

MASTER'S THESIS

Het recht om vergeten te worden en het gerechtvaardigd belang

Een onderzoek naar de invloed van het recht om vergeten te worden van een betrokkene op een gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke

de Waal, S.C.

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 17. Feb. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



Het recht om vergeten te worden en het gerechtvaardigd belang

Een onderzoek naar de invloed van het recht om vergeten te worden van een betrokkene op een gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Open Universiteit

S.C. de Waal

Studentnummer: 851545246

Onder begeleiding van: mr. dr. H.M.J.M. Slegers

Examinator: Prof. dr. J.W. Sap

Aantal woorden: 12.449

Datum van inleveren: 28-02-2021

Afkortingen

A-G	Advocaat-generaal
AP	Autoriteit Persoonsgegevens
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming, Verordening (EU) 2016/679
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
EC	Europese Commissie
EDPB	European Data Protection Board
EP	Europees Parlement
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FEDMA	Federation of European and Interactive Marketing
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie
Hof	Gerechtshof
Raad	Europese Raad
UAVG	Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
WG29	Werkgroep 29

Inhoudsopgave

Afkortingen	2
1 Inleiding	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling	6
1.3 Methodologie	8
2 Ontwikkeling van het Right to be Forgotten	9
2.1 Ontwikkeling van de gegevensbescherming	9
2.2 Algemene Verordening Gegevensbescherming	11
2.2.1. Persoonsgegevens	11
2.2.2. De verwerken van Persoonsgegevens	12
2.2.3. Verwerkingsverantwoordelijke	13
2.2.4. Betrokkene	14
2.3 Right to be forgotten	15
2.3.1. Historie Right to be Forgotten	15
2.3.2. Google Spain arrest	16
2.4 Deelconclusie	17
3 Ontwikkeling van het persoonlijk belang versus het commercieel belang	18
3.1 Gerechtvaardigd belang	19
3.2 Belangenafweging in de rechtspraak	20
3.2.1. Arresten met betrekking tot de ontwikkeling van het gerechtvaardigd belang	20
3.2.2. Onderzoeken van de privacy toezichthouder met betrekking tot de ontwikkeling van het gerechtvaardigd belang	23
3.3 Belangenafweging in de literatuur	29
3.3.1. Beoordeling van het gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke	29
3.3.2. Gevolgen van de verwerking voor een betrokkene	30
3.3.3. Voorlopige balans	30
3.3.4. Aanvullende waarborgen verwerkingsverantwoordelijke	31
3.5 Deelconclusie	32
4 De ontwikkelde belangenafweging gezien vanuit een AVG perspectief	33
4.1 De gerechtvaardigd belang toets concreet gemaakt	34
4.2 Normuitleg AP te kort door de bocht	35
4.3 Deelconclusie	38
5 Conclusie en aanbevelingen	39
5.1. Conclusie	39
5.2. Aanbevelingen	41
6 Literatuur- en jurisprudentielijst	43

1 Inleiding

1.1. Aanleiding

'Big brother is watching you'. Zo luidt de alom bekende leus uit de roman van George Orwell, 1984.¹ Orwell schetst het beeld van een totalitaire staat waarin iedere bewoner middels camera's voortdurend in de gaten wordt gehouden. Geen enkele vorm van privacy dus. Mediamagnaat John de Mol heeft deze leus later in praktijk gebracht met de introductie van het immens populaire televisieprogramma 'Big Brother'.

Het beeld dat Orwell schetste in zijn roman is passend bij het beeld van de samenleving heden ten dage. De burger wordt namelijk voortdurend in de gaten gehouden, waarbij diverse instanties persoonsgegevens verzamelen en verwerken. Journalisten Maurits Martijn en Dimitri Tokmetzis illustreren dit in hun boek 'Je hebt wél iets te verbergen', treffend. Zij schrijven, 'Apple hield bij hoe lang je er bleef. Samsung hoorde wat je er zei. En Google wist al dat je het van plan was'.²

Het bedrijfsleven speelt duidelijk in op de digitalisering van de samenleving. Winkels passen wifi-technologie toe om bijvoorbeeld bezoekersstromen te meten en te analyseren. Informatie die voortkomt uit de analyse van deze gegenereerde gegevens geeft een winkelier inzicht over de tijd die een bezoeker in een winkel besteed.³ Een winkelier kan op basis hiervan zijn personeelsinzet bepalen of openingstijden aanpassen. Ook bij direct marketing wordt gebruik gemaakt van persoonsgegevensverwerking. Direct marketing is een vorm van marketing waarbij een potentiële klant direct wordt benaderd, zoals bijvoorbeeld via televisie of internet. De klant ontvangt een gericht aanbod waardoor de kans van slagen, bijvoorbeeld het kopen een bepaald product, groter is.⁴ Wifi-tracking en direct marketing dienen een commercieel belang, dat veelal resulteert in een economisch voordeel.

Individueel hebben recht op bescherming van hun persoonsgegevens. Voorheen vormde de richtlijn 95/46/EG (de Privacyrichtlijn) de basis voor verschillende nationale privacy wetten binnen de Europese Unie (EU).⁵ De Privacyrichtlijn diende door de lidstaten geïmplementeerd te worden en had tot doel een gelijkwaardig beschermingsniveau te creëren voor burgers van de EU. Op nationaal niveau werd de gegevensbescherming

¹Orwell 1949, p.3.

²Martijn & Tokmetzis 2016, achterflap.

³van Canneyt, *Computerrecht* 2016/125, par. 2.

⁴Zuiderveen Borgesius, *TvCH* 2016/2, p. 55.

⁵Richtlijn 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 (*PbEG*, L281/31).

geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).⁶ Door de snelle technologische ontwikkelingen worden persoonsgegevens nu veel vaker gedeeld en verwerkt door bedrijven dan voorheen. De technologie moet het vrij verkeer van persoonsgegevens vergemakkelijken en dat vereist een hogere mate van bescherming van persoonsgegevens.⁷ Een aanpassing van de wetgeving was daarom essentieel en per 27 april 2016 werd in Brussel de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) vastgesteld.⁸ De AVG vervangt de Privacyrichtlijn en de Wbp en heeft rechtstreekse werking in de lidstaten van de EU. De rechtstreekse werking van de AVG draagt bij aan een uniform beschermingsniveau van persoonsgegevens binnen de EU. Daar waar de AVG ruimte laat voor nationale interpretatie bij uitvoering, wordt dat ingevuld door de Uitvoeringswet AVG (UAVG) die sinds 25 mei 2018 in werking is getreden.

Eurocommissaris Reding heeft in haar speech op 22 januari 2012 aangegeven dat individuen in deze tijd meer controle moeten krijgen over hun eigen data en refereert naar een right to be forgotten.⁹ Het in de jurisprudentie en literatuur ontwikkelde begrip houdt in dat een persoon het recht heeft om (onder bepaalde voorwaarden) zijn of haar persoonsgegevens te laten wissen. Dit recht is gebaseerd op het recht van verzet tegen gegevensverwerking en het recht op verwijdering van persoonsgegevens. Deze rechten waren verankerd in de Privacyrichtlijn en geïmplementeerd in de Wbp.¹⁰ Reding gaf in haar speech het voorbeeld dat jongeren meer controle moeten hebben over het gebruik van hun persoonsgegevens online. Er moet een mogelijkheid zijn om persoonsgegevensverwerking te zonder stoppen dat hiervoor een reden nodig is. Het right to be forgotten heeft ruchtbaarheid gekregen en is in de AVG opgenomen (ook wel het recht op vergetelheid).¹¹

Zoals hierboven kort toegelicht hebben bedrijven belang bij online persoonsgegevensverwerking voor onder andere commerciële doeleinden. In deze scriptie wordt onderzocht hoe het right to be forgotten zich verhoudt tot een gerechtvaardigd belang - een van de rechtsgrondslagen zoals opgenomen in de AVG - van een verwerkingsverantwoordelijke.¹²

⁶Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens.

⁷Verordening (EU) 679/2016 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (*PbEU* 2016, L119/1), overwegingen 6 en 7.

⁸Verordening (EU) 679/2016 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (*PbEU* 2016, L119/1).

⁹'The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age', europa.eu, 22 januari 2012.

¹⁰Art. 36 jo 40 Wbp.

¹¹Art. 17 AVG.

¹² Art. 6 lid 1 sub f AVG.

De relevantie van dit onderzoek komt op diverse vlakken tot uiting. Ten eerste wordt het maatschappelijk belang gediend. In de laatste jaren is de verwerking van persoonsgegevens een grotere rol gaan spelen in de samenleving. Door het alsmear toenemende gebruik van internet door individuen worden steeds meer data gegenereerd door bedrijven die vervolgens door hen worden verzameld, verwerkt en gebruikt voor eigen belang waardoor de privacy van de individuen wordt geraakt.¹³

Daarnaast is het onderzoek van belang voor de rechtspraak. De inwerkingtreding van de AVG heeft vanzelfsprekend invloed op het Nederlandse recht. Het verwerken van persoonsgegevens voor bijvoorbeeld marketingdoeleinden wordt een stuk gecompliceerder. De uitkomst van dit onderzoek kan als leidraad worden gebruikt bij het verwerken van persoonsgegevens door commerciële organisaties.

1.2 Probleemstelling

Organisaties en individuen worden via verschillende kanalen gewezen op het belang van privacy. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) maakt middels de campagne 'privacy gaat iedereen wat aan', mensen bewuster van hun privacy rechten en helpt ondernemers.¹⁴ Toch worden persoonsgegevens vaak gedeeld zonder dat men hier bewust voor kiest. Door bijvoorbeeld gebruik te maken van een openbaar wifi-netwerk worden bepaalde persoonsgegevens traceerbaar.¹⁵ Ook bij de inzet van direct marketing door bedrijven bestaat de kans dat er persoonsgegevens worden verwerkt. Wanneer een consument online een product aanschaft, kan die data worden doorverkocht aan marketingbedrijven.¹⁶ Martijn & Tokmetzis volgen in hun boek datasporen en brengen op deze manier in kaart wat voor informatie men weggeeft en wat er met deze informatie wordt gedaan. Hieruit blijkt dat data wereldwijd worden ingezet voor diverse doeleinden zonder dat men hier weet van heeft.¹⁷

Bovenstaande introductie vormt de achtergrond van de probleemstelling in deze scriptie. Centraal staat het onderzoek naar hoe het persoonlijk belang van een betrokkene (in het licht van het right to be forgotten) zich verhoudt tot het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot verwerking van persoonsgegevens. De hoofdvraag van dit onderzoek luidt dan ook:

¹³Dommering 2016, p. 541.

¹⁴Autoriteitpersoonsgegevens.nl/avg-campagne, hulpbijprivacy.nl.

¹⁵Martijn & Tokmetzis 2016, p. 456.

¹⁶Martijn & Tokmetzis 2016, p. 105.

¹⁷Martijn & Tokmetzis 2016, p. 36.

“In welke gevallen prevaleert, bij een online verwerking van persoonsgegevens, het persoonlijk belang van een betrokkene inzake het right to be forgotten boven het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming”?

De probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

1) *Wat houdt het right to be forgotten in?*

Het is voor het onderzoek van belang om het wettelijk kader van gegevensbescherming te schetsen. Er worden een aantal voor het onderzoek relevante begrippen omschreven en tevens wordt ingegaan op het right to be forgotten.

2) *Hoe heeft de afweging tussen het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke en het persoonlijk belang van een betrokkene zich ontwikkeld in de rechtspraak?*

Omdat de AVG sinds 25 mei 2018 van kracht is, is er nog weinig rechtspraak gevormd. Tot dusver is er niet voldoende rechtspraak en onderzoek van de AP op basis van de AVG, die van invloed zouden kunnen zijn op de huidige rechtspraak. Uit enkele recente rechtszaken, blijkt echter dat de Privacyrichtlijn en de Wbp leidend zijn geweest en dat er wordt voortgeborduurd op rechtspraak ten tijde van deze wetgeving.¹⁸ Daarom wordt in dit onderzoek ingegaan op jurisprudentie en onderzoek van het College bescherming van Persoonsgegevens (CBP) op grond van de Privacyrichtlijn en de Wbp. Op basis van de analyse van deze rechtspraak wordt de ontwikkeling van het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke en het persoonlijk belang van een betrokkene in kaart gebracht. Ter afbakening van het onderwerp ligt in dit onderzoek de focus op een commercieel bedrijf als verwerkingsverantwoordelijke in relatie tot een betrokkene.

3) *Hoe heeft de afweging tussen het commercieel belang van de verwerkingsverantwoordelijke en het persoonlijk belang van een betrokkene zich ontwikkeld in de literatuur?*

De inwerkingtreding van de AVG heeft veel pennen in beweging gebracht en er is dan ook veel literatuur vindbaar over de gevolgen van de inwerkingtreding. Ondanks dat is het nog te vroeg om op basis van bovenstaande deelvraag een uitspraak te kunnen doen over de afweging tussen het commercieel belang en het persoonlijk belang op basis van literatuur na de inwerkingtreding van de AVG. Evident is dat het samenhangt met de nog niet volledig gevormde rechtspraak zoals hierboven omschreven.

¹⁸Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352.

4) Zorgt de Algemene Verordening Gegevensbescherming voor wijzigingen ten aanzien van de in de rechtspraak en literatuur gevonden afwegingen?

