

AP moet haar uitleg van begrippen en regels uit de AVG consulteren

Gerrit-Jan Zwenne & Irvette Tempelman¹

De Autoriteit Persoonsgegevens (afgekort AP) hield lang vol dat commerciële belangen nooit gerechtvaardigde belangen konden zijn in de zin van de AVG en handhaafde deze zienswijze met forse boetes. Dit terwijl uit diverse arresten van het Hof van Justitie EU en andere relevante rechtsbronnen al duidelijk was dat dit geen houdbare opvatting was. In antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam bevestigde het Hof van Justitie EU dat uiteindelijk nogmaals. Aanbevolen wordt dat de AP bij vaststelling van haar normuitleg te rade moet gaan bij overwegingen uit een vooraf te houden internetconsultatie.

Het is niet onopgemerkt gebleven. Op 4 oktober 2024 kwam het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) met het langverwachte arrest in de zogenoemde *KNLTB*-zaak.² Daarin geeft het Hof antwoord op de vraag of commerciële belangen kunnen worden opgevat als gerechtvaardigde belangen als bedoeld in artikel 6 lid 1 onderdeel f Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Zoals bekend vond de Autoriteit persoonsgegevens (AP)³ van niet.⁴ Op basis van haar normuitleg legde de toezichthouder, zo blijkt uit openbare bronnen, forse boetes op aan ten minste twee marktpartijen, VoetbalTV en de KNLTB, alsmede naar verluidt aan nog een kleine handvol anderen. Die partijen waren genoodzaakt daartegen te procederen. In het kader van de procedure van de KNLTB zag de bestuursrechter van de Rechtbank Amsterdam aanleiding om prejudiciële vragen over commerciële belangen voor te leggen aan het Hof.

In zijn beantwoording bevestigt het Hof dat commerciële belangen wel degelijk gerechtvaardigd kunnen zijn. Heel verrassend was dat niet, althans niet voor wie bekend is met de rechtspraak van het Hof en andere relevante rechtsbronnen. Immers het Hof had dat al verschillende keren impliciet en expliciet uitgemaakt, onder andere in de arresten *Satamedia*, *Google Spain* en recent nog in *Meta/Bundeskartellamt*.⁵ We konden dat verder opmaken uit de

Het Hof heeft aan de verwijzende rechter nog gevraagd of het deze prejudiciële vragen, gelet op *Meta/Bundeskartellamt*, wilde handhaven

Auteurs

1. Prof. mr. G.-J. Zwenne is hoogleraar recht en de informatiemaatschappij in Leiden respectievelijk hoogleraar gegevensbeschermingsrecht in de Nederlandse rechtspraak aan de Open Universiteit, en daarbij advocaat in Den Haag in welke hoedanigheid hij verschillende partijen bijstaat in procedures tegen AP. Mr. I. Tempelman is Deputy Director Privacy bij VNO-NCW. Deze bijdrage is op persoonlijke titel en gebaseerd

op de position papers die de auteurs schreven ten behoeve van het rondetafelgesprek over de Verzamelwet gegevensbescherming, dat op 4 december 2024 plaatsvond op initiatief van de Vaste commissie Digitale Zaken van de Tweede Kamer.

Noten

2. HvJ EU 4 oktober 2024, C-621/22, ECLI:EU:C:2024:858 (*KNLTB*), daarover o.a. 'Commerciële doorverkoop gegevens mag

onder AVG, zegt Europees Hof', *NRC*, 8 oktober 2024; 'Autoriteit Persoonsgegevens teruggefloten om verkoop klantgegevens', *Trouw*, 8 oktober 2024.

3. Voor de aanduiding van de toezichthouder sluiten wij aan bij de spellingswijze waarvan gebruik wordt gemaakt in de Uitvoeringswet AVG (*Stb.* 2018, 44). Dit impliceert dat we de toezichthouder aanduiden met een hoofdletter en een kleine letter: Autoriteit persoonsgegevens, afgekort AP.

