

code en -regeling te actualiseren. Wij vragen ons echter af of het niet beter zou zijn als de overheid zou investeren in de kwaliteit van hun informatiehuishouding door ofwel vaker aan hun ambtenaren werktelefoons te verstrekken ofwel het gebruik van een andere werk-chat-app voor te schrijven. Door meer werktelefoons te verstrekken wordt de noodzaak om privételefoons voor werkgerelateerde zaken te gebruiken kleiner en kan dit beter en effectiever worden verboden. Daar komt bij dat het minder bezwaarlijk is om postvakken op werktelefoons wel te archiveren, nu het immers werktelefoons betreft. Daarnaast vinden wij dat de overheid zich niet te snel mag verschuilen onder de beperkte technische mogelijkheden om WhatsAppberichten te doorzoeken en archiveren. Als dat het geval is dan rust volgens ons op de overheid de verplichting om een voor ambtenaren werkbaar alternatief te ontwikkelen. Het is een feit dat ambtenaren de behoefte hebben om te chatten over werkgerelateerde zaken op hun privételefoon. Het is ook een feit dat die berichten vallen onder de reikwijdte van de Wob en Archiefwet en dus bewaard moeten worden. Volgens ons zou daarom het gebruik van een werk-chat-app voorgeschreven kunnen worden die alle daarop gewisselde berichten wel automatisch kan archiveren op de server van het bestuursorgaan. De werking is vergelijkbaar met het gebruik van je zakelijke e-mailaccount op je privételefoon: de daarop verzonden e-mails komen terecht op de e-mailserver van de overheid, maar de via je privé-e-mailadres verzonden e-mails niet. Een werk-chat-app die op vergelijkbare wijze alleen de werk-chats archiveert, kan zowel aan de behoefte om te appen als de juridische eisen voldoen. Deze praktische oplossingen (een werktelefoon of werk-chat-app) zijn volgens ons noodzakelijk, omdat de thans geformuleerde bewaarplicht (te) kwetsbaar is. Deze is immers afhankelijk van de bereidheid van de individuele ambtenaar om periodiek zijn chats te exporteren en archiveren.

A. Drahmman & M.H.A. Bakkum

Computerrecht 2021/6

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

23 november 2020, UTR 20/2315

(Mrs. J.J. Catsburg, P.J.M. Mol en M. Eversteijn)

m.nt. M. Jansen¹

(Art. 6 lid 1 sub f AVG, overweging 47 AVG, art. 85 AVG jo. art. 43 UAVG)

ECLI:NL:RBMNE:2020:5111

De rechtbank Midden-Nederland vernietigt het besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens tot het opleggen van een bestuurlijke boete van € 575.000,- aan VoetbalTV.

Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens zou VoetbalTV zonder rechtmatige grondslag video-opnames hebben gemaakt van amateurvoetbalwedstrijden. Volgens de rechtbank baseert de Autoriteit Persoonsgegevens zich op een verkeerde uitleg van het begrip gerechtvaardigd belang. Ook is het boetebesluit onzorgvuldig genomen, nu de Autoriteit Persoonsgegevens is gestopt bij de vaststelling dat VoetbalTV geen gerechtvaardigd belang zou hebben. Het beroep van VoetbalTV op de journalistieke exceptie wordt verworpen.

Uitspraak in de zaak tussen: VoetbalTV B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres en Autoriteit Persoonsgegevens, verweerder

Procesverloop

(...)

Overwegingen

Inleiding

1. (...) gelet op artikel 8:22, tweede lid van de Awb, [is] artikel 27, tweede lid, van de Faillissementswet niet van toepassing. Het beroep van eiseres kan dus ondanks haar faillissement door de rechtbank worden behandeld. (...)

3. VoetbalTV is een videoplatform voor het amateurvoetbal. Eiseres maakt in opdracht van voetbalclubs videoregistraties van wedstrijden in het amateurvoetbal. (...) Op het VoetbalTV-platform kan men voetbalmomenten terugkijken, wedstrijden analyseren, gegevens verzamelen en delen met anderen. Een eigen redactie van eiseres verzamelt verder 'highlights' zoals doelpunten en kansen en vertoont deze. Bovendien kunnen trainers/analisten gebruik maken van een analysetool.