Tot slot rijst vanuit juridisch oogpunt de vraag of de AVG voor wijzigingen zorgt ten aanzien van de afwegingen die zijn gevonden op basis van de eerder gevormde rechtspraak en literatuur. De analyse van de rechtspraak en literatuur zoals hierboven omschreven biedt de mogelijkheid om de belangenafwegingen te concretiseren. Op 1 november 2019 heeft de AP een 'normuitleg voor een gerechtvaardigd belang' gepubliceerd.¹⁹ Door deze aspecten naast elkaar te leggen en naar de letter van de AVG te kijken, wordt aangeduid of de AVG voor wijzigingen zorgt ten aanzien van de hierboven benoemde afwegingen.

1.3 Methodologie

Om te onderzoeken in welke gevallen het persoonlijk belang van een betrokkene inzake het right to be forgotten prevaleert boven het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke, is een kwalitatief onderzoek uitgevoerd. Er is systematisch gezocht naar publicaties met als doel relevante literatuur te vinden die tot de beantwoording van de deelvragen kan leiden. De data die voort zijn gekomen uit de literatuurstudie, zijn verzameld om inzicht te krijgen in de verschillende opvattingen over het al dan niet prevaleren van het gerechtvaardigd belang van ofwel een verwerkingsverantwoordelijke ofwel een betrokkene. Tevens zijn voor de beantwoording van de deelvragen specifieke cases bestudeerd en geanalyseerd. De cases en onderzoeken hebben grote invloed gehad op de rechtspraak en de onderzoeken geven een goed beeld van de inzet van wifi-tracking en direct marketing door organisaties. Het Europees Parlement (EP) heeft in het wetgevingsproces van de AVG een recordaantal amendementen ingediend op de voorstellen van de Europese Commissie (EC), namelijk bijna 4000.²⁰ Een aantal van deze amendementen hebben betrekking op onderwerpen die voor dit onderzoek relevant zijn, zoals bijvoorbeeld direct marketing en de specifieke gegevensbescherming voor kinderen. De voor dit onderzoek verband houdende amendementen hebben niet tot essentiële wijzigingen van de uiteindelijke tekst van de AVG geleid, maar deze amendementen zijn wel bestudeerd.

Dit onderzoek beperkt zich tot de onlineverwerking van persoonsgegevens. Online persoonsgegevensverwerking is een veel voorkomende vorm van verwerking en het is daarom nuttig en bruikbaar om het onderzoek hierop toe te spitsen. De resultaten zien louter op 'online persoonsgegevensverwerking'. Alle andere vormen van persoonsgegevensverwerking worden buiten beschouwing gelaten.

¹⁹Normuitleg grondslag 'gerechtvaardigd belang' Autoriteit Persoonsgegevens, 1 november 2019.

²⁰Kranenborg, *TvCR* 2013, afl.4, p.339.

2 Ontwikkeling van het right to be forgotten

Dit hoofdstuk behandelt de ontwikkeling van het right to be forgotten waarbij wordt ingezoomd op de bescherming van persoonsgegevens op Europees niveau. Zoals toegelicht in de inleiding, is het right to be forgotten wettelijk verankerd sinds de inwerkingtreding van de AVG. Het recht is echter afkomstig uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ EU), dat zich baseerde op het verwijder- en verzetsrecht. Deze rechten waren opgenomen in de Privacyrichtlijn en op nationaal niveau geïmplementeerd in de Wbp.. De bepalingen van de Privacyrichtlijn dateren uit 1995 en waren tot 25 mei 2018 van kracht. Vanwege de ontwikkelingen in het digitale landschap raakte de wetgeving omtrent gegevensbescherming verouderd, en was er behoefte aan nieuwe privacyregels. . Sinds 25 mei 2018 zijn de AVG en de UAVG van kracht, waardoor de Privacyrichtlijn en de Wbp zijn komen te vervallen. In de AVG zijn een aantal voor dit onderzoek relevante begrippen opgenomen die kort in dit hoofdstuk aan bod komen. Tot slot behandelt dit hoofdstuk de betekenis van het right to be forgotten, de historie die aan dit recht ten grondslag ligt en de rechtspraak waar het uit voort vloeit.

2.1 Ontwikkeling van de gegevensbescherming

In 1890 introduceerden twee rechtsgeleerden Warren en Brandeis het 'right to privacy'. Het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (ook wel het Verdrag van Straatsburg of de Conventie 108 genoemd) uit 1981 heeft de basis gelegd voor de Europese gegevensbescherming. Dit verdrag is een uitwerking van het recht om eerbiediging van het privéleven, dat is verankerd in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Ook wel bekend als het grondrecht op privacy. Literatuuronderzoeken bevestigen dat er meerdere soorten privacy zijn te onderscheiden, zoals informatiele privacy.²¹ Blok noemt online privacy als voorbeeld van informatiele privacy en dit is tevens het soort privacy waarop dit onderzoek zich focust.²²

De Privacyrichtlijn bepaalt dat burgers van een democratische rechtstaat beschermt moeten tegen schendingen van informatiele privacy.²³ De internationale handel kan worden belemmerd wanneer een lidstaat zelf regels voor gegevensbescherming vaststelt.

²¹Lichamelijke privacy, ruimtelijke privacy, communicatieve privacy, eigendomsprivacy, intellectuele privacy, beslissingsprivacy, associatieve privacy en gedragsprivacy en informatiele privacy. Koops e.a. 2017, p. 555.

²²Blok, AA 2001, afl. 50, p. 435. Het verschil met de andere soorten privacy is dat het bij dit type gaat om de bescherming van de 'informatie' over bijvoorbeeld het lichaam, het gedrag en de ruimte, in plaats van de bescherming van het 'object' als zodanig.

²³ Art. 1 Richtlijn 95/46/EC.

Daarom werd in 1990 de Privacyrichtlijn ingediend om de wetgeving inzake gegevensbescherming in de lidstaten te harmoniseren.²⁴ De Privacyrichtlijn beoogde ten eerste de fundamentele rechten en vrijheden, waaronder de privacy van personen te bevorderen en te respecteren, ongeacht de verblijfplaats of nationaliteit. Ten tweede beoogde de Privacyrichtlijn het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal en de stroom van persoonsgegevens tussen de lidstaten zoveel mogelijk te vergemakkelijken, terwijl de fundamentele rechten van personen zouden worden beschermd.²⁵ De bepalingen van de Privacyrichtlijn zijn van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede op de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.²⁶ Omdat de Privacyrichtlijn zich richtte tot de lidstaten van de EU en niet tot natuurlijke personen, dienden de lidstaten van de EU de omzetting naar nationale wetgeving te verzorgen.

Door de explosieve groei van internetgebruik in alle opzichten, neemt ook de hoeveelheid persoonsgegevens dat voor commerciële doeleinden wordt verwerkt toe. Er zijn vele manieren om persoonsgegevens openbaar te maken, te verspreiden, te analyseren en te registreren. Het is voor een betrokkene lastig om na te gaan wat verwerkingsverantwoordelijken doen met de persoonsgegevens, waardoor het risico op privacy-schending aanzienlijk toeneemt.²⁷

²⁴Overweging 8 Richtlijn 95/46/EG.

²⁵Overweging 2, 3 en 4 Richtlijn 95/46/EG.

²⁶Art. 3 Richtlijn 95/46/EG.

²⁷Hoogveld & Straathof, *P&I* 2013, afl. 6, p. 262.

2.2 Algemene Verordening Gegevensbescherming

Als gevolg van de snelle technologische ontwikkelingen en globalisering raakte de wetgeving met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens verouderd en was er behoefte aan coherente wetgeving binnen de Europese Unie waarin de rechten van natuurlijke personen voldoende zouden worden gewaarborgd.²⁸ Op 24 mei 2016 is de AVG in werking getreden en deze wordt met ingang van 25 mei 2018 in alle EU-lidstaten reeds toegepast.²⁹

Door de uitgestelde toepassing van de AVG werden de lidstaten van de EU in staat gesteld oude wetgeving in te trekken en nieuwe wetgeving vast te stellen. De AVG is rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten waardoor in Nederland de Wbp werd ingetrokken en de Uitvoeringswet AVG werd vastgesteld.³⁰ In de tussenliggende periode van twee jaar hebben overheden en bedrijven de mogelijkheid gehad om het beleid ten aanzien van de gegevensbescherming in lijn te brengen met de AVG. Organisaties vroegen zich af of zij AVG-proof waren. Privacy specialisten werden massaal ingezet om organisaties te laten voldoen aan de nieuwe regelgeving.³¹

In hoofdstuk 3 en 4 van de AVG worden de rechten en verplichtingen voor verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen weergegeven. In de volgende paragrafen worden de begrippen uit de AVG uiteengezet die voor het onderzoek van belang zijn.

2.2.1. Persoonsgegevens

Het begrip persoonsgegevens wordt in artikel 4 lid 1 AVG zeer ruim uitgelegd als 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon'.³² Om te bepalen of een natuurlijk persoon identificeerbaar is, dient rekening te worden gehouden met de middelen die een verwerkingsverantwoordelijke naar verwachting tot zijn beschikking heeft. Er moet rekening worden gehouden met diverse factoren, zoals tijd en kosten bij de bepaling van de middelen die wellicht door een verwerkingsverantwoordelijke zijn ingezet.³³ Het betreft alle informatie die direct of indirect zonder onevenredige inspanning naar een persoon kan worden herleid dan wel de persoon identificeerbaar maakt.³⁴ Persoonsgegevens zijn dus niet beperkt tot enkel naam-, adres- en woonplaatsgegevens zoals ook valt op te maken uit de definitie.³⁵ Anonieme gegevens

²⁸Overweging 6 en 7 AVG.

²⁹Art. 99 lid 1 en 2 AVG.

³⁰De Jong, *RM* 2015, afl. 1, p. 773.

³¹van Lonkhuyzen, *NRC Handelsblad* 2017.

³²Art. 4 sub 1 AVG.

³³Overweging 26 AVG.

³⁴*Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 47 (MvT).

³⁵Art. 4 lid 1 AVG.

vallen niet onder de beschermingsbeginselen, omdat deze niet herleidbaar zijn tot een natuurlijk persoon.³⁶

2.2.2 De verwerking van persoonsgegevens

Onder verwerking van persoonsgegevens wordt verstaan: 'een bewerking of geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens'.³⁷ Persoonsgegevens mogen niet verwerkt worden, tenzij er wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 5 sub b en artikel 6 AVG. De nadruk in de AVG ligt voornamelijk op geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. Daarvan is sprake wanneer er gebruikt wordt gemaakt van middelen en methoden van geautomatiseerde gegevensverwerking.³⁸ Geautomatiseerde verwerkingen zijn bijvoorbeeld verwerkingen die worden uitgevoerd door computers, smartphones of tablets.³⁹

De definitie van het begrip 'verwerking' is in de AVG grotendeels overgenomen ten opzichte van de Wbp. De grondslagen voor het verwerken van persoonsgegevens zijn in beide regelingen hetzelfde en gelijk gebleven.⁴⁰

Een verwerkingsverantwoordelijke (zoals toegelicht in paragraaf 2.2.3) dient bij een verwerking van persoonsgegevens de rechtsbeginselen in acht te nemen. De beginselen worden opgesomd in artikel 5 AVG:

- a) De verwerking van persoonsgegevens dient rechtmatig, behoorlijk en transparant te zijn.⁴¹
- b) Het is een verwerkingsverantwoordelijke louter toegestaan persoonsgegevens te verwerken als deze gebruikt worden voor een gerechtvaardigd doel.⁴² Dit wordt ook wel het doelbindingsvereiste genoemd.

³⁶ Kamerstukken II 2016/17, 25892, nr. 3, p 3 (MvT); Kamerstukken II 2016/17, 25892, nr. 3, p. 47 (MvT). De materiële normen in de AVG zijn voor een groot deel gelijk gebleven aan de Richtlijn.

³⁷ Art. 4 sub 2 AVG.

³⁸ Zwenne 2020, art. 2 AVG, aant. 1.

³⁹ Schermer, Hagenauw & Falot p. 28.

⁴⁰ Artikel 6 AVG.

⁴¹ Art. 5 lid 1 sub a AVG.

⁴² Art. 5 lid 1 sub b AVG.

- c) Organisaties mogen slechts gegevens verwerken die noodzakelijk zijn voor de verwerking; ook wel minimale gegevensverwerking genoemd.⁴³
- d) Gegevens moeten juist zijn en zo nodig actueel.⁴⁴
- e) Er geldt een opslagbeperking die ervoor dient te zorgen dat persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor de verwerking.⁴⁵
- f) Tot slot geldt voor een verwerkingsverantwoordelijke het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid. Een verwerkingsverantwoordelijke moet de technische en organisatorische maatregelen nemen om ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking te voorkomen.⁴⁶

2.2.3. Verwerkingsverantwoordelijke⁴⁷

De AVG omschrijft een verwerkingsverantwoordelijke als volgt: 'een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt'.⁴⁸ Een verwerkingsverantwoordelijke is verantwoordelijk voor de verwerking op ieder mogelijk medium en voor iedere vorm van verwerking, dus ook als derden (verwerkers) hieraan deelnemen. Ook kan er sprake zijn van gezamenlijke verantwoordelijkheid.⁴⁹ Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van een commercieel bedrijf als verwerkingsverantwoordelijke.

Het blijkt in praktijk echter lastig om een verwerkingsverantwoordelijke aan te wijzen voor het (onrechtmatig) verwerken van persoonsgegevens.⁵⁰ Een verwerker kan zijn taak namelijk delegeren aan een sub- verwerker. Het begrip verwerker zou verward kunnen worden met de verwerkingsverantwoordelijke omdat deze begrippen enigszins op elkaar lijken.⁵¹ Een verwerker is een entiteit die ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt, zonder onderworpen te zijn aan zijn gezag. De taken van de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker kunnen overeenkomen en om die reden dient er een losse verwerkingsovereenkomst gesloten te

⁴³Art. 5 lid 1 sub c AVG.