4. AP Normuitleg grondslag 'gerechtvaardigd belang', ongedateerd, bekendgemaakt op autoriteitpersoonsgegevens.nl begin november 2019.

5. HvJ EU 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satamedia*); HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain*); HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta/Bundeskartellamt*).

conclusie van de advocaat-generaal bij *FashionID*,⁶ terwijl ook de richtsnoeren daarover van de Werkgroep Artikel 29, waarvan de AP nota bene deel uitmaakte, volstrekt duidelijk waren wat dit betreft.⁷ En, niet in de laatste plaats, ook verschillende nationale rechters, waaronder de Rechtbank Amsterdam, oordeelden in die zin.⁸

Uit het *KNLTB*-arrest blijkt dat het Hof aan de verwijzende rechter nog heeft gevraagd of het deze prejudiciële vragen, gelet op *Meta/Bundeskartellamt*, wilde handhaven. Echter, om redenen die niet uit het arrest blijken, heeft de rechtbank de gestelde vragen gehandhaafd. Volgens het Hof die vragen toch maar beantwoord. En, overeenkomstig voornoemde rechtspraak, oordeelde het Hof wat iedereen, behalve misschien de AP, allang wist, namelijk dat commerciële belangen wel degelijk gerechtvaardigde belangen kunnen zijn.

Verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen hebben zo vijf jaar rekening moeten houden met een normuitleg waarvan allang duidelijk was dat die onhoudbaar is

Eind goed al goed. Of misschien toch niet. We zouden kunnen zeggen dat het systeem heeft gewerkt. Een eigenwijze toezichthouder komt weliswaar met een onhoudbare uitleg van een belangrijk begrip uit de verordening, maar wordt na een procedure gecorrigeerd door de rechter. Maar dat is ons te gemakkelijk. We kunnen, terugkijkend op deze zaak, wel zeggen dat er veel is misgegaan. En dan bedoelen wij niet dat er nogal onnodig prejudiciële vragen zijn gesteld, maar vooral dat iedereen, verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen, zo een vijf jaar rekening hebben moeten houden met een normuitleg waarvan allang duidelijk was, althans duidelijk had moeten zijn, dat die onhoudbaar is. We kunnen dan, menen wij, spreken van een bedrijfsongeval. En, zoals dat gaat, inmiddels is duidelijk dat dat aanleiding gaat zijn tot schadevergoedingsacties, in elk geval van degenen aan wie boetes zijn opgelegd maar mogelijk ook nog van allerlei anderen die allerlei activiteiten niet hebben kunnen ondernemen in de wetenschap dat de toezichthouder, zolang de hoogste rechter daarover niet had geoordeeld, tegen beter weten in hard bleef handhaven.⁹

Was dit bedrijfsongeval te voorkomen geweest? In alle eerlijkheid, wij weten het niet. Wél denken wij dat we met enkele betrekkelijk eenvoudige maatregelen het risico op dit soort bedrijfsongevallen in belangrijke mate kunnen beperken. We doen een voorstel voor één zo een maatregel. Voor de hand ligt om in de Uitvoeringswet AVG ('UAVG') op te nemen dat de toezichthouder, voorafgaand aan het hanteren van zo een verstrekkende en controver- siele normuitleg, eerst een concept daarvan consulteert

via internetconsultatie.nl of desnoods op de eigen website. Voor de hand ligt ook te verlangen dat de toezichthouder bij de onderbouwing van de definitieve normuitleg ingaat op hetgeen in de consultatie naar voren is gebracht. We kunnen dit zien als een *best practise*. Of, in goed Nederlands, als behoorlijk bestuur.

Ons voorstel

Een nieuw lid 6 toevoegen aan artikel 15 UAVG

6. Ter bevordering van de doeltreffende en voorspelbare uitvoering van de verordening maakt de Autoriteit persoonsgegevens in beleidsregels haar opvattingen over de uitleg van begrippen en regels uit de verordening bekend. Voorafgaand aan de bekendmaking van deze beleidsregels worden belangstellenden in staat gesteld om via een internetconsultatie daarover hun zienswijze te geven. In de onderbouwing van de beleidsregels gaat de Autoriteit persoonsgegevens in op hetgeen in de consultatie naar voren is gebracht.