4. Verweerder heeft onderzoek gedaan naar de privacy van spelers en toeschouwers. Dit onderzoek heeft geleid tot een concept onderzoeksrapport van 15 mei 2019 en, nadat eiseres een zienswijze heeft ingediend, tot een definitief onderzoeksrapport van 6 november 2019, waarin verweerder concludeert dat eiseres onrechtmatig persoonsgegevens verwerkt. Verweerder heeft op 22 november 2019 het voornemen uitgebracht om tot handhaving over te gaan. Omdat een besluit tot handhaving uitbleef, heeft eiseres op 20 mei 2020 beroep tegen het niet-tijdig beslissen ingesteld. Verweerder heeft vervolgens op 16 juli 2020 het bestreden besluit genomen.

Over het beroep tegen het niet-tijdig beslissen

5. Het door eiseres ingestelde beroep tegen het niet-tijdig beslissen heeft van rechtswege mede betrekking op het bestreden besluit. Eiseres heeft geen belang meer bij een beoordeling van haar beroep tegen het niet-tijdig beslissen, omdat er inmiddels een besluit is genomen. Daarom verklaart de rechtbank het beroep tegen het niet-tijdig beslissen niet-ontvankelijk.

¹ Mr. drs. Mark Jansen is advocaat bij Dirkszager legal & tax.

Over het bestreden besluit

6. Verweerder heeft eiseres een boete opgelegd ter hoogte van € 575.000,-, omdat zij onrechtmatig persoonsgegevens heeft verwerkt. Verweerder verwijt eiseres dat zij zonder rechtmatige grondslag video-opnamen heeft gemaakt van een groot aantal amateurvoetbalwedstrijden en deze beelden verder heeft verspreid onder een groot publiek via de VoetbalTV-app en via de analysetools. Daarmee heeft zij in strijd gehandeld met artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a, in samenhang met artikel 6, eerste lid, van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). (...)

Journalistieke exceptie

7. Eiseres (...) betoogt ten eerste dat verweerder geheel (of gedeeltelijk) onbevoegd is om een boete op te leggen voor de verwerking van de persoonsgegevens, omdat de journalistieke exceptie (...) op de gegevensverwerking van toepassing is. (...) Eiseres zal eerst video-opnamen van amateurvoetbalwedstrijden moeten maken, voordat zij beelden met nieuwswaarde kan opstellen en verspreiden. Volgens eiseres kan verweerder dus niet oordelen over de gehele verwerking van de videobeelden van eiseres. Verweerder past bovendien, volgens eiseres, de journalistieke exceptie te rigide toe en hanteert daarbij een onjuiste maatstaf. (...) Volgens eiseres volgt uit Europese rechtspraak dat het bij de journalistieke exceptie moet gaan om activiteiten die de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën ten doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium. Dat is volgens haar hier het geval. Verweerder miskent de nieuwswaarde en maatschappelijke relevantie van (integrale) sportuitzendingen.

(...)

9. De journalistieke exceptie is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens die enkel (uitsluitend) plaatsvindt voor journalistieke doeleinden.² Voor de beantwoording van de vraag of de door verweerder beboete verwerking van persoonsgegevens onder de journalistieke exceptie valt, sluit de rechtbank aan bij Europese rechtspraak, zoals onder meer is neergelegd in de arresten van het HvJ inzake Satamedia³ en Buidvids⁴ en het arrest van het EHRM inzake Satamedia.⁵ Uit die arresten volgt dat de journalistieke exceptie in het belang van de vrijheid van meningsuiting ruim moet worden geïnterpreteerd. Deze exceptie geldt niet alleen voor mediaondernemingen, maar voor alle journalistieke activiteiten, als zij maar de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben. Het overdrachtsmedium is daarbij niet van belang. Het is verder aan de rechter om te beoordelen of de verwerking van persoonsgegevens uitsluitend een journalistiek doel nastreeft. Daarbij is niet relevant dat de bekendmaking aan het publiek ook een winst oogmerk heeft. Uit het arrest Satamedia van het EHRM volgt bovendien dat het feit dat er

een maatschappelijk belang bestaat bij het toestaan aan journalisten om persoonsgegevens te verzamelen en te verwerken voor een publicatie die een bijdrage levert aan een publiek debat, niet betekent dat het ongefilterd publiceren van deze verzamelde persoonsgegevens ook een maatschappelijk belang dient.⁶

10. De rechtbank is van oordeel dat het opnemen van de voetbalwedstrijden en het uitzenden daarvan aan het publiek, in dit geval niet uitsluitend een journalistiek doel dient en volgt daarmee het standpunt van verweerder. De uitzending van de amateurvoetbalwedstrijden kan namelijk niet worden aangemerkt als een bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën. De wedstrijden hebben daarvoor te weinig nieuwswaarde; het gaat om het uitzenden van amateursport en- spel. De beelden geven geen informatie over bekende personen, bijvoorbeeld bekende voetballers, en dragen ook niet bij aan enig maatschappelijk debat. Het gaat om een ongefilterd verwerken van een grote hoeveelheid door eiseres zelf verzamelde persoonsgegevens. Voor het geheel van de verwerkingen geldt niet dat zij uitsluitend een journalistiek doeleinde hebben. (...) De journalistieke exceptie geldt dus niet voor de gegevensverwerkingen waar deze procedure over gaat. Het betoog van eiseres slaagt daarom niet.