⁴⁴Art. 5 lid 1 sub d AVG.

⁴⁵Art. 5 lid 1 sub e AVG.

⁴⁶Art. 5 lid 1 sub f AVG.

⁴⁷Zie ook art. 4 sub 7 AVG 'verwerkingsverantwoordelijke'.

⁴⁸Art. 4 lid 7 AVG.

⁴⁹Het HvJ heeft zich uitgelaten over 'gezamenlijke verantwoordelijkheid, zie hiervoor o.a. HvJ EU 10 juli 2018, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551 en HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388. Gezamenlijke verantwoordelijkheid wordt relatief snel aangenomen.

⁵⁰[Autoriteitpersoonsgegevens.nl](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl), algemene informatie over de AVG, verwerkers.

⁵¹Zwenne & Mommers, *TvCO* 2016, afl. 4, p 183 – 184. In de AVG wordt in bepaalde gevallen over de verantwoordelijke gesproken. In deze gevallen is het niet duidelijk of het over de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker gaat.

worden. In een deze overeenkomst wordt vastgelegd hoe een verwerker met de persoonsgegevens dient om te gaan.⁵²

Artikel 6 AVG bevat een limitatieve opsomming van grondslagen waarop een gegevensverwerking gebaseerd mag worden. Dit onderzoek spitst zich toe op de rechtsgrond 'gerechtvaardigd belang'.⁵³ Deze rechtsgrond stelt dat verwerking van persoonsgegevens plaats mag vinden als dit noodzakelijk is voor de behartiging van gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt. Dit is anders wanneer het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.⁵⁴ Dit houdt in dat de verwerking van persoonsgegevens als onrechtmatig kan worden aangemerkt als een betrokkene bezwaar indient en dit bezwaar door de verwerkingsverantwoordelijke gerechtvaardigd wordt geacht.⁵⁵

2.2.4 Betrokkene

Artikel 4 sub 1 AVG geeft weer dat de bescherming ziet op natuurlijke personen. Rechtspersonen kunnen zich dus niet beroepen op de bescherming van persoonsgegevens via de AVG. Een persoon zoals weergegeven in artikel 4 lid 1 AVG wordt ook wel een betrokkene genoemd: degene op wie de persoonsgegevens betrekking heeft.⁵⁶ Het is mogelijk dat gegevens niet louter zien op één enkele persoon, maar op meerdere personen. Iedere persoon is dan betrokkene voor zichzelf en derde ten opzichte van anderen.⁵⁷

Een betrokkene heeft een aantal rechten waarop een beroep gedaan kan worden, wanneer diegene niet wil dat er verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt dan wel van mening is dat verwerking van de persoonsgegevens moet worden beperkt.

De AVG introduceert in tegenstelling tot de voorgaande privacy wetgeving twee nieuwe rechten, te weten het recht op dataportabiliteit en het recht op gegevenswissing (vergetelheid).⁵⁸ Het laatstgenoemde recht, ook wel het right to be forgotten genoemd, wordt in de volgende paragraaf nader toegelicht.

⁵²Art. 28 AVG.

⁵³Art. 6 lid 1 sub f AVG.

⁵⁴Art. 6 lid 1 sub f AVG.

⁵⁵Art. 21 AVG.

⁵⁶Art. 4 sub 1 AVG.

⁵⁷*Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 63.*

⁵⁸Art. 20 jo art. 17 AVG.

2.3 Right to be Forgotten

Tot 25 mei 2018 waren de Privacyrichtlijn en de Wbp in Nederland van kracht: regelingen waarin het vergeetrecht als zodanig niet was opgenomen. Op basis van jurisprudentie van het HvJ EU is het vergeetrecht op internet ontstaan en gebaseerd op de al bestaande rechten tot verwijdering en verzet. Het ontbreken van harmonisatie op het gebied van gegevensbescherming die gepaard gaat met de ontwikkelingen in het digitale landschap maakte de invoer van de AVG noodzakelijk. Een opvallend element is de toevoeging van het 'right to be forgotten' dat is verankerd in artikel 17 van de AVG.⁵⁹ Het recht houdt kort gezegd in, dat een betrokkene het recht heeft om onder bepaalde omstandigheden wissing van zijn gegevens te verzoeken.

2.3.1. Historie Right to be Forgotten

Het right to be forgotten vindt zijn oorsprong in het Franse strafrecht waar het 'recht op vergetelheid' (droit à l'oubli) gold.⁶⁰ Het recht werd bijvoorbeeld gebruikt om criminelen na een veroordeling te helpen met een nieuwe start bij de herintreding in de maatschappij.⁶¹ Bij het Franse recht op vergetelheid staat een belangenafweging centraal: het recht op informatie versus het recht van een individu om niet meer met zijn verleden te worden geconfronteerd.⁶² Het huidige vergeetrecht zoals opgenomen in de AVG, stamt af van het grondrecht op privacy zoals verankerd in het EVRM dat in 1950 in werking is getreden en nader is uitgewerkt in de Conventie 108 (zoals besproken in paragraaf 2.1). Rechtsgeleerden Ambrose en Ausloos zijn van mening dat het vergeetrecht voortvloeit uit het 'right to erasure', het recht om gegevens te wissen welke door derden openbaar zijn gemaakt.⁶³ Het right to be forgotten en geeft een betrokkene de mogelijkheid om verspreiding van persoonsgegevens te beheren. Het recht borduurt voort op twee rechten die opgenomen waren in de Privacyrichtlijn die vanaf 1995 van kracht was, te weten het verwijder- en verzetsrecht.

⁵⁹Het betreft een algemeen recht, dat wil zeggen niet specifiek gericht op internet.

⁶⁰Ambrose & Ausloos, *Journal of Information Policy* 2013, p. 2; Ausloos, *Computer Law & Security Review* 2012, p. 3; Koops, *SCRIPTed* 2012, afl. 2, p. 5 e.v.

⁶¹Zie o.a. Rosen, *Stanford Law Review Online* 2012/88, afl. 64, p. 88; Ausloos, *Computer Law & Security* 2012, p. 3; Koops *SCRIPTed* 2012, afl. 2, p. 5 e.v.

⁶²Ambrose & Ausloos, *Journal of Information Policy* 2013, p.2.

⁶³Ambrose & Ausloos, *Journal of Information Policy* 2013, p. 3.

2.3.2. Google Spain arrest

In 2014 heeft het HvJ EU een belangrijk arrest gewezen dat ook wel bekend is als het Google/Spain arrest.⁶⁴ Deze zaak geeft antwoord op de vraag of het mogelijk is om op grond van het verwijder- en verzetsrecht uit de Wbp en de Privacyrichtlijn (die destijds nog van kracht waren) de exploitant van een zoekmachine (in dit geval Google) te verzoeken om zoekresultaten te verwijderen. Het Google/Spain arrest is van grote invloed geweest voor de privacywetgeving en daarnaast is de interpretatie van het HvJ EU belangrijk voor het right to be forgotten zoals opgenomen in de AVG.

Het HvJ EU oordeelde dat de activiteiten van een zoekmachine zoals Google (onder andere het verzamelen, opvragen, vastleggen en ter beschikking stellen) moeten worden aangemerkt als verwerken in de zin van de Privacyrichtlijn.⁶⁵ Met andere woorden, Google dient een wettelijke grondslag te hebben voor het verwerken van persoonsgegevens en is zelf verantwoordelijk ten aanzien van het beoordelen van een dergelijk verwijderingsverzoek. Hierop volgend oordeelde het HvJ EU dat Google verplicht is over te gaan tot verwijdering als de informatie *'gelet op het geheel van de omstandigheden van het onderhavige geval, ontoereikend, niet of niet meer ter zake dienend of bovenmatig is ten aanzien van het doel van de betrokken verwerking door de exploitant van de zoekmachine'*, aldus het HvJ EU EU.⁶⁶ Hieruit volgt dat het 'recht om vergeten te worden' ook kan worden geëffectueerd als een aanvankelijk rechtmatige verwerking van persoonsgegevens, na enige tijd niet meer verenigbaar is met de Privacyrichtlijn, omdat deze gegevens niet langer noodzakelijk zijn voor de doeleinden waarvoor zij zijn verwerkt. Google dient zelf een afweging te maken tussen de privacybelangen van een betrokkene en de informatie- en nieuwswaarde van zoekresultaten die de persoonsgegevens van de voormalig eigenaar van het appartement bevatten. Het gaat om een beoordelingsplicht waarbij de zoekexploitant niet verplicht is om alle verwijderingsverzoeken te honoreren. Uit het arrest volgt dat de link naar een bestaande bron verwijderd dient te worden in geval van bovenstaande omstandigheden. Dit heeft tot gevolg dat alleen bepaalde gegevens niet meer getoond worden als via de naam van de betrokken persoon gezocht wordt. Andere zoekbegrippen kunnen wel leiden tot deze gegevens. De bron van het bericht blijft dus intact. Met de introductie van het right to be forgotten zoals opgenomen in artikel 17 AVG is dat verleden tijd. Het recht ziet niet alleen op verwijzingen door zoekmachines maar ook op de verwijdering bij de bron.⁶⁷ Sinds het Google/Spain arrest is het vergeetrecht

⁶⁴HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain SL & Google Inc/AEPD & Mario Costeja González*).

⁶⁵HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317, r.o. 28 (*Google Spain SL & Google Inc/AEPD & Mario Costeja González*).

⁶⁶HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317, r.o. 95 en 95 (*Google Spain SL & Google Inc/AEPD & Mario Costeja González*).

⁶⁷Zoals bijvoorbeeld een website, krant of onderneming.

synoniem geworden voor het verwijderen van zoekresultaten die vindbaar zijn via zoekmachines.

2.5 Deelconclusie

De basis voor ontwikkeling van de gegevensbescherming op Europees niveau is gelegd door de Raad van Europa. De uitwerking van het recht op eerbiediging van privéleven zoals opgenomen in het EVRM is uitgewerkt in de Conventie 108. Vervolgens is er middels de inwerkingtreding van de Privacyrichtlijn getracht de wetgeving op Europees niveau te harmoniseren. Op nationaal niveau heeft dit geresulteerd in de Wbp. Door de globalisering en technologische ontwikkelingen van de afgelopen decennia was er behoefte aan nieuwe wetgeving. De AVG is sinds 25 mei 2018 van kracht en de Privacyrichtlijn en de Wbp zijn komen te vervallen. De belangrijkste definities zoals opgenomen in de Privacyrichtlijn zijn gelijk gebleven in de AVG. Het droit à l'oubli en het right to erasure vormen de basis van het right to be forgotten.

Het right to be forgotten vloeit voort uit het Google/Spain arrest waarin is bepaald dat Google moet overgaan tot verwijdering als de informatie, gelet op het geheel van de omstandigheden van het onderhavige geval, ontoereikend, niet of niet meer ter zake dienend of bovenmatig is ten aanzien van het doel van de betrokken verwerking door de exploitant van de zoekmachine. Het betrof hier echter alleen de verwijdering van de link via een zoekmachine. Door de introductie van de AVG waarin het right to be forgotten is verankerd, is dit veranderd. Vanaf nu ziet de verwijdering niet louter op verwijdering van de link maar eveneens op de verwijdering van de bron.

3 Ontwikkeling van het persoonlijk belang versus het commercieel belang

Om de centrale vraag van het onderzoek te kunnen beantwoorden, is het essentieel om de ontwikkeling van het persoonlijk belang van een betrokkene ten opzichte van het gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke, in dit geval een commercieel belang, in kaart te brengen. Ondanks dat de AVG sinds 25 mei 2018 van kracht is, is de rechtspraak die tot op heden is gevormd en van invloed zou kunnen zijn op de huidige rechtspraak, minimaal. Om die reden wordt er gebruikt gemaakt van rechtspraak, onderzoeken en literatuur die van voor de inwerkingtreding van de AVG dateren. Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven, behelst het recht om vergeten te worden tenslotte een uitbreiding van het verwijder- en verzetsrecht die opgenomen waren in de Privacyrichtlijn en de Wbp.

Artikel 6 lid 1 AVG geeft een limitatieve opsomming van grondslagen waarop verwerkingsverantwoordelijken persoonsgegevensverwerking kunnen baseren. Artikel 6 lid 1 sub f AVG geeft de grondslag weer, die voor dit onderzoek van belang is. In dit hoofdstuk wordt onderscheid gemaakt tussen het prevaleren van het persoonlijk belang van een betrokkene en het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke aan de hand van de ontwikkelde rechtspraak en literatuur.

Alvorens te kunnen analyseren hoe het persoonlijk belang van een betrokkene zich heeft ontwikkeld ten opzichte van gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke, is het essentieel om toe te lichten hoe de gerechtvaardigd belang toets uitgevoerd moet worden.

3.1 Gerechtvaardigd belang

Artikel 6 lid 1 sub f AVG luidt: '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'. In de AVG is geen specificering van dergelijke belangen opgenomen die gegevensverwerking zouden kunnen rechtvaardigen. Daar is bewust voor gekozen, omdat het aantal situaties waarin gegevensverwerking gerechtvaardigd kan zijn, niet limitatief is. Enkel een gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke voor verwerking van persoonsgegevens is niet voldoende, want artikel 6 lid 1 sub f AVG bevat tevens een noodzakelijkheidseis.