Is dit nou echt nodig? Wij vinden van wel. Al was het maar omdat dit bedrijfsongeval niet op zichzelf staat. In het gegevensbeschermingsrecht is sprake van vele open begrippen en vage normen die nog maar mondjesmaat in de rechtspraak worden opgehelderd. Het is dan ook begrijpelijk dat de toezichthouder regelmatig keuzes maakt voor een bepaalde uitleg van die begrippen en normen. Waar het om gaat is dat die keuzes worden uitgelegd en op overtuigende wijze worden gemotiveerd. In de *KNLTB*-zaak, maar ook in andere gevallen, zien we dat de keuzes van AP niet altijd begrijpelijk zijn en dat voor de motivering daarvan nog al eens wordt volstaan met WC-eendargumentatie.¹⁰ We zagen dat bij de uitleg van het gerechtvaardigd belang, maar we zien dat ook waar het gaat om onderwerpen uiteenlopend van *scraping*¹¹ en cookiemuren¹² tot de reikwijdte van de Wwft-klantidentificatieplicht.¹³ Het zou voor deze, en andere voorbeelden, goed zijn als we daarover een serieus en goed geïnformeerd gesprek kunnen voeren vóórdát we in kostbare en langlopende juridische procedures belanden.

Maar, zo hoorden we in reactie¹⁴ op ons voorstel, is het niet problematisch dat zo een internetconsultatie de toezichthouder, die toch al zo een groot capaciteitsprobleem heeft, niet heel veel tijd gaat kosten? Juist niet, zouden wij in antwoord daarop zeggen. De *KNLTB*-zaak heeft duidelijk gemaakt dat wat veel tijd en geld heeft gekost – niet alleen van de toezichthouder maar ook van degenen aan wie boetes zijn opgelegd – vooral de procedures zijn geweest die het gevolg zijn van handhavingsbesluiten gebaseerd op onhoudbare beleidsopvattingen. Een consultatie vooraf is altijd beter. En dat niet alleen omdat zo een consultatie bijdraagt aan de overtuigingskracht en het gezag van de toezichthouder, maar ook omdat daarmee een lange periode van rechtsonzekerheid wordt voorkomen. Het is te verwachten dat ons voorstel gaat leiden tot een betere, effectievere en efficiëntere inzet van de beperkte toezichtscapaciteit. Het is niet alleen daarom dat de privacytoezichthouders in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk veel werk maken van marktconsultaties en actief de dialoog aangaan met alle relevante

Anders dan wel door de toezichthouder wordt betoogd, betekent onafhankelijk toezicht níet dat er daarover geen publieke verantwoording behoeft te worden afgelegd

belangengroepen, waaronder degenen op wie en voor wie zij toezicht houden, omdat men alleen zo tot goed geïnformeerde oordelen kan komen.

6. Conclusie A-G Bobek van 19 december 2018, C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039 (*FashionID*), nr. 122.

7. WP29 Advies 06/2014 over het begrip 'gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke' in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, (WP217), vastgesteld op 9 april 2014, p. 30. Zie ook de brief van Emmanuel Crabit (EC) aan Aleid Wolfsen (voorzitter AP) d.d. 6 maart 2020, Ref. Ares(2020)1417369-06/03/2020, te vinden via static.nrc.nl/2022/pdf/letter-dutch-dpa-legitimate-interest.pdf (laatst geraadpleegd op 12 december 2024) en daarover: 'Brussel vindt Nederlandse privacywaakhond te strikt', *NRC* 3 juli 2022.

8. Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111; Rb. Amsterdam 15 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1407, r.o. 12.68.

