

## OPINIE | Privacytoezichthouder neemt heel opmerkelijk afstand van marktwerking

Gerrit-Jan Zwenne & Rob van Eijk, Financieel dagblad 24 december 2019

De Autoriteit persoonsgegevens (AP) houdt toezicht op de naleving van de privacywetgeving, zoals de Algemene Verordening Gegevensbescherming of AVG. Deze verordening is niet altijd even duidelijk. Daarom maakt de autoriteit met enige regelmaat bekend wat haar opvattingen zijn over de begrippen en regels daaruit.

Vorige maand publiceerde de autoriteit zo'n normuitleg over de verwerkingsgrondslag van het gerechtvaardigd belang. Daarover was, en is, veel te doen. De normuitleg is eigenzinnig, om niet te zeggen controversieel. Waarover gaat het?

De privacywet AVG staat toe dat er persoonsgegevens worden verwerkt als er sprake is van een gerechtvaardigd belang, tenzij de privacybelangen van degenen op wie de gegevens betrekking hebben te veel worden aangetast. Deze zogeheten verwerkingsgrondslag vereist dus een afweging van belangen.

### Privacybelangen

Een onderneming mag persoonsgegevens bijvoorbeeld gebruiken om de eigen diensten onder de aandacht te brengen, maar moet daarbij wel voldoende rekening houden met de privacybelangen van de klanten. Ook van veel andere alledaagse verwerkingen, zoals fraudebestrijding of direct marketing, wordt aangenomen dat die kunnen worden aangemerkt als zo'n gerechtvaardigd belang.

In haar onlangs gepubliceerde norm-uitleg noemt de autoriteit nu een aantal belangen die, wat haar betreft, in elk geval niet gekwalificeerd kunnen worden als gerechtvaardigd belang. Expliciet uitgesloten zijn, zo zegt de toezichthouder, 'het dienen van zuiver commerciële belangen' en 'winstmaximalisatie'. De toezichthouder vindt dus dat een onderneming niet ten behoeve van haar commerciële belangen persoonsgegevens mag verwerken, ook niet als deze onderneming ervoor heeft zorggedragen dat de privacybelangen van haar klanten daarbij optimaal zijn gewaarborgd.

Er zijn verschillende bedenkingen tegen deze opvatting van de toezichthouder.

Allereerst gaat de normuitleg in tegen de rechtspraak van de hoogste rechters op dit gebied. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in een handjevol uitspraken bevestigd dat commerciële belangen wél worden aangemerkt als gerechtvaardigd belang. Of een onderneming dan de gegevens inderdaad mag verwerken, moet worden bepaald door de privacybelangen daartegen af te wegen. Een onderneming mag voor haar eigen commerciële

doeleinden gegevens verwerken, als de privacybelangen zijn gewaarborgd.

Ook gaat de normuitleg van de autoriteit in tegen het beleid van andere Europese privacytoezichthouders, die uitgaan van deze rechtspraak. Zo hebben onder andere de Franse en de Engelse toezichthouder kortgeleden bekend gemaakt dat ook commerciële belangen van ondernemingen wel degelijk kunnen worden opgevat als gerechtvaardigde belangen.

### 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 ten opzichte van ondernemingen in andere lidstaten. En dat zonder dat dit tot meer privacywaarborgen leidt voor Nederlandse burgers, die immers in de interne markt diensten afnemen van -ondernemingen uit alle lidstaten.

Daarbij komt dat de privacytoezichthouders in de Europese Unie begin volgend jaar bijeenkomen om met elkaar te overleggen over de verwerkingsgrondslag van het gerechtvaardigd belang. Aangenomen mag worden dat de uitkomsten van dit overleg op enig moment worden omgezet in geharmoniseerd beleid, dat met behulp van richtsnoeren wordt bekendgemaakt.

Het is nog maar de vraag of de andere toezichthouders de eigenzinnige norm-uitleg van onze Autoriteit Persoonsgegevens gaan volgen. Een andere vraag is natuurlijk waarom onze autoriteit met haar normuitleg vooruitloopt op deze besprekingen.

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. Wij denken van niet.

Gerrit-Jan Zwenne en Rob van Eijk zijn werkzaam bij eLaw, Centrum voor Recht en Digitale Technologie, Universiteit -Leiden.