Ten aanzien van de grondslag 'gerechtvaardigd belang' heeft de AP een normuitleg gepubliceerd waarin wordt toegelicht dat er aan drie cumulatieve voorwaarden voldaan moet worden, opdat er sprake kan zijn van een rechtmatige verwerking op basis van artikel 6 lid 1 sub f AVG.⁶⁸ Dit volgt onder andere uit een uitspraak van het HvJ EU, *Fashion ID*, waarin uitleg wordt gegeven aan artikel 7 lid 1 sub f van de Richtlijn.⁶⁹

In de eerste plaats zal beoordeeld worden of het belang van een verwerkingsverantwoordelijke gerechtvaardigd kan zijn. Een dergelijk belang kan als gerechtvaardigd worden aangemerkt wanneer dat belang in overeenstemming is met EU- of nationaal recht. De AP geeft een aantal voorbeelden van belangen die als gerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt. Ook wordt er toegelicht dat een zuiver commercieel belang niet als gerechtvaardigd kan worden aangemerkt.

Naast dat een verwerkingsverantwoordelijke een gerechtvaardigd belang dient te hebben om een succesvol beroep te kunnen doen op artikel 6 sub f AVG, dient de verwerking ook noodzakelijk te zijn voor het nagestreefde belang. De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit spelen hier een rol. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de verwerking in verhouding moet staan met het te bereiken doel. Subsidiariteit houdt in dat het doel niet op andere of een minder ingrijpende manier kan worden bereikt.

Tot slot dienen de belangen de verwerkingsverantwoordelijke of derde te worden afgewogen tegen de belangen van de betrokkene. De AP geeft een aantal factoren weer die onder meer moeten worden meegenomen bij die afweging, zoals de gevolgen voor de betrokkene, en de eventuele aanvullende waarborgen die een verwerkingsverantwoordelijke heeft getroffen om de gevolgen voor de betrokkene te beperken.

⁶⁸Autoriteit Persoonsgegevens 2019.

⁶⁹HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (*Fashion ID*).

De AP sluit middels de publicatie van de opinie deels aan bij de visie van de groep gegevensbescherming artikel 29 (WG29), die wordt weergegeven in de opinie over het begrip 'gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke'.⁷⁰ De WG29 heeft middels deze opinie geadviseerd over de interpretatie van het begrip gerechtvaardigd belang. Door de inwerkingtreding van de AVG is de WG29 opgeheven en vervangen door de European Data Protection Board (EDPB). Een aantal opinies die zijn opgesteld door de WG29, zijn onderschreven door de EDPB waardoor deze aanbevelingen voortleven. Momenteel richt de EDPB zich op de specifieke behoeften van de EU-lidstaten, waaronder ook een richtsnoer met betrekking tot het advies van de WG29 inzake het gerechtvaardigd belang.⁷¹ Totdat de aanpassingen van de EDPB worden gepubliceerd, blijft de opinie 'gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke' van de WG29 van belang (zie paragraaf 3.3).

3.2 Belangenafweging in de rechtspraak

Aan de hand van twee arresten en twee onderzoeken van het CBP wordt de belangenafweging in de rechtspraak in kaart gebracht. Deze arresten en onderzoeken worden behandeld, omdat zij hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van de belangenafweging en tevens illustreren hoe de gerechtvaardigd belang toets in praktijk wordt uitgevoerd. Er wordt onderzocht hoe de Nederlandse rechter en het CBP deze toets uitwerken.

3.2.1 Arresten met betrekking tot de ontwikkeling van het gerechtvaardigd belang

*Lycos/Pessers - een ontwikkelde toets voor afgifte van persoonsgegevens*⁷²

Pessers verkocht via E-Bay postzegels waarvoor hij een e-mailadres gebruikte waar zijn naam in was verwerkt. Op de website van Lycos, een internationale hostingprovider, werd Pessers door een abonnee voor oprichter uitgemaakt.⁷³ Pessers vorderde in kort geding dat Lycos de NAW-gegevens van de websitehouder bekend moest maken. Hij stelde dat de inhoud lasterlijk en onrechtmatig was en dat zijn postzegelhandel hieronder leed.⁷⁴ Lycos weigerde de gegevens af te geven vanwege privacy redenen van de abonnee.

⁷⁰Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014. WG29 was een adviesorgaan waar a EU-privacy toezichthouders, de European Data Protection Supervisor en EC deel van uit maakte. Het orgaan zag tot de inwerkingtreding van de AVG toe op de naleving van de Privacyrichtlijn.

⁷¹Workprogram EDPB 2019-2020, p.2.

⁷²Er is voor dit arrest gekozen omdat er door de Hof een toets is ontwikkeld in dit arrest ingeval een hosting provider verplicht is NAW-gegevens af te geven. Dit is eveneens door de HR erkend en dat maakt het een maatgevend arrest.

⁷³HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, r.o. 3.1.

⁷⁴HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, r.o. 3.2.

Lycos stelde dat het bericht slechts onder zwaarwegende omstandigheden verwijderd hoefde te worden, namelijk als deze 'onmiskenbaar onrechtmatig' was.⁷⁵ Het Gerechtshof (Hof) verplichtte Lycos echter tot afgifte van de NAW-gegevens en de Hoge Raad (HR) bevestigde dat. Hiervoor formuleerde het Hof een toets aan de hand waarvan wordt bepaald of afgifte van persoonsgegevens door een hostingprovider verplicht is. Het betreft cumulatieve vereisten en deze luiden als volgt:

- de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, is voldoende aannemelijk;
- de derde heeft een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens;
- aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen;
- afweging van de betrokken belangen van de derde, de serviceprovider en de websitehouder (voor zover kenbaar) brengt mee dat het belang van de derde behoort te prevaleren.⁷⁶

De HR heeft hieraan toegevoegd dat het zal afhangen van concrete omstandigheden van het geval waarbij wordt bepaald of er sprake is van onrechtmatig handeling van een provider door het niet verstrekken van NAW-gegevens aan de beschuldigde.⁷⁷ Het Hof heeft uitdrukkelijk geen algemene regel geformuleerd, dat ieder die kennis bezit over bepaalde informatie verplicht is deze kennis te verschaffen aan degene die daarbij een redelijk belang heeft.⁷⁸ Het oordeel van degene die de kennis bezit dient toegespitst te worden op het onderhavige geval.

De cumulatieve voorwaarden die door het Hof zijn geïntroduceerd worden nog steeds toegepast in de huidige rechtspraak. Onlangs is een arrest gewezen tussen de kabelexploitant Ziggo en de Nederlandse filmdistributeur Dutch Film Works, waarin de toets tot afgifte van persoonsgegevens is toegepast.⁷⁹ Het Hof heeft in deze zaak de gerechtvaardigd belang toets gevolgd, zoals is omschreven in paragraaf 3.1.⁸⁰ Uit de belangenafweging van het Hof is gebleken dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen prevaleerde boven het gerechtvaardigd belang van Dutch Film Works om de betrokkenen aan te spreken op de illegale downloads. De filmdistributeur was onvoldoende transparant over wat zij met de gegevens wilde doen en hoe zij wilde optreden tegen de inbreukmakers.⁸¹

⁷⁵HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, r.o. 3.5.

⁷⁶HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, r.o. 4.10.

⁷⁷HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, r.o. 5.2.2.

⁷⁸HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, r.o. 5.2.2.

⁷⁹Hof Arnhem-Leeuwarden 2 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352, r.o. 4.2.

⁸⁰Hof Arnhem-Leeuwarden 2 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352, r.o. 5.12-5.25.

⁸¹Hof Arnhem-Leeuwarden 2 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352, r.o. 5.18-5.22.

*Santander – de waarde van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel*⁸²

In deze zaak heeft de HR zich uitgelaten over een verzoek tot verwijdering van persoonsgegevens van een betrokkene. Santander (verzoekster tot cassatie) heeft verweerder gewezen op een betaalachterstand die hij heeft op zijn doorlopend krediet en hem verzocht dit bedrag binnen tien dagen over te maken. Betaling door verweerder blijft echter uit. Santander vordert een bedrag op basis van de financieringsovereenkomst die eraan ten grondslag ligt. Santander heeft de betalingsachterstand van verweerder gemeld volgens het Bureau Krediet Registratie (BKR). De vordering wordt uiteindelijk na ruim een jaar voldaan door verweerder. Verweerder tekent vervolgens verzet aan tegen de verwerking van de gegevens door Santander en verzoekt hem de registratie in het BKR binnen vier weken ongedaan te maken. Santander geeft geen gehoor aan dit verzoek, waarop verweerder de rechtbank verzoekt Santander te bevelen de registratie uit het BKR te verwijderen. Dit verzoek wordt toegewezen en vervolgens stelt Santander hoger beroep in bij het Hof. Het Hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank waarna Santander besluit in cassatie te gaan.

De rechter acht de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in deze zaak van belang. Is de verwerking van de gegevens van verweerder niet onevenredig tot het met de verwerking te dienen doel van Santander? Daarnaast mag het doel niet op een andere, dan wel minder ingrijpende wijze kunnen worden verwezenlijkt, wil er aan het subsidiariteitsbeginsel voldaan kunnen worden. Het doel van Santander is om het registratiesysteem juist te laten verlopen, zodat maatschappelijk verantwoorde dienstverlening op financieel gebied wordt bevorderd.⁸³ Het Hof is van mening dat Santander had moeten checken of de betaalachterstand en het gedrag van verweerder, een dergelijke registratie in het BKR rechtvaardigt. Santander meent echter dat zij voldaan heeft aan het Algemeen Reglement van het BKR. Dit doet echter niets af aan het feit dat Santander dient te handelen volgens de beginselen van het proportionaliteit en subsidiariteit.⁸⁴

Het Hof is het eens met Santander voor wat betreft het na te streven doel om het registratiesysteem juist te laten verlopen. Echter neemt dit niet weg dat een dergelijke registratie jegens verweerder op een zorgvuldige wijze dient te geschieden. Op basis hiervan had niet tot registratie mogen worden overgegaan.

Zoals in paragraaf 3.1 is omschreven, maakt de noodzakelijkheidseis deel uit van de gerechtvaardigd belang toets waarbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit

⁸²Er is voor dit arrest gekozen omdat er in dit arrest wordt ingegaan op het belang van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, ondanks dat er sprake is van een gerechtvaardigd belang aan de kant van de verantwoordelijke. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond betekent niet dat een belangenafweging op grond van deze beginselen overbodig is.

⁸³HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097, r.o. 4.12.

⁸⁴HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097 r.o. 4.9.

in acht moeten worden genomen. Ook in de huidige rechtspraak wordt gegevensverwerking getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁸⁵ Het hierboven omschreven arrest is tot op heden nog steeds leidend.

3.2.2. Onderzoeken van de privacy toezichthouder met betrekking tot de ontwikkeling van het gerechtvaardigd belang

Is wifi-tracking toegestaan?

Bluetrace is een bedrijf dat de technologie voor wifi-tracking levert en installeert in en rondom winkels in Nederland. Middels wifi-tracking worden signalen opgevangen van mobiele apparaten zoals smartphones. Aan de hand hiervan kan worden gemeten hoeveel personen en op een bepaald moment in een winkel zijn en hoe zij zich verplaatsen. Bluetrace registreert unieke adressen van mobiele apparaten en in combinatie met de locatie, datum en tijd verzamelen en verwerken zij persoonsgegevens. Op basis van de data komt er bepaalde informatie vrij, zoals het aantal mensen dat per uur in een winkel is, hoeveel mensen passeren er in een uur een winkel et cetera. Door deze informatie te analyseren kan Bluetrace een passend advies geven aan de eigenaren van de winkels.

Het CBP heeft op grond van artikel 60 Wbp een onderzoek ingesteld naar de gegevensverwerking die plaatsvindt bij het inzetten van wifi-tracking in en rondom winkels zoals hierboven beschreven. Wifi-tracking brengt risico's met zich mee voor de persoonlijke levenssfeer van een betrokkene. De WG29 heeft in een opinie over 'apps on smart devices' toelichting gegeven over dergelijke risico's.⁸⁶ Het bijhouden van locatiegegevens op mobiele apparaten maakt het mogelijk om het persoonlijke leven intensief te volgen. Een van de vragen van het CBP was of de wifi-tracking zoals toegepast door Bluetrace, een gerechtvaardigd belang zou opleveren met betrekking tot de gegevensverwerking zoals bedoeld in artikel 8 sub f Wbp.

De beoordeling van de gerechtvaardigd belang toets zoals beschreven in paragraaf 3.1 is door het CBP niet letterlijk gevolgd. Toch zijn er elementen meegenomen in de belangenafweging. Uit de overweging van het CBP blijkt duidelijk dat wifi-tracking op zichzelf een gerechtvaardigd commercieel belang kan opleveren voor een verwerkingsverantwoordelijke.⁸⁷ Problematischer wordt het wanneer er getoetst wordt aan de noodzakelijkheidseis. Proportionaliteit en subsidiariteit komen hier aan bod. Is er een andere of minder ingrijpende mogelijkheid om de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke te dienen? Het CBP heeft terecht opgemerkt dat de metingen die Bluetrace verrichte in de winkels (24 uur per dag 7 dagen per week) beperkt zouden kunnen worden tot bijvoorbeeld de openingstijden van winkels. Daarnaast is er in

⁸⁵Rb. Den Haag 13 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13444, r.o. 4.15.

⁸⁶Artikel 29 Werkgroep 2013.

