangspunt van het EVRM inzake beperking van grondrechten, waarbij de beperking van het privéleven op grond van artikel 8, tweede lid, voorzienbaar moet zijn bij wet. Het begrip «voorzienbaar bij wet» wordt hierbij opgevat als een materieel wetsbegrip, dat niet beperkt is tot wetten in formele zin.

Zie bijv. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (ANPR)

Het vorenstaande betekent niet dat met de wettelijke grondslag voor een publieke taak of verplichting steeds ook de wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking gegeven is. Uit de eis dat een inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven als bedoeld in artikel 8 van het EVRM moet zijn voorzien bij wet («in accordance with the law») vloeit voort dat die inmenging moet berusten op een naar behoren bekendgemaakt wettelijk voorschrift waaruit de burger met voldoende precisie kan opmaken welke op zijn privéleven betrekking hebbende gegevens met het oog op de vervulling van een bepaalde overheidstaak kunnen worden verzameld en vastgelegd, en onder welke voorwaarden die gegevens met dat doel kunnen worden bewerkt, bewaard en gebruikt. Vereist is dus een voldoende precieze wettelijke grondslag. Dat betekent dat bijvoorbeeld de algemene taakstelling van een overheidsdienst niet in alle gevallen kan dienen als rechtsgrond voor gegevensverwerking.

70

geen gerechtvaardigd belang

De eerste alinea, punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken.

71

geen gerechtvaardigd belang

Art. 6 AVG

1. De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan

[..]

f) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen [..]

De eerste alinea, punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken.

72

geen gerechtvaardigd belang

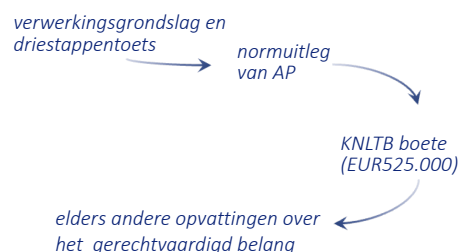
De eerste alinea, punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken

73

toestemming wél of niet uitgesloten?

Wij plaatsen een kanttekening bij de opmerking van de Afdeling advisering dat gegevensverwerking door de overheid uitsluitend kan worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, onderdelen c en e, AVG. Uiteraard zijn dit voor de overheid de meest voor de hand liggende rechtsgronden, maar de AVG sluit met betrekking tot de overheid uitsluitend het gerechtvaardigd belang (artikel 6, eerste lid, onderdeel f) uit. Het is dan ook niet bij voorbaat ondenkbaar dat onder omstandigheden, bij wijze van uitzondering en bij het ontbreken van een andere rechtsgrondslag, een gegevensverwerking door een overheidsinstantie plaatsvindt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene. Kst. II 2017/18, 34851, nr. 4, p. 35

74



C. misverstanden over het gerechtvaardigd belang

75

76

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 wezen politieke debat. Vijf denken van niet.

77

gerechtvaardigd belang...

Artikel 6.1 AVG

De verwerking is rechtmatig indien en voor zover [..]

(f) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.



78



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

nieuw: een positieve toets(!)

[V]oorwaarde 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: uit de wet of rechtsbeginsel moet blijken dat het belang gerechtvaardigd is

en dus geen negatieve toets, waarbij het belang gerechtvaardigd is, tenzij het bij wet of rechtsbeginsel is verboden

AP, Normuitleg 'gerechtvaardigd belang' 1 november 2019



80

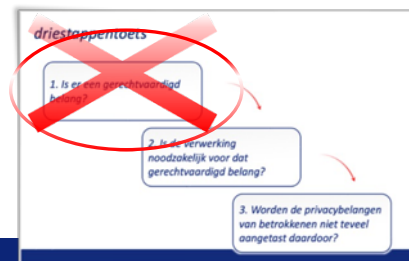


AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

wat géén gerechtvaardigd belang kan zijn, volgens de toezichthouder...

‘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.**’

AP, Normuitleg ‘gerechtvaardigd belang’ 1 november 2019



81

wat vinden anderen..?

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

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.

Kst II 2997/98, 25892, nr. 3, p. 86

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.

AP Onderzoeksrapport Bluetrace 1 september 2016

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 commercieel belang zijn van de winkeliers en Bluetrace

overweging 47 Preambule AVG

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

Irish Data Protection Commissioner

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.

82



83

II

VoetbalTV

Opinion 06/2014 on legitimate interests, april 2014

Rigas, Volker und Markus Schecke en Eifert, en Ryneš, Promusicae

AG Bobek in FashionID

Rb Mid.NLD 23 november 2021, 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 uit de verwerker geen belang mag nastreven dat in strijd is met de wet.

84

Ij

VoetbalTV

ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2173

8. Met de rechtbank wordt geoordeeld dat in dit geval, gelet op de door VoetbalTV genoemde andere belangen, die niet van commerciële aard zijn, geen sprake is van een louter commercieel belang. De vraag of een uitsluitend commercieel belang op zichzelf een gerechtvaardigd belang in de zin van artikel 6, eerste lid, aanhef en onder f, van de AVG kan zijn, hoeft daarom niet te worden beantwoord.



Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. bevestigt de aangevallen uitspraak;

II. veroordeelt de Autoriteit Persoonsgegevens tot vergoeding van bij VoetbalTV B.V. in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten ...

85

Ij

KNLTB

Rb A'dam 22 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5565

6. De rechtbank vindt zich daarom genoodzaakt om de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen:

- Hoe dient de rechtbank de term 'gerechtvaardigd belang' uit te leggen?
- Dient die term te worden uitgelegd zoals verweerder dat uitlegt? Zijn dat uitsluitend tot de wet behorende, wet zijnd, in een wet vastgestelde belangen? Of;
- Kan elk belang een gerechtvaardigd belang zijn, mits dat belang niet in strijd is met de wet? Meer specifiek gesteld: is een zuiver commercieel belang en het belang zoals hier aan orde, het verstrekken van persoonsgegevens tegen betaling zonder toestemming van de betreffende persoon, onder omstandigheden aan te merken als een gerechtvaardigd belang? Zo ja, welke omstandigheden bepalen of een zuiver commercieel belang een gerechtvaardigd belang is?

positieve toets

negatieve toets

86

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 legitieme 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)

nog steeds een
positieve toets..!?

87

toetsvraag 1

In zijn conclusie van 21 maart 2019 in zaak C-673/17 (Planet 49) zijn de overwegingen uit de Preambule van de AVG **descriptief en niet prescriptief** van aard

- A. Dit is juist
- B. Dit is onjuist

88

toetsvraag 2

Een universiteit verwerkt in het kader van het afnemen van examens persoonsgegevens van studenten. Deze verwerking kan worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, onderdeel e, AVG

- A. *Dit is juist*
- B. *Dit is onjuist*

89

toetsvraag 3

De overheid kan nooit gebruik maken van toestemming als verwerkingsgrondslag

- A. *Dit is juist*
- B. *Dit is onjuist*

90

toetsvraag 4

*Volgens AG Bobek is het begrip
gerechtvaardigd belang tamelijk flexibel en
open van aard. Mits op zichzelf wettig is geen
type van belang per se uitgesloten*

- A. Dit is juist
- B. Dit is onjuist

91

*vragen?
g.j.zwenne@law.leidenuniv.nl*

92