Gerechvaardigd belang

11. (...) Verweerder stelt zich op het standpunt dat een gerechvaardigd belang een belang is dat in (algemene) wetgeving of elders in het recht is benoemd als een rechtsbelang. Het moet dus gaan om een belang dat ook in rechte beschermd wordt, dat beschermingswaardig wordt geacht en dat in beginsel gerespecteerd moet worden en 'afgedwongen' kan worden. Wil een belang als gerechvaardigd belang kunnen worden aangemerkt, dan moet dit belang een min of meer dringend en specifiek karakter hebben dat uit een (geschreven of ongeschreven) rechtsregel of rechtsbeginsel voortvloeit; het moet in zekere zin onontkoombaar zijn dat deze gerechvaardigde belangen worden behartigd. Zuiver commerciële belangen en het belang van winstmaximalisatie zijn niet specifiek genoeg en missen een dringend 'wettelijk' karakter, zodat zij niet kunnen worden aangemerkt als gerechvaardigde belangen. De kern van de activiteiten van eiseres bestaat uit de verwerking van persoonsgegevens en met die verwerking verdient zij geld. Zij heeft daarmee een zuiver economisch belang bij het verwerken van persoonsgegevens. Dit kan volgens verweerder nooit een gerechvaardigd belang zijn. Als het uitvoeren van die kernactiviteit namelijk zou kunnen worden aangemerkt als een gerechvaardigd belang, betekent dit dat de daaropvolgende noodzakelijkheidstoets en belangenafweging inhoudsloos worden.

12. Eiseres betoogt dat deze uitleg van verweerder in strijd is met de uitleg van gezaghebbende Europese werkgroepen en commissies, rechtspraak, deskundigen en tot slot ook de eerdere uitleg van verweerder zelf. Volgens ei-

2 Considerans 153 bij de AVG, artikel 43 van de UAVG.

3 Arrest van het HvJ, 16 december 2008, nr. C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727.

4 Arrest van het HvJ, 14 februari 2019, nr. C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122.

5 Arrest van het EHRM, 27 juni 2017, nr. 931/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0627JUD000093113.

6 Zie r.o. 175 van het arrest.

seres moet bij de vraag of een verwerker een gerechtvaardigd belang heeft een negatieve toets worden toegepast, die inhoudt dat 'gerechtvaardigd' betekent: niet in strijd met het recht. (...)

13. De rechtbank stelt vast dat persoonsgegevens uitsluitend mogen worden verwerkt als er een grondslag voor die verwerking is. (...) De rechtbank zal dus moeten beoordelen of eiseres een gerechtvaardigd belang heeft waarvoor verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is, zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid, aanhef en onder f, van de AVG.

14. Voor een geslaagd beroep op artikel 6, eerste lid, aanhef en onder f, van de AVG, moet aan drie voorwaarden zijn voldaan. Dit volgt uit onder andere de uitspraak van het HvJ inzake Fashion ID,⁷ waarin het HvJ uitleg geeft aan artikel 7, onder f, van richtlijn 95/46,⁸ dat inhoudelijk gelijk is aan artikel 6, eerste lid, aanhef en onder f, van de AVG. De eerste voorwaarde is dat het belang dat eiseres nastreeft een gerechtvaardigd belang is. Als dat zo is, dan moet worden beoordeeld of de verwerking van de persoonsgegevens noodzakelijk is voor de behartiging van dat gerechtvaardigde belang, waarbij ook wordt getoetst aan de proportionaliteit en subsidiariteit: is de inbreuk voor de betrokkenen in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel? En kan het doel niet op een minder voor de betrokkenen nadelige wijze worden bereikt? De derde voorwaarde is dat er een afweging moet plaatsvinden tussen de belangen van de verantwoordelijke en de betrokkenen.