⁸⁷CBP Rapport Bluetrace 2015, p. 40.

de winkels niet aangeven dat de wifi-tracking technologie wordt ingezet. Het winkelende publiek is dus niet op de hoogte van het feit dat er op dat moment gegevensverwerking plaatsvindt. Tevens is het CBP van mening dat er meer gegevens werden verwerkt dan strikt noodzakelijk. De gegevensverwerking gaat verder dan slechts het meten van bezoekersaantallen en het meten van de tijd die de klant in de winkel spendeert. Dat betekent dat het omschreven doel ruimschoots wordt overschreden en er geen sprake is van *dataminimalisatie*. Er is niet voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste.

Tot slot moet worden beoordeeld of de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, in casu de klant, voldoende wordt beschermd. Zoals hierboven weergegeven heeft de WG29 locatiegegevens bestempeld als gegevens met een hoog privacy risico. Doordat er geen mogelijkheid tot een opt-out wordt geboden heeft een klant geen mogelijkheid om zich te onttrekken aan de gegevensverwerking.⁸⁸ Indien een klant voor de tweede keer terugkeert met hetzelfde adres in de winkel, wordt het betreffende adres twee keer geregistreerd. Personen zouden op den duur te herleiden zijn op basis van dergelijke gegevens. Er is dus geen sprake van anonimiteit.

Er kan geconcludeerd worden dat wifi-tracking zoals door Bluetrace toegepast, louter voor bedrijfseconomische doeleinden, geen geldige rechtsgrondslag is voor gegevensverwerking. Uit het onderzoek blijkt echter wel dat wifi-tracking zou kunnen gelden als gerechtvaardigd belang voor een verwerkingsverantwoordelijke. De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit dienen hierbij in acht te worden genomen. Wifi-tracking is toegestaan maar slechts onder strenge voorwaarden, wil het kunnen gelden als een rechtsgrondslag voor gegevensverwerking.

⁸⁸Een opt-out mogelijkheid houdt in dat een betrokkene in de gelegenheid gesteld moet worden om de verwerking stop te zetten.

Is het uitzenden en opnemen van voetbalwedstrijden via een platform gerechtvaardigd?

In een recente rechtszaak heeft de rechter bepaald dat de AP ten onrechte een boete heeft opgelegd aan VoetbalTV.⁸⁹ VoetbalTV is een platform op internet (met een bijbehorende app) waarop amateurwedstrijden worden uitgezonden. De AP heeft onderzoek gedaan naar het initiatief van VoetbalTV. Zij concludeert dat het maken van de opnamen en het uitzenden van de wedstrijden via het platform plaatsvindt zonder geldige rechtsgrondslag. De AP stelt dat het belang van VoetbalTV louter commercieel is. Het ontbreken van een geldige grondslag leidt tot onrechtmatige persoonsgegevensverwerking. De privacy waakhond stelt dat VoetbalTV met de opnamen en het uitzenden van de wedstrijden via het platform, inbreuk maakt op de privacy van betrokkenen. De AP spreekt hierop een voornemen tot handhaven uit maar een daadwerkelijk besluit blijft uit. VoetbalTV is het wachten zat en neemt de stap naar de rechter, wegens niet tijdig beslissen. Daarop heeft de AP alsnog besloten om een boete op te leggen van €575.000,-.⁹⁰

VoetbalTV stelt dat het opnemen en uitzenden van de wedstrijden valt onder de journalistieke exceptie.⁹¹ Daarnaast stelt VoetbalTV dat zij een gerechtvaardigd belang heeft om persoonsgegevens te verwerken, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 sub f AVG.⁹² De rechtbank stelt dat het begrip journalistiek ruim moet worden geïnterpreteerd, maar dat het ongefilterd publiceren van de beelden daar niet onder valt.⁹³ De kern van de zaak draait om de interpretatie van het gerechtvaardigd belang. De rechtbank komt na enkele overwegingen, tot de conclusie dat de AP is uitgegaan van een verkeerde interpretatie van het begrip gerechtvaardigd belang.⁹⁴ Het feit dat de AP het belang van VoetbalTV als louter commercieel aanmerkt, is irrelevant. VoetbalTV stelt andere belangen na te streven, zoals de vergroting van de betrokkenheid van voetballiefhebbers en het kunnen uitvoeren van technische analyses door trainers.⁹⁵ Daarnaast is het boetebesluit van de AP onvoldoende gemotiveerd.⁹⁶ De rechtbank heeft het boetebesluit van de AP vernietigd en besluit zelf dat VoetbalTV geen boete verschuldigd is.⁹⁷

Deze uitspraak is van belang voor ieder bedrijf dat persoonsgegevens verwerkt voor commerciële doeleinden. De AP heeft zich namelijk op het standpunt gesteld dat een gerechtvaardigd belang een belang is dat: 'in (algemene) wetgeving of elders in het recht

⁸⁹Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111.

⁹⁰De boete werd opgelegd nadat VoetbalTV een beroep had ingesteld bij de rechtbank waardoor dit besluit direct wordt getoetst. Normaliter zou VoetbalTV een bezwaarschrift moeten indienen.

⁹¹Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 7.

⁹²Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 11 en 12.

⁹³Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 8-10.

⁹⁴Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 12-21.

⁹⁵Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 19.

⁹⁶Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 22.

⁹⁷Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 23.

is benoemd als een rechtsbelang'.⁹⁸ Samengevat meent de AP dat een belang gerechtvaardigd is wanneer het in rechte beschermd is en het een dringend karakter heeft dat uit een rechtsregel of beginsel voortvloeit. Een zuiver economisch belang en winstmaximalisatie zouden daarom niet als gerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt. De rechtbank acht dit standpunt onhoudbaar. Uit de rechtspraak volgt dat er aan drie cumulatieve volwaarden moet worden voldaan, wil er sprake kunnen zijn van een gerechtvaardigd belang (zie ook paragraaf 3.1).⁹⁹ De interpretatie van de AP inzake een gerechtvaardigd belang (zijnde een rechtsbelang), is niet herleidbaar tot de rechtspraak van het HvJ EU. Uit de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) bij het arrest Fashion ID, volgt immers dat het begrip gerechtvaardigd belang, tamelijk flexibel en open van aard is.¹⁰⁰ Een belang kan dan ook niet op voorhand worden uitgesloten (mits wettig), ook een commercieel belang niet. De A-G baseert dit op de opinie van de WG29, die in de volgende paragraaf aan bod komt.

Direct marketing als inkomstenbron

Ziggo is de grootste speler op de markt van digitale televisie. Een deel van de klanten is afnemer van interactieve televisie. Het bedrijf heeft meegekeken met het tv-kijkgedrag van zijn klanten. De gegevens die hieruit voort zijn gekomen zijn ingezet voor bepaalde analyses. Op basis van deze analyses deed Ziggo vervolgens persoonlijke aanbiedingen aan de klanten. Door deze persoonlijke aanbiedingen op basis van het kijkgedrag van de klanten, kan de persoonlijke levenssfeer in het geding komen. Deze technologie wordt ook wel 'profilieren' of 'profiling' genoemd. De verzamelde gegevens zijn van gevoelige en indringende aard en kunnen de persoonlijke voorkeur weergeven.¹⁰¹ Het CBP onderzocht of Ziggo deze persoonsgegevensverwerking kon baseren op het gerechtvaardigd belang, zoals opgenomen in artikel 8 sub f Wbp. Het CBP heeft een onderverdeling gemaakt in algemene aanbevelingen op basis van het Video On Demand (VOD) gebruik en gerichte aanbiedingen op basis van Pay Per Event.

Ziggo heeft aangegeven dat het zich met betrekking tot het VOD-gebruik, beroept op artikel 8 sub f Wbp, omdat het de gegevens die het hiervoor heeft gebruikt, geanonimiseerd heeft verwerkt. Deze gegevens zijn opgeslagen in een algemene database, waarop een privacy beleid van toepassing is. Hierover zijn de klanten geïnformeerd. Ziggo is van mening dat de verwerking geen nadelige dan wel ongewenste gevolgen kan hebben voor de klanten.

⁹⁸Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 11.

⁹⁹Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 14.

¹⁰⁰HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (concl. A-G. M. Borek) (*Fashion ID*).

¹⁰¹Rapport CPB 2015 Ziggo.

Het CPB stelt echter dat gezien de gevoelige aard van de gegevens over het kijkgedrag van de klanten er slechts een beroep kan worden gedaan op ondubbelzinnige toestemming, zoals bepaald in 8 sub a Wbp. Ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene is vereist voor zowel algemene als persoonlijke aanbevelingen, aldus het CBP.¹⁰²

Naast de beoordeling van de noodzakelijkheid van de van gegevensverwerking door Ziggo zoals hierboven omschreven, dienen de belangen van Ziggo (verwerkingsverantwoordelijke) te worden afgewogen ten opzichte van de belangen van de klanten van Ziggo (betrokkenen). Deze toets wordt door het CBP ook wel de 'balancing test' genoemd.¹⁰³ Het CBP toetst of sprake is van een gerechtvaardigd belang, door te onderzoeken of Ziggo de nodige waarborgen heeft getroffen ten aanzien van de aanbevelingen die zij hebben gedaan op basis van de analyse van het kijkgedrag van de klanten van Ziggo met betrekking tot VOD.

Bij waarborgen kan men denken aan het vooraf informeren over de betreffende gegevensverwerking maar bijvoorbeeld ook tot opt-out mogelijkheid.

Het CBP is van oordeel dat Ziggo onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de klanten. Ziggo heeft geen gebruik gemaakt van anonimisering bij de verwerking van de gegevens. Daarnaast had Ziggo de klanten kunnen informeren zoals zojuist omschreven. Eveneens heeft Ziggo de klanten geen mogelijkheid geboden om de gegevensverwerking te stoppen via een opt-out mogelijkheid. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de klanten weegt in dit geval zwaarder dan de belangen van Ziggo om algemene aanbevelingen te doen

Met betrekking tot de gerichte aanbevelingen op basis van de Pay Per Event gegevens, beroept Ziggo zich eveneens op artikel 8 sub f Wbp. Ziggo meent alleen het bestelbedrag van de kijkers te analyseren. Dat is echter niet het geval want specifiek kijkgedrag op een specifiek tijdstip is eveneens geanalyseerd.¹⁰⁴ Daar komt bij dat er sprake is van direct marketing. Klantenrelaties worden onderhouden door de klanten direct te benaderen.

Uit bovenstaand onderzoek blijkt dat zowel profiling als direct marketing kunnen gelden als een gerechtvaardigd belang voor een verwerkingsverantwoordelijke. Omdat het echter in veel gevallen gaat om gegevens van gevoelige aard, kan de verwerking slechts gebaseerd worden op ondubbelzinnige toestemming, aldus het CBP.¹⁰⁵

De AP heeft zich recent uitgelaten over de verkoop van persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing. Op 20 december 2019 heeft de AP een bestuurlijke boete opgelegd aan de Koninklijke Nederlandse Lawn Tennis Bond (KNLTB) ter hoogte van €525.000 wegens het verstrekken van een bestand met persoonsgegevens van zijn leden aan

¹⁰²Rapport CPB 2015 Ziggo, p. 56.

¹⁰³Rapport CPB 2015 Ziggo, p. 51.

¹⁰⁴Rapport CPB 2015 Ziggo, p. 52.

¹⁰⁵'Gevoelige aard' zegt iets over de impact die de verwerking van het betreffende gegeven kan hebben op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene in een bepaalde situatie.

sponsors.¹⁰⁶ De sponsors hebben de gegevens ingezet om de leden van de KNLTB te benaderen voor acties. De KNLTB heeft een beroep gedaan op het gerechtvaardigd belang bij de verstrekking van de persoonsgegevens van de leden. De AP oordeelt dat enkel een commercieel belang op zichzelf niet als gerechtvaardigd kan worden gekwalificeerd, omdat dit haaks zou staan op het uitgangspunt dat een betrokkene grip op zijn gegevens zou moeten hebben.¹⁰⁷ De AP concludeert onder andere dat het verband tussen het oorspronkelijke verzameldoel (uitvoering van de lidmaatschapsovereenkomst) van de persoonsgegevens en het doel verwerking ten behoeve van direct marketing ontbreekt. De KNLTB had toestemming aan zijn leden moeten vragen voor de verwerking ten behoeve van direct marketing.¹⁰⁸

¹⁰⁶Boetebesluit Autoriteit Persoonsgegevens KNLTB, 20 december 2019.

¹⁰⁷Boetebesluit Autoriteit Persoonsgegevens KNLTB, 20 december 2019, p. 32.

¹⁰⁸Boetebesluit Autoriteit Persoonsgegevens KNLTB, 20 december 2019, p. 30.

3.3. Belangenafweging in de literatuur

De gerechtvaardigd belang toets zoals die was opgenomen in artikel 8 lid 1 sub f Wbp, en nu in artikel 6 lid 1 sub f AVG, is een open norm en daardoor op meerdere manieren interpreteerbaar. Om de norm enigermate te concretiseren, is het raadzaam om een aantal sleutelfactoren voor de toets te hanteren. De WG29 heeft in de opinie over het begrip 'gerechtvaardigd belang', een aantal sleutelfactoren voorgesteld die in acht moeten worden genomen bij een correcte belangenafweging. Daarnaast hebben rechtsgeleerden Moerel en Prins in het preadvies 'Homo Digitalis' eveneens getracht dergelijke factoren in kaart te brengen.

