

Niet naleven privacywetgeving vormt geen onrechtmatige concurrentie

Annotatie bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant 3 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:446

mr. N.M. Brouwer en mr. drs. M. Jansen¹

Het naleven van wet- en regelgeving kost geld en heeft daarmee dus een prijsopdrijvend effect. Het kan dus (ogenschijnlijk) 'goedkoper' zijn om je als bedrijf of organisatie niet aan de wet te houden. Betekent dit dan ook dat er sprake is van oneerlijke concurrentie wanneer het ene bedrijf zich wel aan de wet houdt en de andere niet? De rechtbank Zeeland West-Brabant heeft recentelijk geoordeeld dat bedrijven zich in dergelijke discussie in ieder geval niet op de Algemene Verordening Gegevensbescherming (de AVG) kunnen beroepen.²

1. Geschil tussen aanbieders van wearables

De kwestie gaat over een geschil tussen drie bedrijven die zich allemaal bezighouden met het aanbieden van GPS-horloges voor ouderen. LCT en Lifewatcher (LCT c.s.) maken daarbij gebruik van Europese partnerbedrijven en verrekenen de daaraan verbonden kosten in de prijs van het product. Het bedrijf Avium maakt echter gebruik van onderliggende Chinese software die gratis beschikbaar wordt gesteld. De producten en diensten van Avium zijn daardoor goedkoper voor de consument. LCT c.s. stelt daardoor schade te lijden en spreekt Avium aan wegens oneerlijke concurrentie.

LCT c.s. baseren hun vordering op onrechtmatige daad (artikel 6:162BW) en stellen dat Avium in strijd handelt met een wettelijke plicht door zowel de Wet oneerlijke Handelspraktijken (Wet OHP) als de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en de Uitvoeringswet AVG (UAVG) te schenden. Deze overtredingen vormen volgens LCT c.s. tevens een

schending van een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm. LCT c.s. vorderen in kort geding dat Avium de verkoop van deze wearables per omgaande staakt en gestaakt houdt, voor zover deze producten afhankelijk zijn van de zogeheten SeTracker, en subsidiair om Avium te veroordelen om op haar website duidelijke informatie te verstrekken over de risico's van de SeTracker, in het bijzonder met betrekking tot het niet-versleutelen van het verkeer tussen de GPS-horloges en de servers.

De rechtbank wijst deze vorderingen uiteindelijk af, onder andere omdat de AVG niet strekt tot de bescherming van *bedrijven*.

2. Eerder oordeel ACM

LCT c.s. hebben kennelijk eerder al handhavingsverzoeken ingediend bij zowel de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) als de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

De ACM wijst het verzoek om optreden af. Volgens de ACM zijn er in de kern geen (concurrentie)regels overtreden waaromtrent zij als ACM bevoegd is. De ACM voegt daar nog – ten overvloede – aan toe dat zij handelaren hooguit zou kunnen verplichten om nog transparanter te communiceren. De ACM betwijfelt of consumenten bij betere voorlichting zouden afzien van het gebruik van Chinese producten, nu consumenten toch vooral op de prijs zouden letten.

Dat de ACM zo stellig schrijft dat zij denkt dat het consumenten louter om de laagste prijs te doen zal

1. Nynke Brouwer en Mark Jansen zijn advocaten bij Dirkzwager legal & tax. Nynke Brouwer is daarnaast als buitenpromovenda verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit te Nijmegen. Deze noot is gebaseerd op een eerder verschenen blog op de website van voornoemd kantoor.

2. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 3 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:446.

zijn, is opmerkelijk. Onder die aanname zijn alle regels omtrent de overdracht van persoonsgegevens naar buiten de EU – waar ook toestemming een geldige uitzondering is – immers feitelijk niet zo veel meer waard. De consument zal, onder die aanname, immers altijd 'ja' zeggen tegen het goedkoopste aanbod. Juist van een consumententoezichthouder zou je mogen verwachten dat deze consumenten enigszins tegen zichzelf beschermt. Het getuigt bovendien van een wat beperkte taakopvatting van de ACM. Kennelijk is er sprake van gezonde concurrentie zolang de prijzen maar laag zijn?

3. Eerder oordeel AP

Ook de AP heeft het verzoek van LCT c.s. afgewezen, zij het op een formele(re) grond. Volgens de AP heeft het klachtrecht uit de AVG enkel betrekking op klachten van *betrokkenen* en komt een *bedrijf* dit klachtrecht niet toe.