15. In de rechtspraak van het HvJ wordt geen duidelijke omschrijving gegeven wat een gerechtvaardigd belang precies is en de interpretatie van verweerder dat het – kort gezegd – zou moeten gaan om een rechtsbelang, heeft de rechtbank in die jurisprudentie dan ook niet als zodanig teruggevonden. Verweerder heeft ook niet naar specifieke arresten verwezen, waarin deze uitleg wordt onderschreven. In zijn conclusie bij het hiervoor aangehaalde arrest van het HvJ inzake Fashion ID, zet advocaat-generaal M. Bobek⁹ uiteen dat ook Richtlijn 95/46 geen definitie of opsomming bevat van wat het begrip 'gerechtvaardigd belang' precies inhoudt. Volgens Bobek is dit begrip tamelijk flexibel en open van aard en hij verwijst daarvoor naar zijn eigen conclusie in het arrest van het HvJ inzake Rīgas satiksme,¹⁰ (...) Mits op zichzelf wettig, bestaat er volgens Bobek geen type belang dat per se uitgesloten is. Bobek baseert deze conclusie onder andere op de opinie van de Werkgroep artikel 29 (WP29, de voorloper van de European Data Protection Board (EDPB)). In haar opinie uit 2014,¹¹ heeft de WP29 geschreven dat het gerechtvaardigd belang moet worden geïnterpreteerd als een begrip waar een scala aan verschillen-

de belangen onder kan vallen, of het nu gaat om triviale of dwingende belangen, en of deze nu evident of meer controversieel zijn, mits het een werkelijk en aanwezig (en dus niet speculatief) belang is. Niet alleen juridische, maar ook allerhande feitelijke, economische en ideële belangen kunnen dus als gerechtvaardigd belang kwalificeren.

Het HvJ heeft bij herhaling bevestigd dat het lidstaten niet vrijstaat om een beroep op het gerechtvaardigd belang voor bepaalde categorieën verwerkingen op voorhand of categorisch uit te sluiten.¹²

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 van artikel 6, eerste lid, aanhef en onder f, van de AVG 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, te weten 'legitimate interests' (Eng.), 'berechtigten Interessen' (Du.) en 'des intérêts légitimes' (Fr.). Er is daarmee een duidelijk onderscheid gemaakt met de wettelijke verplichting die is genoemd in artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, van AVG, 'legal obligation' (Eng.), 'rechtlichen Verpflichtung' (Du.) en 'une obligation légale' (Fr.). 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.

17. Wat haar gerechtvaardigd belang bij de verwerking van persoonsgegevens is, moet eiseres vervolgens zelf stellen en zij moet daar ook feitelijk naar handelen. De verwerking van persoonsgegevens mag niet in strijd zijn met de wet en ook niet buiten haar statutaire doel omgaan. Kortom: niet in strijd met het recht zijn. De manier waarop het HvJ de toelaatbaarheid van verwerking van persoonsgegevens vervolgens toetst, wijkt ook af van de toetsing van verweerder in deze zaak, wat eens te meer een aanwijzing is dat verweerder uitgaat van een te strikte benadering. Als voorbeeld wijst de rechtbank naar de uitspraak van het HvJ inzake Google Spain en Google.¹³ (...) Aldus, zo overweegt het HvJ, brengt de toepassing van dit artikel 7, sub f, noodzakelijkerwijze een afweging met zich mee van de aan de orde zijnde tegengestelde rechten en belangen, in het kader

7 Arrest van het HvJ, 29 juli 2019, nr. C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629.

8 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

9 Conclusie A-G HvJ, 19 december 2018, nr. C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039.

10 Conclusie A-G HvJ, 27 januari 2017, nr. C-13/16, ECLI:EU:C:2017:43.

11 Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, Article 29 Data Protection Working Party, 9 april 2-14, p. 24.

12 Zie bijvoorbeeld het arrest van het HvJ, inzake ASNEF, 24 november 2011, nrs. C-468/10 en C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777, para. 48 en het arrest inzake M5A-ScaraA, 11 december 2019, nr. C-708/18, ECLI:EU:C:2019:1064, punt 53.

13 Arrest van het HvJ, 13 mei 2014, nr. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, punt 73 e.v.

waarvan rekening moet worden gehouden met het belang van de uit de artikelen 7 en 8 van het Handvest voortvloeiende rechten van de betrokkene.

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. Verweerdere 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 zinnelijk zijn, als wordt aangenomen dat het belang dat eiseres nastreeft een gerechtvaardigd belang is. (...)