3.3.1 Beoordeling van het gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke

Zoals ook de WG29 stelt, is het niet mogelijk om voorbeelden te geven van alle mogelijke vormen van een gerechtvaardigd belang.¹⁰⁹ Daarom heeft de WG29 een aantal richtsnoeren geïnitieerd die in ieder geval als gerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt. Ten eerste kan een uitoefening van een fundamenteel recht fungeren als gerechtvaardigd belang voor een verantwoordelijke. Voorbeelden van fundamentele rechten zijn bijvoorbeeld, vrijheid van meningsuiting, het recht op vrijheid en veiligheid en de vrijheid van ondernemerschap.¹¹⁰ Deze rechten kunnen conflicteren met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Als een verwerkingsverantwoordelijke een fundamenteel recht uitoefent dient er tevens sprake te zijn van een noodzakelijke verwerking, wil het kunnen gelden als gerechtvaardigd. Ten tweede noemt de WG29 een algemeen belang, waarbij gedacht kan worden aan een bedrijfsbelang dan eveneens een belang van de samenleving dient (bijvoorbeeld het bestrijden van fraude).¹¹¹ Vervolgens noemt de WG29 andere gerechtvaardigde belangen, die lijken op de context van een van de andere gronden uit artikel 6 lid 1 AVG.¹¹² Het blijkt in de praktijk lastig om vast te stellen op welke rechtsgrond een verwerking kan worden gebaseerd. Tot slot, kan er ook sprake zijn van wettelijke en/of culturele rechtvaardiging van het belang (bijvoorbeeld richtsnoeren van gegevensbeschermingsautoriteiten).

In aanvulling op de richtsnoeren van de WG29 zoals hierboven omschreven, moet bij de beoordeling van het gerechtvaardigd belang volgens Moerel en Prins eveneens het collectief belang worden meegewogen. Er moet inzichtelijk worden gemaakt wat de risico's van de verwerking zijn voor zowel de betrokkene als de samenleving, wat vervolgens moet

¹⁰⁹Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014, p. 41.

¹¹⁰Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014, p. 41 en 42.

¹¹¹Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014, p. 42.

¹¹²Met name de rechtsgronden van art. 6, onder b), (overeenkomst), art. 6, onder c), (wettelijke verplichting), of art. 6, onder e), (openbare taak)', Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014, p. 43.

worden afgewogen tegen de voordelen van de verwerking voor een betrokkene, het bedrijf en de maatschappij.¹¹³

3.3.2 Gevolgen van de verwerking voor een betrokkene

De sleutelfactor die door zowel de WG29 als Moerel en Prins wordt voorgesteld inzake de belangenafweging is, de gevolgen die de verwerking heeft voor de betrokkene.¹¹⁴ Inzake de gevolgen van de verwerking voor een betrokkene worden de aard van de persoonsgegevens van belang geacht, de manier waarop de informatie wordt verwerkt, de redelijke verwachtingen van de betrokkenen en de status van de voor de verwerking verantwoordelijke en de betrokkene. Vanzelfsprekend moet er worden vastgesteld om wat voor soort gegevens het gaat (bijvoorbeeld bijzondere gegevens). Over het algemeen kan gesteld worden dat hoe gevoeliger de gegevens, des te groter de gevolgen kunnen zijn voor een betrokkene. Het is van belang om te onderzoeken op welke manier de informatie verwerkt wordt (al eerder openbaar gemaakt of grote hoeveelheden informatie verwerkt zoals bij profilering). Eveneens kan verwerking van bepaalde gegevens verwachtingen scheppen bij een betrokkene (bijvoorbeeld met betrekking tot vertrouwelijkheid). Tot slot worden de status van zowel de verwerkingsverantwoordelijke als betrokkene in ogenschouw genomen. Het kan tenslotte gaan om een multinational tegenover een minderjarige.¹¹⁵

3.3.3 Voorlopige balans

Nadat de hierboven benoemde factoren in kaart zijn gebracht, dient een voorlopige balans opgemaakt te worden. Als een verwerkingsverantwoordelijke gehoor heeft gegeven aan de maatregelen voor de verwerking zoals opgenomen in de AVG (bijvoorbeeld transparantie), verstrekt dit zijn positie.¹¹⁶ De maatregelen zouden de gevolgen voor een betrokkene kunnen beperken, waardoor de kans op een inbreuk in de persoonlijke levenssfeer afneemt. Het houdt echter niet in dat het naleven van deze maatregelen, automatisch een geslaagd beroep op artikel 6 lid 1 sub f AVG oplevert. In bepaalde gevallen kan het zijn dat er van de verwerkingsverantwoordelijke aanvullende maatregelen worden verwacht. Hierbij geldt, hoe meer gevolgen er zijn voor de betrokkene, hoe meer waarborgen door de verwerkingsverantwoordelijke zouden moeten worden toegepast.

¹¹³Moerel & Prins, p.104.

¹¹⁴Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014, p. 44-49; Moerel & Prins, p. 105.

¹¹⁵In beginsel dient er uitgegaan te worden van een gemiddeld persoon maar een specifiek geval kan vragen om een ad hoc benadering.

¹¹⁶Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014, p. 50; Moerel & Prins, p. 107.

Voorbeelden van dergelijke maatregelen zijn anonimisering van gegevens, privacy by design en opt-out mogelijkheden.¹¹⁷

3.3.4. Aanvullende waarborgen verwerkingsverantwoordelijke

Zoals zojuist toegelicht kunnen aanvullende waarborgen die een verwerkingsverantwoordelijke heeft genomen doorslaggevend zijn. De WG29 is van mening dat deze waarborgen mee moeten worden genomen bij de gerechtvaardigd belang toets. Het gaat om extra waarborgen/maatregelen bovenop de hiervoor genoemde waarborgen, zoals transparantie en evenredigheid. Technische voorzorgsmaatregelen zijn erop gericht verlies en onrechtmatig gebruik van persoonsgegevens te voorkomen. Organisatorische maatregelen zorgen ervoor dat de gegevens louter toegankelijk zijn voor de personen die ook daadwerkelijk toegang nodig hebben. Voorbeelden hiervan zijn virusscanners, firewalls en awareness campagnes binnen een organisatie. Door de inwerkingtreding van de AVG zijn organisatorische en technische maatregelen inzake persoonsgegevensbeveiliging verplicht.¹¹⁸ Of deze maatregelen het beoogde effect hebben op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, hangt af van de beoordeling van het geheel.

¹¹⁷Privacy by design houdt in dat er in de ontwikkelingsfase van een product al rekening gehouden wordt met privacy facetten. Een opt-out biedt een betrokkene de mogelijkheid om persoonsgegevens verwerking te weigeren.

¹¹⁸Afdeling 2, Persoonsgegevensbeveiliging, AVG.

3.5 Deelconclusie

Allereerst is onderzocht aan welke vereisten voldaan moet worden wil er sprake kunnen zijn van een gerechtvaardigd belang, zoals opgenomen in artikel 6 sub f AVG. De gerechtvaardigd belang toets bestaat uit drie onderdelen, te weten, 'gerechtvaardigheid', 'noodzakelijkheid' en de 'belangenafweging'. Bij de noodzakelijkheidseis spelen de beginselen van proportionaliteit-en subsidiariteit een grote rol. Kan het belang van de verwerkingsverantwoordelijke op een andere of minder ingrijpende wijze worden gediend. Tot slot volgt de belangenafweging. De belangen die de verwerkingsverantwoordelijke heeft bij de verwerking van de persoonsgegevens, worden afgewogen tegen de belangen van de betrokkene inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Tevens is onderzocht hoe de verhouding tussen een commercieel en een persoonlijk belang inzake gegevensverwerking zich heeft ontwikkeld in de rechtspraak. Daarvoor is gebruik gemaakt van jurisprudentie en onderzoeken van het CBP. Uit praktijkvoorbeelden valt op te maken dat proportionaliteit en subsidiariteit een rol spelen bij gegevensverwerking. Daarnaast is bepaald in welke gevallen een hostingprovider verplicht is tot afgifte van NAW-gegevens. De onderzoeken van het CBP zijn een goede illustratie van gegevensverwerking voor een commercieel doeleinde. Een recente uitspraak van de rechtbank geeft verduidelijking met betrekking tot de interpretatie van het begrip gerechtvaardigd belang.

Tenslotte hebben zowel de WG29 als Moerel & Prins factoren opgesteld die mee zouden moeten spelen bij de toetsing van het gerechtvaardigd belang. Hieruit kan geconcludeerd worden dat het zinvol is om een ondergrens vast te stellen voor de gerechtvaardigd belang toets om de rechtszekerheid van de betrokkenen te vergroten.

4 De ontwikkelde belangenafweging gezien vanuit een AVG perspectief

In hoofdstuk drie is besproken wat de gerechtvaardigd belang toets inhoudt. Zowel de WG29 als de AP hanteren een driestap toets, te weten: 1) gerechtvaardigd belang, 2) noodzakelijkheidseis en 3) belangenafweging. Daarnaast is onderzocht hoe de belangenafweging zich heeft ontwikkeld in de rechtspraak en literatuur. Uit de rechtspraak blijkt dat een aantal belangrijke factoren meespelen bij de toepassing van de belangenafweging. Deze factoren zijn in de literatuur bevestigd en nader uitgewerkt. Op deze manier is getracht de gerechtvaardigd belang toets te concretiseren. De factoren luiden als volgt: 1) beoordeling van het gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke; 2) de gevolgen van de verwerking voor een betrokkene; 3) voorlopige balans en 4) aanvullende waarborgen van een verwerkingsverantwoordelijke. De ontwikkeling van het belang van een betrokkene versus het belang van een verwerkingsverantwoordelijke is aan bod gekomen. De vraag is echter of de AVG meer duidelijkheid biedt met betrekking tot de gerechtvaardigd belang toets.

Dit hoofdstuk gaat in op de vraag of de inwerkingtreding van de AVG zorgt voor wijzigingen ten aanzien van de in de rechtspraak en literatuur gevonden afwegingen, bij toepassing van de gerechtvaardigd belang toets. De normuitleg die door de AP is gepubliceerd, geeft uitleg over wanneer de grondslag gerechtvaardigd belang ingeroepen mag worden en wanneer niet. De AP tracht middels deze uitleg verheldering te bieden maar is dat ook het geval?

4.1 De gerechtvaardigd belang toets concreet gemaakt

Na de analyse van de rechtspraak en literatuur (op basis van de Wbp en Privacyrichtlijn) omtrent de gerechtvaardigd belang toets is gebleken dat het aan duidelijkheid ontbreekt. De AVG biedt op dit vlak te weinig verheldering. De toets roept nog steeds vragen op waardoor de AP genoodzaakt was om hierover een advies te geven. Het advies heeft echter tot nog meer onduidelijkheid geleid. Men kan zich afvragen waarom er gekozen is voor een nagenoeg identieke toets terwijl er gepleit kan worden voor een andere aanpak met het oog op de digitalisering van de maatschappij.

In de Privacyrichtlijn en Wbp was het verzetsrecht opgenomen (zoals ook besproken in paragraaf 2.3) dat vergelijkbaar is met het recht van bezwaar in de AVG.¹¹⁹ Artikel 21 AVG stelt onder andere dat een betrokkene vanwege met de specifieke situatie verband houdende redenen, recht heeft bezwaar te maken tegen de verwerking van de persoonsgegevens op basis van het gerechtvaardigd belang van een verwerkingsverantwoordelijke. Een aantal bepalingen uit de Wbp verschillen echter wel van de bepalingen in de AVG.

Allereerst biedt de AVG kinderen specifieke bescherming met betrekking tot hun persoonsgegevens. Zij zijn zich in mindere mate bewust van de risico's en de gevolgen van de persoonsverwerking maar ook van de waarborgen en hun rechten.¹²⁰ In de AVG wordt gesproken over 'bezwaar vanwege met zijn specifieke situatie verband houdende redenen'.¹²¹ De Privacyrichtlijn en de Wbp spraken over 'redenen die verband houden met zijn bijzondere situatie' en 'verzet in verband met zijn bijzondere persoonlijke omstandigheden'.¹²² Er wordt hier van de verwerkingsverantwoordelijke verwacht dat hij een afweging maakt van de meespelende belangen.¹²³ Vervolgens biedt de AVG de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen profilering op basis van artikel 6 lid 1 sub e en f. Tot slot hoeft een verwerkingsverantwoordelijke op grond van de AVG de verwerking niet te staken als deze noodzakelijk is voor een instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering.

In het licht van het vergeetrecht is naar mijn mening het belangrijkste verschil tussen de hierboven besproken rechten, de substitutie van artikel 8 lid 1 sub f Wbp voor artikel 6 lid 1 sub f AVG. Het betreft de gerechtvaardigd belang toets waarin een belangenafweging wordt gemaakt tussen de verwerkingsverantwoordelijke of een derde en de betrokkene. Zoals eerder opgemerkt biedt de AVG op dit vlak specifieke bescherming voor een kind. Deze toevoeging zou echter kunnen suggereren dat de bescherming met name ziet op

¹¹⁹Art. 21 lid 1 AVG.

¹²⁰Overwegingen 38, 58 laatste zin, 65, 71 en 75 AVG.

¹²¹Art. 40 Wbp.

¹²²Art 14 Richtlijn 95/46/EG jo Art. 40 Wbp,

¹²³*Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 163-164 (MvT).*

kinderen in het kader van het vergeetrecht. Het EP heeft getracht het deel inzake deze specifieke bescherming te verwijderen, maar de daarop door hen ingediende amendementen zijn verworpen.¹²⁴

De AVG heeft enerzijds tot doel om natuurlijke personen een consistent beschermingsniveau te bieden ten aanzien van hun persoonsgegevens, en anderzijds te voorkomen dat het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de EU wordt beperkt of verhinderd.¹²⁵ Dit is in lijn met de doelstelling van de Privacyrichtlijn en de Wbp, maar de rechten van de betrokkenen zijn in de AVG uitgebreider en verwerkingsverantwoordelijken moeten de verwerkingen kunnen baseren op rechtsgrondslagen. Niettemin is er voor lidstaten op nationaal niveau ruimte om van de AVG af te wijken. Men kan zich afvragen of dit het beschermingsniveau van EU-burgers ten goede komt.