In de uitspraak komt niet helemaal duidelijk naar voren of de AP het verzoek van LCT c.s. alleen ziet als een *klacht*, of ook als verzoek om *handhaving*. In randnummer 3.1 wordt nog over een klacht gesproken, in randnummer 3.3 wordt echter 'handhavingsverzoeken' genoemd en in randnummer 3.8 spreekt de rechtbank over 'de klacht/het verzoek om handhaving'. Uit dat laatste randnummer blijkt ook dat de rechtbank de afwijzing van het verzoek door de AP niet ziet als besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Kennelijk is er dan toch *geen* sprake geweest van een handhavingsverzoek, nu immers de afwijzing van een handhavingsverzoek wel degelijk een appellabel besluit is.³ De vraag is echter of het verschil zou hebben gemaakt indien het verzoek wel als handhavingsverzoek zou zijn gekwalificeerd, nu de aanvrager daarvoor als 'belanghebbende' moet kunnen worden aangemerkt.⁴ Om belanghebbende te zijn moet het belang van de onderneming rechtstreeks bij een besluit zijn betrokken.⁵ Het is vaste rechtspraak dat hiervan geen sprake is bij een zogenaamd 'afgeleid belang'.⁶ Zolang de AP aanneemt dat de AVG niet (mede) strekt tot bescherming van de belangen van concurrenten, ligt het wel in de lijn der verwachting dat de AP bij verzoeken tot *handhaving* door concurrenten soortgelijk zal oordelen als bij *klachten* door concurrenten. Mocht de AP (of na beroep een rechter) de strekking van de AVG echter toch ruimer gaan zien, dan ligt hier mogelijk, mede indachtig de vijf vuistregels van advocaat-generaal Widdershoven, wel ruimte om in voorkomende gevallen ook concurrenten als belanghebbenden aan

te merken.⁷ Zo is het leerstuk van afgeleid belang niet aan de orde indien de derde (de concurrent) naast een mogelijk afgeleid belang, ook een zelfstandig belang heeft dat rechtstreeks bij het besluit is betrokken. Dat eigen belang kan bijvoorbeeld bestaan vanwege de reële mogelijkheid dat de derde in een aan een zakelijk of fundamenteel recht ontleend eigen belang wordt geschaad (vuistregel 1).⁸

4. 'Handhaving' AVG door concurrenten?

In de onderhavige civiele procedure speelt tevens een discussie over het beschermingsbereik van de AVG en UAVG. Naleving van de (U)AVG kan op verschillende manieren worden afgedwongen en gehandhaafd. Het begrip 'handhaving' kan zowel strikt als breed worden geïnterpreteerd. Een strikte interpretatie van handhaving ziet op de handhavingsbevoegdheden van de AP. Deze vorm van handhaving schiet vooralsnog tekort wegens gebrek aan slagkracht, zo stelt de AP zelf.⁹ Inmiddels heeft het kabinet aan die constatering opvolging gegeven door de capaciteit van de AP te laten groeien van 184 naar 470 fte.¹⁰

De AVG biedt echter ook mogelijkheden voor 'private' handhaving door de betrokkenen in de zin van de AVG, bijvoorbeeld in de artikelen 77-79 AVG, waarin ook het klachtrecht is geregeld. Het begrip handhaving kan bovendien nog breder worden benaderd.¹¹ Handhaving in de brede zin van het woord heeft betrekking op het bredere, achterliggende doel van de AVG: de harmonisatie en daarmee de versterking van het gegevensbeschermingsrecht en het waarborgen van het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie.¹² Aan deze brede uitleg van 'handhaving' kan de stelling worden ontleend dat niet alleen particulieren (betrokkenen), maar ook

3. Vgl. artikel 1:3lid 2 Awb, zie bijv. ook ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:984.
4. Vgl. bijv. ABRvS 28 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2009: BK1346.
5. Vgl. artikel 1:2lid 1 Awb.
6. Vgl. De Poorter, T&C Algemene wet bestuursrecht, art. 1: 2en de daar genoemde rechtspraak.

7. Conclusie A-G Widdershoven bij Centrale Raad van Beroep 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474.
8. De andere vuistregels luiden als volgt: 'Verder zou afgeleid belang niet aan een derde moeten worden tegengeworpen als zijn bij het besluit betrokken belang materieel niet parallel loopt met dat van de eerstbetrokkene (vuistregel 2) of als de betrokkenheid van zijn rechts- of belangpositie bij het besluit een zelfstandige aanspraak op rechtsbescherming rechtvaardigt (vuistregel 3). Afgeleid belang kan daarentegen wel aan de derde worden tegengeworpen als zijn belang parallel loopt met dat van de eerstbetrokkene en zijn belang uitsluitend via een contractuele relatie met de eerstbetrokkene bij dat besluit betrokken is (vuistregel 4). Ten slotte zou de thans soms toegepaste verwevenheidscorrectie op afgeleid belang niet meer moeten worden toegepast (vuistregel 5).'
9. Zie <<https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/groei-ap-noodzakelijk-voor-bescherming-burgers-digitaliserend-nederland>>.
10. Kamerstukken II 2020/21, 27529, nr. 240.
11. Zie bijvoorbeeld T.F. Walree & P.T.J. Wolters, 'Het recht op schadevergoeding van een concurrent bij een schending van de AVG', SEW 2020/2, p. 2-10; T.E. van der Linden & T.F. Walree, 'De collectieve procedure als oplossing voor het privaatrechtelijke handhavingstekort bij een datalek?', AV&S 2018/20, p. 105-113.
12. Considerans 1-13 AVG.