19. Verweerder stelt zich op het standpunt dat het belang dat eiseres nastreeft met het verwerken van persoonsgegevens een louter commercieel belang is, waarbij zij persoonsgegevens van anderen, waaronder veel minderjarigen, te gelde maakt. Dit is echter niet het belang dat eiseres zelf stelt na te streven met VoetbalTV. Zij stelt dat haar gerechtvaardigd belang bij het uitzenden van de beelden is gelegen in a. de vergroting van de betrokkenheid en het spelplezier van voetballiefhebbers (...).

20. (...) De rechtbank ziet geen aanknopingspunten voor de conclusie van verweerder dat zijn duiding van het belang van eiseres leidend zou moeten zijn. Verweerder zal met in achtneming van overweging 47 van de AVG, aan de hand van de door eiseres gestelde doelen, moeten beoordelen of het noodzakelijk is om daarvoor persoonsgegevens te verwerken. Het is aan eiseres om daarbij een toelichting te geven op de mate waarin zij gegevens verzamelt en verwerkt, hoe zij één en ander juridisch heeft geregeld en hoe zij ervoor zorgt dat er een passende verhouding is tussen de inbreuk op de privacy van de betrokkenen en het belang dat zij nastreeft (proportionaliteit en subsidiariteit). Vervolgens zal verweerder de gestelde belangen moeten afwegen tegen de schending van privacy van betrokkenen, waaronder in dit geval minderjarige kinderen. Het gaat er daarbij om dat verweerder bekijkt wat eiseres feitelijk doet, beziet of de doelen overeenkomen met haar statuten en ook werkelijk worden behartigd door de verwerking van de persoonsgegevens. Als verweerder uitgaat van de door eiseres gestelde belangen, kan hij dus – anders dan hij aanneemt – wel een noodzakelijkheidstoets en belangenafweging verrichten.

21. Samengevat komt de rechtbank tot de conclusie dat de toetsing van verweerder in dit geval uitgaat van een verkeerde interpretatie van het begrip 'gerechtvaardigd be-

lang' en daarom in strijd is met artikel 6, eerste lid, aanhef en onder f, van de AVG. Verweerder heeft in het bestreden besluit subsidiair ook een noodzakelijkheidstoets en belangenafweging uitgevoerd en stelt zich op het standpunt dat die beoordeling er ook toe leidt dat de gegevens onrechtmatig zijn verwerkt en dat de boete dus terecht is opgelegd.

22. De rechtbank stelt echter vast dat het (...) onderzoeksrapport (...) niet gaat over de vraag of het noodzakelijk is dat eiseres de persoonsgegevens voor de door haar gestelde doelen verwerkt. Proportionaliteit en subsidiariteit hebben geen deel uitgemaakt van die beoordeling. Evenmin heeft verweerder in die fase van het onderzoek een belangenafweging gemaakt. Omdat verweerder dus de verwerking van persoonsgegevens niet volledig heeft onderzocht en gestopt is bij de vaststelling dat eiseres geen gerechtvaardigd belang heeft, is het besluit voor het overige niet voldoende zorgvuldig genomen en is daarmee in strijd met artikel 3:2 van de Awb. De boeteoplegging kan daarom niet in stand blijven.

23. Het beroep is gegrond en de rechtbank vernietigt het bestreden besluit van 16 juli 2020. De rechtbank ziet met toepassing van artikel 8:72a van de Awb aanleiding zelf in de zaak te voorzien, in die zin dat zij geen ander besluit neemt in de plaats van het vernietigde besluit. Daarmee is de boete dus in zijn geheel van tafel. (...)

24. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten. (...) De complexiteit van deze zaak maakt dat de rechtbank de zaak aanmerkt als 'zwaar' en dat betekent dat de wegingsfactor in dit geval op anderhalf wordt gesteld.

Bestlissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep tegen het niet-tijdig beslissen niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep tegen het besluit van 16 juli 2020 gegrond;
- vernietigt het besluit van 16 juli 2020 en bepaalt deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

Noot

1. De onderhavige kwestie is alleen al interessant omdat het handelen van de Autoriteit Persoonsgegevens niet zo vaak in rechte wordt getoetst,¹⁴ laat staan de meer materiële kant van het privacyrecht. Het is ook de eerste kwestie waarin de recente opvatting van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna "AP") over het begrip gerechtvaardigd belang wordt getoetst, en ook direct sneuvelt.