4.2 Normuitleg AP te kort door de bocht

De AP is in Nederland aangewezen als toezichthouder op de AVG en de UAVG.¹²⁶ Dit orgaan heeft onder andere de taak om te adviseren over wet- en regelgeving wanneer daar behoefte aan is.¹²⁷ Daarom deelt de autoriteit door middel van publicaties mee wat hun opvattingen zijn over deze wet- en regelgeving. De norm gerechtvaardigd belang is een voorbeeld van een begrip dat nader uitleg behoeft. Om deze reden heeft de AP een normuitleg gepubliceerd over de verwerkingsgrond gerechtvaardigd belang. Inhoudelijk gaat de uitleg in op de verwerking van persoonsgegevens als er sprake is van een gerechtvaardigd belang. De AVG merkt een dergelijke verwerking aan als gerechtvaardigd, tenzij de belangen van betrokkenen in het gedrang komen. Deze grondslag vereist dus een belangenafweging.

In de normuitleg geeft de AP een aantal voorbeelden die gekwalificeerd kunnen worden als gerechtvaardigd, maar ook een aantal belangen die in ieder geval niet als gerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt. De AP sluit het enkel dienen van zuiver commerciële belangen en winstmaximalisatie expliciet uit.¹²⁸ Hieruit kan geconcludeerd worden dat de AP van mening is dat verwerkingsverantwoordelijken geen persoonsgegevens mogen verwerken ten behoeve van commerciële belangen. Ook niet wanneer zij voldoende waarborgen hebben ingebouwd voor betrokkenen. Deze stellingname lijkt om meerdere redenen voorbarig.

Allereerst biedt de AVG verwerkingsverantwoordelijken de mogelijkheid om verzamelde gegevens in te zetten voor direct marketing. In veel gevallen zal een

¹²⁴A7-0402/2013, amendement 27 en amendement 100.

¹²⁵Overweging 13 AVG.

¹²⁶Artikel 6 UAVG.

¹²⁷Artikel 57 AVG.

¹²⁸Autoriteit Persoonsgegevens 2019, p. 3.

verwerkingsverantwoordelijke zich hiervoor moeten baseren op toestemming van betrokkenen, maar een verwerkingsverantwoordelijke kan zich ook beroepen op een gerechtvaardigd belang.¹²⁹ Vanzelfsprekend dient een verwerkingsverantwoordelijke een belangenafweging te maken, om te toetsen of de specifieke verwerking noodzakelijk is voor het gerechtvaardigd belang. Door middel van de 'balancing test' moeten de belangen van een betrokkene worden beoordeeld.

De voorbeelden van gerechtvaardigde belangen die in de AVG zijn opgenomen zijn pas later ingevoegd.¹³⁰ In het voorstel van het EP en de Raad uit 2013 waren deze voorbeelden nog niet opgenomen.¹³¹ Er werd getwist over het al dan niet expliciet opnemen van direct marketing als gerechtvaardigd belang.¹³² Uiteindelijk werd er een compromisvoorstel gedaan maar ook dat voorstel is vervallen, waarna de huidige tekst van overweging 47 tot stand is gekomen.¹³³

Allereerst is opvallend dat de privacy waakhond zich in de normuitleg niet uitlaat over een direct marketing belang en daarmee nalaat aan te geven welke verwerkingen ten behoeve van direct marketing de test wel kunnen doorstaan. In plaats daarvan ligt de focus op welke verwerkingen niet zijn toegestaan ten aanzien van marketing.

Daarnaast gaat de normuitleg in tegen de rechtspraak van het HvJ EU. De rechters van het HvJ EU hebben enige keren bekrachtigd dat commerciële belangen wel aangemerkt kunnen worden als gerechtvaardigd belang.¹³⁴ Dat betekent overigens niet dat voorbijgegaan kan worden aan de 'balancing test'. Een belangenafweging moet uitwijzen of de commerciële belangen van een verwerkingsverantwoordelijke zwaarder wegen dan de privacybelangen van een betrokkene.

Ook andere Europese toezichthouders houden een ruimere uitleg aan dan de AP, zoals de Information Commissioner's Office (ICO) van het Verenigd Koninkrijk¹³⁵, de Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en de Irish Data Protection Commission (IDPC). Deze toezichthouders hebben in hun opinies aangegeven dat commerciële belangen beslist wel als gerechtvaardigd kunnen worden beschouwd.¹³⁶ Dit is slechts een

¹²⁹Overweging 47, AVG.

¹³⁰Overweging 47 AVG.

¹³¹A7- 0402/2013, amendement 16.

¹³²A7- 0402/2013, amendement 462 t/m 545.

¹³³A7- 0402/2013, amendement 168.

¹³⁴ HvJ 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039 (*Fashion ID*); HJEU 16 december 2008, C-73/07 (*Satamedia*); HvJ 4 mei 2017, C-12/16, ECLI:EU:C:2017:336, r.o. 28 en 29 (*Rigas*); Van Eijk & Zwenne 2019, *FD*, p. 24.

¹³⁵Het HvJ EU blijft tijdens de overgangperiode, die is vastgelegd in het terugtrekkingsakkoord, bevoegd ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk. In de gemeenschappelijke bepalingen van het terugtrekkingsakkoord is expliciet bepaald dat de het akkoord binnen het Verenigd Koninkrijk en de EU wordt uitgelegd in overeenstemming met de uitspraken van het HvJ. Het gemeenschappelijk deel verplicht tevens om het voorgaande te waarborgen, door nationaal recht dat tegenstrijdig of onverenigbaar is buiten toepassing te laten; ec.europa.eu, Vragen en antwoorden over de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie op 31 januari 2020.

¹³⁶ICO 'what is legitimate interest', CNIL, IDPC 'Guidance Note: Legal basis for processing personal data, December 2019, p. 22.

klein gedeelte van alle Europese toezichthouders waardoor het voorbarig lijkt om te spreken van een tegengeluid van deze toezichthouders. Het is daarentegen essentieel om te vermelden, dat de Nederlandse rechter de opinie van de AP onlangs van tafel heeft geveegd.¹³⁷ De handhaving van de AP is nog nauwelijks door de rechters getoetst, maar daar is nu een einde aan gemaakt. De rechterbank heeft de AP stevig aangepakt.

Bedrijven mogen ook commerciële belangen aanvoeren om data te verzamelen en verwerken. De uitspraak van de rechtbank biedt perspectief voor de toekomst. De AP dient zich te houden aan de afweging van commerciële belangen tegen privacy rechten, en niet enkel het afwijzen van commerciële belangen.

De Data Driven Marketing Association is een vereniging voor marketing en data met als doel de data gedreven marketingsector naar een hoger niveau te tillen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat zij op haar website twijfels uit over de normuitleg van de AP. Deze interpretatie wijkt immers af van de uitleg van de Europese rechtspraak en toezichthouders.¹³⁸

Men kan zich afvragen waarom de AP met de normuitleg op de zaken vooruitloopt. Artikel 6 lid 1 sub f AVG vertoont in grote mate gelijkenissen met artikel 7 lid 1 sub f van de Privacyrichtlijn. De WG29 heeft in de opinie over het gerechtvaardigd belang uitleg gegeven over artikel 8 lid 1 sub f. Gezien de overeenkomsten van de artikel 6 lid 1 sub f AVG met zijn voorganger is deze opinie nog steeds essentieel. Zoals eerder vermeld wordt deze opinie herzien door de EDPB. De timing van de normuitleg van de AP lijkt dan ook niet ideaal.

Om te voorkomen dat de Nederlandse normuitleg een precedent zal vormen op Europees niveau, zijn brancheorganisaties een lobby gestart. De Federation of European and Interactive Marketing (FEDMA) heeft een position paper gepubliceerd waarin wordt gepleit voor een andere benadering voor Europa dan die van Nederland.¹³⁹ In de paper vraagt de FEDMA om een evenwichtige en consistente interpretatie van de AVG. De FEDMA constateert tendensen die de voordelen van de AVG in gevaar brengen. Op 27 November 2020 heeft de EDPB de FEDMA uitgenodigd om het gerechtvaardigd belang te bespreken. Tijdens deze meeting waren alle toezichthouders van de EU-lidstaten aanwezig. De FEDMA heeft aangegeven dat zij pleiten voor een gebalanceerde benadering in lijn met de opinie van de WG29 inzake gerechtvaardigd belang en overweging 47 AVG. Daarnaast hebben zij verzocht om de opinie te updaten met recente rechtspraak.

De uitleg van de AP maakt de toepassing van het gerechtvaardigd belang als rechtsgrond allesbehalve helder. De AVG dient op het gebied persoonsgegevensverwerking uniformiteit te creëren binnen de EU. De afwijkende interpretatie van de AP over het gerechtvaardigd

¹³⁷Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111.

¹³⁸Ddma.nl., Reactie DDMA in FD op uitleg AP over gerechtvaardigd belang, 24 december 2019.

¹³⁹FEDMA.org, position paper on legitimate interest role for fair markets, 6 februari 2020.

belang ten opzichte van de ICO, CLIN en de IDPC, maar ook ten opzichte van de Europese rechtspraak doet hieraan afbreuk. Verwerkingsverantwoordelijken zijn genoodzaakt uit te wijken naar de rechtsgrond toestemming en dat is allesbehalve wenselijk. Op deze manier raken betrokkenen 'toestemmingsmoe'. De FEDMA stelt zelfs dat de relatie tussen de consument en het bedrijf (betrokkene en verwerkingsverantwoordelijke) verslechterd kan worden doordat het vele malen vragen om toestemming irritatie op kan wekken.¹⁴⁰

4.3 Deelconclusie

De doelstellingen en beginselen van de AVG en zijn voorlopers de Wbp en de Privacyrichtlijn ten aanzien van de ontwikkeling van het persoonlijk belang versus het gerechtvaardigd belang blijven grotendeels intact. De AVG geeft de lidstaten daarentegen veel ruimte voor eigen interpretatie, waardoor het consistent beschermingsniveau binnen de EU op de tocht komt te staan.

De gerechtvaardigd belang toets is inhoudelijk niet gewijzigd na de introductie van de AVG. Dit is enigszins opmerkelijk met het oog op de digitalisering van de samenleving.

De AP heeft middels de normuitleg gerechtvaardigd belang getracht om het begrip en de interpretatie daarvan te verhelderen. Daar is de nationale privacy waakhond niet in geslaagd. De normuitleg heeft voor meer verwarring gezorgd omdat de inhoud haaks staat op Europese rechtspraak en ingaat tegen de adviezen van andere privacy autoriteiten binnen de EU.

De FEDMA wordt door de EDPB betrokken bij de herziening van de opinie over het gerechtvaardigd belang van de WG29. De EDBP heeft toegezegd om de opinie te voorzien van nieuwe rechtspraak. Allicht biedt de herziene opinie de lang verwachte verheldering inzake de interpretatie omtrent het begrip gerechtvaardigd belang.

¹⁴⁰FEDMA.org, position paper on legitimate interest role for fair markets, 6 februari 2020, p. 2.

5 Conclusie en aanbevelingen

In dit onderzoek heb ik het recht om vergeten te worden van een betrokkene, zoals opgenomen in de AVG, belicht en gekeken naar de invloed hiervan op een gerechtvaardigd (commercieel) belang van een verwerkingsverantwoordelijke. Op basis van de uitkomsten van dit onderzoek kan naar mijn mening geconcludeerd worden dat het recht om vergeten te worden van een betrokkene in veel gevallen zal prevaleren boven het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke. Daarentegen gaan er steeds meer geluiden op in het voordeel van de verwerkingsverantwoordelijken. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zou het voor hen mogelijk moeten zijn om persoonsgegevens te verwerken met een gerechtvaardigd commercieel belang als rechtsgrondslag. Vanzelfsprekend dient er altijd een belangenafweging plaats te vinden.

5.1. Conclusie

Sinds 25 mei 2018 is de AVG van kracht en zijn de Wbp en de Privacyrichtlijn komen te vervallen. Het vergeetrecht heeft zich op basis van jurisprudentie van het HvJ EU (*Google/Spain*) ontwikkeld, en was als zodanig niet opgenomen in de Wbp en Privacyrichtlijn. Dit recht is gebaseerd op het recht op verwijdering die wel waren vastgelegd in de voorgenoemde regelingen. In de AVG is het *right to be forgotten* verankerd in artikel 17 AVG.

In het arrest *Google/Spain* heeft het HvJ EU bepaald dat Google moet overgaan tot verwijdering als de informatie, *'gelet op het geheel van de omstandigheden van het onderhavige geval, ontoereikend, niet of niet meer ter zake dienend of bovenmatig is ten aanzien van het doel van de betrokken verwerking door de exploitant van de zoekmachine'*.¹⁴¹

Het recht om vergeten te worden van een betrokkene heeft een overlap met het recht van een verwerkingsverantwoordelijke om een verwerking te baseren op een gerechtvaardigd belang, zoals opgenomen in artikel 6 sub f AVG. Om deze reden is het relevant om te weten hoe het belang moet worden getoetst. De toets bestaat uit drie onderdelen, te weten, 'gerechtvaardigdheid', 'noodzakelijkheid' en de 'belangenafweging'. Bij de noodzakelijkheidseis spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een grote rol. Tenslotte worden de belangen van een betrokkene afgewogen tegen de belangen die een verwerkingsverantwoordelijke heeft bij een persoonsgegevensverwerking.