bedrijven een beroep kunnen doen op de schending van de AVG door een concurrent. Als bedrijven elkaar op die grondslag kunnen aanspreken en schadevergoeding zouden kunnen verkrijgen, kan dat immers het behalen van deze grotere doelstellingen van de AVG bevorderen. In de rechtswetenschappelijke literatuur is dat standpunt reeds beargumenteerd.¹³

Het recht op schadevergoeding wegens een inbreuk op de AVG is neergelegd in artikel 82 AVG. Walree en Wolters hebben de vele voors en tegens van de stelling dat ook concurrenten elkaar op die grondslag kunnen aanspreken, tegen elkaar afgewogen.¹⁴ Zij hebben daartoe onder andere (de reikwijdte van) het in artikel 82 AVG gebruikte begrip 'eenieder' uitgebreid geanalyseerd. Zij wijzen er bijvoorbeeld op dat artikel 82 AVG in dat opzicht afwijkt van andere artikelen in de AVG, zoals het klachtrecht van artikel 79 AVG dat duidelijk wordt toegekend aan de 'betrokkene' en niet aan 'eenieder'.

In de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant komt niet naar voren dat LCT c.s. expliciet een beroep hebben gedaan op artikel 82 AVG. Zij baseren de vordering op artikel 6:162BW wegens de schending van een wettelijke plicht en een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm via de correctie Langemeijer.¹⁵ In het licht van de voornoemde constatering dat artikel 82 AVG in ieder geval qua bewoordingen afwijkt van de overige bepalingen van de AVG, rijst de vraag of een expliciete verwijzing naar artikel 82 AVG het oordeel van de rechtbank had veranderd. Mogelijk had dit wel tot een uitgebreidere juridische discussie en rechterlijke overweging geleid – voor zover daarvoor plaats is in kort geding.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant maakt in dit kort-gedingvonnis weinig woorden vuil aan dit punt en dat is jammer. Er zijn goede gronden om te betogen dat aan het relativiteitsvereiste inderdaad niet wordt voldaan; óók niet via de correctie Langemeijer. Gelet op het bredere achterliggende belang van effectieve gegevensbescherming had een uitgebreide discussie en goed gemotiveerd oordeel op dit punt echter niet misstaan.

Naar aanleiding van deze uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant is zowel in de media als in de rechtswetenschappelijke literatuur tegen de achtergrond van het brede handhavingsbegrip de wenselijkheid van een steviger positie van concurrenten bepleit.¹⁶ Bedrijven kunnen inderdaad, mogelijk nog beter dan particulieren, bijdragen aan een klimaat waarin de AVG ten volle wordt nageleefd. In een wereld van steeds verdergaande digitalisering

en grootschalige verwerking van persoonsgegevens, is dat zeker van belang.

De vraag is wat de beste manier is om dit te bewerkstelligen. Een wetswijziging ligt mogelijk meer voor de hand dan een creatieve omgang met het relativiteitsvereiste en de correctie Langemeijer. Het systeem dat in Duitsland wordt gehanteerd en waarnaar ook Barkhuysen in het NJB verwijst,¹⁷ namelijk (kort gezegd) een 'gedifferentieerde' toepassing van de handhavingsinstrumenten van de AVG, verdient volgens Walree en Wolters niet zonder meer de voorkeur.¹⁸ In dat systeem, zo schetsen Walree en Wolters, wordt het bestaan van het recht op schadevergoeding bepaald aan de hand van de kenmerken van de geschonden bepaling van de AVG. Er wordt dan per geschonden bepaling gekeken wat het beschermingsdoel daarvan is. Deze differentiatie past niet bij het karakter van de AVG. Terecht concluderen Walree en Wolters dan ook dat de AVG een dergelijk onderscheid niet rechtvaardigt.

5. Conclusie

Het recht van concurrenten om elkaar te kunnen aanspreken vanwege een schending van de AVG, staat door de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant voorlopig buitenspel. Hoewel de uitspraak juridisch gezien begrijpelijk is, is een andersluidend oordeel vanuit het belang van een volle werking van de AVG denkbaar en ook wenselijk. Ongetwijfeld zal zich daartoe in de toekomst nog eens de gelegenheid voordoen.

13. Walree & Wolters 2020.

14. Walree & Wolters 2020, p. 4.

15. HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051.

16. A. Arnbak, 'Privacywet AVG moet ook gelden voor bedrijven onderling', *Financieele Dagblad* 15 februari 2021 en T. Barkhuysen, 'Handhaving van de AVG: de AP kan het niet alleen', *NJB* 2021/8, p. 585.

17. Barkhuysen 2021.

18. Walree & Wolters 2020, p. 9.