9. 'Beleid privacywaakhond onder vuur, beboete partijen in verzet', *Het Financieele Dagblad* 10 november 2024

10. WC-eend is een toiletreinigingsproduct dat in 1982 op de Nederlandse markt werd gebracht en werd aanbevolen met de slagzin 'Wij van WC-eend adviseren WC-eend'. De slagzin verwierf grote populariteit en ging na de reclamecampagne een eigen leven leiden als uitdrukking die gebruikt wordt wanneer deskundigen advies geven dat hun eigen belang dient. Aldus Wikipedia's lemma daarover.

11. 'Scraping bijna altijd illegaal', AP-persbericht 1 mei 2024; AP Handreiking Scraping door particulieren en private organisaties, versie mei 2024 te vinden op de website van de toezichthouder: autoriteit-persoonsgegevens.nl/actueel/ap-scraping-bijna-altijd-illegaal.

12. Zie daarover bijvoorbeeld Q. Kroes, 'De

Er wordt ten slotte wel gesuggereerd dat ons voorstel afdoet aan de onafhankelijkheid van de toezichthouder. Wij zien dat niet. De onafhankelijke oordeelsvorming wordt niet aangetast doordat de toezichthouder kennisneemt van de zienswijze van degenen die daarbij belang hebben. Het is en blijft aan de AP om haar toezichthoudende taken uit te oefenen op de door haar als best beoordeelde wijze. Wél mag van de AP worden verlangd dat ze uitleg geeft over de keuzes die ze daarbij maakt en dat zij daarbij ingaat op de bezwaren die daartegen mogelijk zijn. Anders dan wel door de toezichthouder wordt betoogd,¹⁵ betekent onafhankelijk toezicht níet dat er daarover geen publieke verantwoording behoeft te worden afgelegd.¹⁶ Integendeel. Juist vanwege de onafhankelijkheid is het noodzakelijk dat de besluitvorming door de toezichthouder transparant is en dat daarover zonder terughoudendheid verantwoording wordt afgelegd.¹⁷ •

botte bijl van het privacytoezicht. Over de strengere uitleg van de drie belangrijkste rechtmatigheidsgrondslagen onder de AVG', *NJB* 2021/2886, afl. 39.

13. Zie D. Mekić, 'Het opslaan van kopieën van legitimatiebewijzen, foto's en video's van cliënten: de grenzen van de Wwft-reconstructieplicht in het licht van fundamentele rechten', *P&I* 2024, afl. 1, p. 2 e.v.

14. Zie het betoog van Aleid Wolfsen, voorzitter van AP, in het antwoord op de vraag van Tweede Kamerlid Valize (PVV) in het rondetafelgesprek Verzamelenwet gegevensbescherming van 4 december 2024, tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/uitgelicht/rondetafelgesprek-over-de-verzamelenwet-gegevensbescherming.

15. A. Wolfsen, 'De Autoriteit Persoonsgegevens als algoritme-waakhond; Toezichtreflex of ...', *NJB* 2022/750, afl. 12, p. 912-922.

16. Zie daarover allereerst het essay van de voormalig voorzitter van de privacytoezichthouder en EDPs, P. Hustinx, 'Onafhankelijk toezicht en publieke verantwoording – de AP revisited', *NJB* 2023/885, afl. 13, p. 967-987; en verder: M. van Eck, 'Grensverkenningen door de Autoriteit Persoonsgegevens', *NJB* 2022/2795, afl. 39, p. 3233-3238; C. Prins, 'Rutte IV: toezichtreflex en Autoriteit Persoonsgegevens' *NJB* 2022/233, afl. 4, p. 255; C. Prins, 'Toezichthouders en publiekelijke verantwoording', *NJB* 2021/1799, afl. 25, p. 2025; alsmede C. Prins, *Naschrift NJB* 2022/750, afl. 12, p. 912 (reactie op A. Wolfsen, 'De Autoriteit Persoonsgegevens als algoritme-waakhond; Toezichtreflex of ...', *NJB* 2022/750, afl. 12, p. 912-922).

17. Art. 41 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.