¹⁴ Enkele jaren terug schreef ik een blog en constateerde toen dat in 15,5 jaar er slechts 22 kwesties zijn aangevochten (zie <https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/autoriteit-persoonsgegevens-in-bijna-16-jaar-nog-nauwelijks-door-de-rechter-getoetst/>).

2. VoetbalTV heeft door beroep in te stellen tegen het niet tijdig nemen van het besluit een moedige stap gezet.¹⁵ Enerzijds heeft ze daarmee de boete als het ware over zichzelf afgeroepen, anderzijds heeft ze ook bewerkstelligd dat de inhoudelijke discussie over de rechtmatigheid van de verwerking direct bij de rechtbank is gevoerd. Het alternatief zou immers zijn geweest om na het opleggen van de (toch al aangekondigde) boete eerst in bezwaar te gaan, terwijl bepaald niet voor de hand ligt dat de AP in bezwaar anders zou oordelen.

3. VoetbalTV heeft zich in de procedure beroepen op de journalistieke exceptie. Dit beroep wordt door de rechtbank verworpen omdat – in mijn woorden – het werk van VoetbalTV niet journalistiek genoeg is, althans niet beperkt is tot *uitsluitend* journalistieke doeleinden.

4. De journalistieke exceptie¹⁶ is in mijn ogen ingewikkeld. Het is het enige grondrecht waarvoor in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna “AVG”) een specifieke regeling is getroffen,¹⁷ terwijl daarnaast (meer in abstracto) hoe dan ook geldt dat bij botsende grondrechten steeds een juist evenwicht moet worden gevonden.¹⁸ Dat verschil in concrete regels versus abstracte principes is ook terug te zien in de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna “HvJ EU”). Zo geeft het HvJ EU in het Buivids-arrest enerzijds aan dat “journalistieke activiteiten” ruim moet worden uitgelegd en gelijk staan aan activiteiten “die de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben”,¹⁹ terwijl het HvJ EU in hetzelfde arrest benadrukt dat niet alle op internet gepubliceerde informatie onder de uitzondering valt²⁰ en bovendien dat de journalistieke exceptie tot het strikt noodzakelijke moet worden beperkt.²¹ Tegelijkertijd benadrukt het HvJ EU in het laatste Google-arrest juist weer dat voortdurend een juist evenwicht moet worden gevonden tussen privacybescherming aan de ene kant en vrijheid van meningsuiting aan de andere kant waarbij de vrijheid van meningsuiting zelfs kan rechtvaardigen dat bijzondere persoonsgegevens worden verwerkt.²²

5. De uitkomst bij VoetbalTV lijkt me in dit geval te billijken. Tegelijkertijd zou ik goed kunnen begrijpen dat in een eventueel hoger beroep de vrijheid van meningsuiting

een meer prominente rol speelt. Het is immers best arbitrair om ongefilterde uitzendingen van profvoetbalwedstrijden, inclusief (medisch) commentaar over de voetballers, (primaire) te scharen onder de vrijheid van meningsuiting doch ongefilterde weergave van wedstrijden van amateurs (primaire) te bezien vanuit het perspectief van de privacyregeling.

6. De overwegingen omtrent het gerechtvaardigd belang zijn voor een breder publiek relevant.

7. De rechtbank laat niets heel van de visie van de AP op het leerstuk van het “gerechtvaardigd belang”. Die visie was tevens neergelegd in de op 1 november 2019 gepubliceerde “normuitleg gerechtvaardigd belang”.²³

8. De opvatting van de AP dat een gerechtvaardigd belang een ‘rechtsbelang’ moet zijn heeft de rechtbank in jurisprudentie van het HvJ EU “niet als zodanig teruggevonden”. De AP heeft het begrip ook “niet op een open en flexibele manier uitgelegd, zoals wel zou moeten”. Ook stelt de rechtbank vast dat de wijze waarop het HvJ EU de toelaatbaarheid van verwerking van persoonsgegevens toetst afwijkt “van de toetsing van verweerder in deze zaak”. De wetsuitleg van de AP is dan ook niet vol te houden.²⁴

9. Bij het gerechtvaardigd belang moet volgens de rechtbank een *negatieve* toets worden gehanteerd. Dat wil zeggen dat geen belangen mogen worden nagestreefd die in strijd zijn met de wet. In de praktijk komt aan stap 1 van de in de HvJ EU-rechtspraak ontwikkelde driestappentoets²⁵ dus niet zo veel gewicht toe. Het is ook niet voor niets dat de rechtbank spreekt over een “buitengrens (...) voor de beoordeling”. De nadruk komt in de praktijk veeleer op stap 2 (noodzaak) en 3 (belangenafweging) te liggen. Dit is overigens volledig in lijn met de toenmalige WP29-opinie over gerechtvaardigd belang.²⁶ Sterker nog, als iedere niet-onrechtmatige verwerking in beginsel gerechtvaardigd is, dan komt in bredere zin meer de nadruk op noodzakelijkheid en proportionaliteit te liggen dan op *sec* de grondslag. Zie in dit kader ook het Santander-arrest van de Hoge Raad uit 2011.²⁷

10. De verwerkingsverantwoordelijke zelf moet het belang waarvoor zij persoonsgegevens verwerkt stellen en daar ook feitelijk naar handelen (rechtsoverweging 17). Het is vervolgens niet aan de AP om dat belang zelfstandig te duiden, maar om te beoordelen of het gelet op dat gestelde

15 In de kern geldt dat de AP binnen 13 weken na het opstellen van het boeterapport moet beslissen omtrent het (al dan niet) opleggen van de boete (vgl. artikel 5:51 jo. 5:53 Awb). Indien dat niet gebeurt kan beroep worden ingesteld wegens het niet-tijdig beslissen (artikel 6:2 sub b Awb jo. artikel 7:1 sub f Awb), welk beroep dan van rechtswege ziet op het eventueel alsnog genomen besluit (artikel 6:20 lid 1 en lid 3 Awb).

16 Artikel 85 lid 2 AVG.

17 In artikel 91 AVG ligt inzake de vrijheid van godsdienst en religie juist vast dat er weliswaar afzonderlijke regels mogen blijven bestaan, maar wel dat deze in overeenstemming met de AVG moeten worden gebracht.

18 Het juiste evenwicht komt al sinds de eerste HvJ EU-uitspraak over privacy (*Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596) consequent terug. Aan dit evenwicht bij botsing van grondrechten besteedde ik ook in mijn artikel over de KNLTB-boete enige aandacht. Zie ‘KNLTB-boete: wie kaatst kan de bal verwachten of toch een misslag?’, *Computerrecht* 2020/180.

19 HvJ EU 14 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:122, r.o. 53.

20 HvJ EU 14 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:122, r.o. 58.

21 HvJ EU 14 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:122, r.o. 63-64.

22 HvJ EU 24 september 2019, ECLI:EU:C:2019:773.

23 Ten tijde van het schrijven van deze annotatie nog steeds terug te vinden op https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_gerechtvaardigd_belang.pdf

24 In mijn artikel over de KNLTB-boete sprak ik over een “radicaal eigen koers” van de AP. Zie ‘KNLTB-boete: wie kaatst kan de bal verwachten of toch een misslag?’, *Computerrecht* 2020/180.

25 Bestaande uit (1) gerechtvaardigd belang, (2) noodzaak en (3) belangenafweging. Vgl. o.m. HvJ EU 4 mei 2017, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336, r.o. 28 (*Rigas*) en HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 95 (*Fashion ID*).

26 “Advies 06/2014 over het begrip “gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke” in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 9 april 2014, artikel 29 werkgroep (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_nl.pdf).

27 HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097.

belang noodzakelijk is om persoonsgegevens te verwerken en of daarbij de juiste balans is gevonden van belangen (rechtsoverweging 20). Het is dus niet aan de AP om op de stoel van de verwerkingsverantwoordelijke te gaan zitten, het is aan de AP om te toetsen of de verwerkingsverantwoordelijke bij gemaakte keuzes een juiste privacybalans heeft gevonden. Dit lijkt aan te sluiten bij de verantwoordingsplicht²⁸ alsmede de verplichting transparant te zijn over de gerechtvaardigde belangen die ten grondslag liggen aan de verwerking.²⁹ Voor de helderheid: de toets die de AP vervolgens mag uitvoeren is niet slechts een 'marginale toets'. De AP heeft weliswaar uit te gaan van het door de verwerkingsverantwoordelijke ingeroepen belang (stap 1), maar kan in mijn beleving vervolgens wel 'vol' toetsen of het voor dat belang noodzakelijk is de gegevens te verwerken (stap 2) en of de privacy van betrokkene in die context niet prevaleert (stap 3).

11. Een ander opmerkelijk gegeven uit de uitspraak is dat de AP kennelijk zo verkokerd heeft vastgehouden aan de gedachte "commercieel ≠ gerechtvaardigd", dat niet getoetst is of de verwerking beperkt is gebleven tot het noodzakelijke voor het door VoetbalTV gestelde doel. Daarmee is het besluit onvolledig en dus onzorgvuldig genomen.

12. Er blijft in rechte helemaal niets overeind van de opvatting van de AP over het begrip gerechtvaardigd belang. Het is in dat licht opmerkelijk dat de normuitleg nog steeds op de website te vinden is. Onduidelijk is waarom de AP voor nu niet volstaat met het terugtrekken van de normuitleg, onder gelijktijdige aankondiging dat nieuwe EDPB-richtsnoeren in de maak zijn.³⁰

13. Ten slotte over de handelwijze van de AP. Vijf dagen na publicatie van de normuitleg gerechtvaardigd belang werd het definitieve onderzoeksrapport inzake VoetbalTV vastgesteld. De AP zet de nieuwe eigen visie dus direct met handhaving op de kaart. Die handelwijze kennen we ook uit het verleden.³¹ De betrokken partij wordt zodoende speelbal van de toezichthouder. De rest van de markt ziet zich opeens geconfronteerd met een nieuwe visie. Zuiverder zou het mijns inziens zijn wanneer de toezichthouder de dialoog zoekt met de markt over een voorgenomen nieuwe visie, een en ander met inachtneming van de waarschuwingen van de Raad van State over de rol van handhavers bij wetgeving met (zeer) open normen.³²

M. Jansen

²⁸ Artikel 5 lid 2 AVG. Deze ziet immers o.m. op het kunnen verantwoorden dat de verwerking rechtmatig is.

²⁹ Artikel 13 lid 1 sub d / artikel 14 lid 2 sub b AVG.

³⁰ Zie over de nieuwe normen in wording o.m. het nieuwsbericht op de EDPB website:
https://edpb.europa.eu/news/news/2020/edpb-stakeholder-workshop-legitimate-interest_nl.

³¹ Vgl. bijvoorbeeld de publicatie van het rapport *De zieke werknemer* hangende de handhaving bij Abrona in 2016.

³² *Kamerstukken II* 2014/15, 33662, nr. 10.

België

Computerrecht 2021/7

GESCHILLENKAMER VAN DE GBA

14 mei 2020, 25/2020

(Mrs. H. Hijmans, D. Van Der Kelen, J. Stassijns)

m.nt. G. Vandendriessche¹

(Art. 5 en 6 AVG)

De gegevensbeschermingsautoriteit gaf een boete van 50.000 euro omdat een sociaal netwerk zich baseerde op een ongeldige AVG toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens die gepaard gaan met het opladen door een gebruiker van zijn contacten op het sociale netwerk en het versturen van een uitnodigingsmail aan de opgeladen contacten via het sociaal netwerk. Volgens de autoriteit kon gerechtvaardigd belang desgevallend wel als rechtsgrondslag gelden, op voorwaarde dat (i) de opgeladen contactgegevens tot het minimum worden beperkt, (ii) de persoonsgegevens worden verwijderd van zodra het mogelijk is ("vergelijk & vergeet"), en (iii) de opgeladen contacten niet standaard als bestemmingen worden aangevinkt voor het versturen van de uitnodigings-mail.

Beslissing ten gronde in de zaak van: Gegevensbeschermingsautoriteit vs. sociaal media netwerk [Y].

1. Feiten en procedure

29. (...)

'Met betrekking tot de ingeroepen rechtsgrond stelt de verweerder het volgende: Y verwerkt de contactgegevens van de contactpersonen van de gebruiker voor één enkel doeleinde: het beschikbaar stellen van de 'invite a friend' functionaliteit. Om dit enige doeleinde te vervullen, worden de contactpersonen van de gebruiker geüpload en worden er vervolgens uitnodigings-mails gestuurd voor rekening van de gebruiker naar die contactpersonen die de gebruiker heeft geselecteerd. De rechtsgrond waarop Y zich baseert voor het verwerken van persoonsgegevens in het kader van de 'invite a friend' functionaliteit, is de toestemming van de gebruiker. Y is van oordeel dat het niet verplicht is om afzonderlijk de toestemming van de contactpersonen van de gebruiker te vragen, aangezien de verwerking van gegevens al gerechtvaardigd wordt door de toestemming van de gebruiker onder artikel 6 AVG en aangezien het uitnodigingsbericht dat gestuurd wordt anderzijds geen direct marketing bericht uitmaakt dat onderworpen is aan

¹ Mr. Gerrit Vandendriessche, advocaat-vennoot aan de balie te Brussel en gastlector aan de KULeuven en VUB.