Aan de hand van jurisprudentie en onderzoeken van het CBP is duidelijk geworden dat een commercieel belang kan gelden als een gerechtvaardigd belang. Een gegevensverwerking

¹⁴¹HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317, r.o. 95 en 95 (*Google Spain SL & Google Inc/AEPD & Mario Costeja González*).

wordt door een rechter altijd aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit getoetst. Tevens is er in rechtspraak bepaald in welke gevallen een hostingprovider verplicht is tot afgifte van NAW-gegevens. Deze maatstaf wordt tot op heden door rechters toegepast, zoals recent in de uitspraak Dutch Film Works/Ziggo.

Dat er bepaalde factoren zouden moeten meespelen bij de gerechtvaardigd belang toets, volgt uit een opinie van de WG29 en het preadvies van Moerel & Prins. De in het geding zijnde belangen dienen te worden afgewogen, rekening houdend met deze factoren. Dergelijke omstandigheden zijn onder andere: uitoefening van een fundamenteel recht van een verwerkingsverantwoordelijke, uitoefening van een algemeen of een collectief belang van een verwerkingsverantwoordelijke, de aard van de persoonsgegevens van een betrokkene en de status van een verwerkingsverantwoordelijke en betrokkene. Vervolgens dient er een voorlopige balans te worden opgemaakt waarbij onder ander gekeken wordt naar de maatregelen die een verwerkingsverantwoordelijke heeft genomen (bijvoorbeeld opt-out of anonimiseren van gegevens). De toepassing van extra aanvullende waarborgen, zoals transparantie en evenredigheid, zullen in het voordeel zijn van een verwerkingsverantwoordelijke bij een beslissing aangaande de belangenafweging door de rechterlijke macht.

Opmerkelijk aan recente nationale jurisprudentie is dat de rechter in veel gevallen niet toekomt aan een volledige belangenafweging. Wel wordt duidelijk dat een commercieel belang wel degelijk als gerechtvaardigd kan worden aangemerkt. Ook blijkt dat wanneer een verwerkingsverantwoordelijke in eerste instantie een gerechtvaardigd belang heeft bij de afgifte van NAW-gegevens, hij transparant dient te zijn ten aanzien van het sanctiebeleid dat hij wil voeren tegen de betrokkene. Als dat niet het geval is, kan de rechter niet toetsen of de maatregelen die zijn genomen door een verwerkingsverantwoordelijke, in redelijke verhouding staan tot de belangen van de betrokkene.

De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt: *"In welke gevallen prevaleert, bij een online verwerking van persoonsgegevens, het persoonlijk belang van een betrokkene inzake het right to be forgotten boven het commercieel belang van een verwerkingsverantwoordelijke onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming"?*

Het is duidelijk dat het recht om vergeten te worden deels botst met het recht van een verwerkingsverantwoordelijke om een verwerking van persoonsgegevens te baseren op een commercieel belang. Ik concludeer dat het lastig te bepalen blijft in welke gevallen de belangen van een betrokkene prevaleren boven de belangen van een verwerkingsverantwoordelijke. Vast staat dat een verwerkingsverantwoordelijke verwerkingen kan baseren op een louter commercieel belang. Het is niet toegestaan om een dergelijk belang op voorhand uit te sluiten. Dat houdt echter niet in, dat de privacybelangen van een betrokkene hiermee direct buiten spel komen te staan. De nadruk

ligt op een nauwkeurige belangenafweging, waarbij alle relevante omstandigheden van het specifieke geval in ogenschouw moeten worden genomen. Ik ben dan ook van mening dat het vraagstuk dat centraal staat in deze scriptie, zich verder moet uitkristalliseren aan de hand van (Europese) rechtspraak. Er is een grote rol weggelegd voor de EDPB, omdat zij zich nog moeten uitlaten over de herziening en bekrachtiging van de opinie van haar voorloper (WG29) inzake het gerechtvaardigd belang. Het antwoord hierop zal de rechtszekerheid ten goede komen. Naar mijn oordeel is een beroep van een betrokkene (alle technische en ethische hobbels daarbuiten gelaten) op het recht om vergeten te worden nog geen uitgemaakte zaak.

5.2 Aanbevelingen

Met het oog op het steeds in beweging blijvende digitale landschap, lijkt de opname van het vergeetrecht in de AVG een logische keuze. Het is duidelijk dat de belangenafweging een essentiële rol heeft bij de aanspraak op het vergeetrecht en het gerechtvaardigd belang. De rechtsgrondslag gerechtvaardigd belang, is een belangrijke grondslag voor veel organisaties. Het is immers niet altijd mogelijk om de verwerking van persoonsgegevens op een van de andere in artikel 6 lid 1 AVG genoemde grondslagen te baseren (zoals bijvoorbeeld uitvoering van een overeenkomst en een wettelijke verplichting). Hoewel de grondslag toestemming een oplossing biedt kan dit 'toestemmingsmoeheid' bij betrokkenen tot gevolg hebben. Om deze reden is het fortuinlijk dat de AVG in navolging op de Privacyrichtlijn, eveneens de mogelijkheid biedt om de verwerking van persoonsgegevens op een gerechtvaardigd belang te baseren, mits er geen belangen, grondrechten of fundamentele vrijheden van een betrokkene in het geding zijn.

Hoe het vergeetrecht zich verhoudt tot de rechtsgrondslag 'gerechtvaardigd belang', moet duidelijk worden aan de hand van jurisprudentie. Om de rechtszekerheid voor betrokkenen en verwerkingsverantwoordelijken te vergroten, ben ik voorstander van een verankering van de driestaptoets in de wet. De verankering geeft zowel verwerkingsverantwoordelijken als betrokkenen meer houvast over de grenzen van verwerkingen hieromtrent. Verder kan de EC in een aanbeveling een aantal niet-uitputtende voorbeelden geven van gerechtvaardigde belangen. Een aanbeveling is voor lidstaten weliswaar niet bindend maar lijkt in deze situatie wel het aangewezen middel. Het is wenselijk dat de EC in deze aanbeveling refereert naar de nog te publiceren opinie van de EDPB. De AP kan de verwarring die is ontstaan door de publicatie van de normuitleg recht trekken, door de inhoud ervan aan te passen. De rechtbank heeft immers in een recent gewezen arrest bepaald dat een commercieel belang niet op voorhand kan worden uitgesloten. Dit komt overeen met eerdere jurisprudentie en visies van andere Europese toezichthouders.

Bovendien is het volgens de AVG toegestaan om gegevens te verwerken voor direct marketing op basis van een gerechtvaardigd belang.¹⁴²

Tot slot kan er op basis van de huidige rechtspraak worden geconcludeerd dat een aantal factoren een belangrijke rol spelen voor een al dan niet geslaagd beroep op de verwerkingsgrond gerechtvaardigd belang door een verwerkingsverantwoordelijke. Voor een geslaagd beroep op afgifte van NAW-gegevens van betrokkenen, is het van belang dat de verwerkingsverantwoordelijke transparant is over wat hij met deze gegevens wil doen. Bovendien kan het voor de verwerkingsverantwoordelijke lonend zijn om kenbaar te maken hoe hij wil optreden tegen mogelijke inbreukmakers. Tevens is het belangrijk dat verwerkingsverantwoordelijken de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht nemen bij verwerkingen. De mogelijke inbreuk op de belangen van de betrokkene mag niet onevenredig zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Daarnaast mag het doel niet op een andere, voor de betrokkene minder ingrijpende wijze kunnen worden verwezenlijkt. Op basis van rechtspraak, onderzoek van de toezichthouder en literatuur kan men concluderen dat het inbouwen van waarborgen door een verwerkingsverantwoordelijke, bijdraagt aan een geslaagd beroep op de grondslag gerechtvaardigd belang. Voorbeelden zijn anonimiseren van persoonsgegevens, opt-out mogelijkheden en evenredigheid.

Het strekt tevens tot aanbeveling om de rechtspraak en literatuur op nationaal en Europees niveau, op de voet te blijven volgen. De hieruit voortvloeiende ontwikkelingen kunnen door de EDPB worden meegenomen in de (nog te publiceren) actualisatie van de opinie met betrekking tot het gerechtvaardigd belang. Bovendien zou een dergelijke update van de officiële publicatie van de EDPB bij kunnen dragen aan een uniforme toepassing van de gerechtvaardigd belang toets in de EU met rechtszekerheid tot gevolg.

¹⁴²Overweging 47 AVG.

Literatuurlijst

Ambrose & Ausloos, *Journal of Information Policy* 2013, p. 1-2

M.L. Ambrose & J. Ausloos, 'The Right to be Forgotten Across the Pond', *Journal of Information Policy* 2013, afl. 3, p. 1-2.

Ausloos, *Computer Law & Security Review* 2012, p. 143-152

J. Ausloos, 'The 'Right to be Forgotten'- Worth remembering?', *Computer Law & Security Review* 2012, afl. 28-2, p. 143-152.

Blok, *AA* 2001, p. 435-429

P.H. Blok, 'De splitsing van privacy. Advies over het grondrecht privacy in het digitale tijdperk', *AA* 2001, afl. 50, p. 435-439.

Bijlsma, Straathof & Zwart, *CPB Policy Brief* 2014

M. Bijlsma, B. Straathof & G. Zwart, 'Kiezen voor privacy. Hoe de markt voor persoonsgegevens beter kan', 2014, *CPB Policy Brief*, 2014/04.

Van Canneyt, *Computerrecht* 2016, p. 211 – 219

T. van Canneyt, 'Big Brother in de winkel? – wifi-tracking en de verwerking van persoonsgegevens', *Computerrecht* 2016, afl. 4, p. 211-219.

CBP Richtsnoeren 2007

Publicatie van persoonsgegevens op internet (richtsnoer van het College Bescherming Persoonsgegevens) Den Haag december 2007.

Dommering 2016

E. Dommering, *Het verschil van mening. Geschiedenis van een verkeerd begrepen idee*, Amsterdam: Prometheus 2016.

Van Eijk & Zwenne, *FD* 2019, p. 24

R. van Eijk, G.J. Zwenne, 'Privacytoezichthouder neemt opmerkelijk veel afstand van marktwerking', *FD* 2019, p. 24.

Engelfriet, Chew-Meij & Kager 2018

A. Engelfriet, L. Chew-Meij & P. Kager, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar*, Amsterdam: Ius Mentis 2018.

Hoogveld & Straathof, *P&I* 2013, p. 262-266

N. Hoogveld & S.M. Straathof, 'De nieuwe EU-Privacyverordening en de keuzemogelijkheden voor consumenten', *P&I* 2013, afl. 6, p. 262-266.

De Jong, *RM* 2015, p. 6-18

J.P. de Jong, 'De Algemene verordening gegevensbescherming. De rechtsopvolger van de Wbp', *RM* 2015, afl. 1, p. 6-18.

Martijn & Tokmetzis 2016

M. Martijn & D. Tokmetzis, *Je hebt wél iets te verbergen. Over het levensbelang van privacy*, Amsterdam: de Correspondent 2016.

Moerel & Prins 2016

E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, '1. Privacy voor de homo digitalis', in: *Homo digitalis. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2016-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-136.

Van Lonkhuyzen, NRC Handelsblad 2017

L. van Lonkhuyzen, 'Plotseling is iedereen privacy-expert', *NRC Handelsblad*, 26 oktober 2017.

Koops, SCRIPTed 2012, p. 1-29

E.J. Koops, 'Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A critical Analysis of the "Right to be Forgotten" in Big Data Practice', *SCRIPTed* 2012/3, afl. 8, p. 1-29.

Koops e.a., University of Pennsylvania Journal of International Law 2016, p. 483-575

B.J. Koops e.a., 'A Typology of Privacy', 2016, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2016/38, afl.2, p. 483-575.

Kranenborg, TvCR 2013, p. 332-342

H.R. Kranenborg, 'Naar nieuwe Europese regels voor gegevensbescherming', *TvCR* 2013, afl. 4, p. 332-342.

Kranenborg & Verhey 2018

H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees & Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Orwell 1949

G. Orwell, 1984, London: Secker and Warburg 1949.

Rosen 2012, Stanford Law Review Online, p. 88-92

J. Rosen, 'The Right to be forgotten', *Stanford Law Review Online* 2012/88, afl. 64, p. 88-92.

Rapport CPB Ziggo 2015

Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens met betrekking tot of door het gebruik van interactieve digitale televisiediensten van Ziggo, Rapport definitieve bevindingen van 28 april 2015, College Bescherming Persoonsgegevens, z2014-00135.

Rapport CBP Bluetrace 2015

Wifi-tracking van mobiele apparaten in en rond winkels door Bluetrace, Rapport definitieve bevindingen van 13 oktober 2015, College Bescherming Persoonsgegevens, z2014-00944.

Reding 2012

V. Reding, 'The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age', Europa.eu, 22 januari 2012.

Schermer, Hagenauw & Falot 2018

B.W. Schermer, D. Hagenauw & N. Falot, *Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming en uitvoeringswet algemene verordening gegevensbescherming*, 2018.

De Vries & Goudsmit, *NJB* 2016, p. 1553-1560

H.H. de Vries & M. Goudsmit, 'Voorsorteren op de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Twee stappen vooruit, één stap terug', *NJB* 2016/1077, afl. 22, p. 1553-1560.

Warren & Brandeis, *Harvard Law Review* 1890, p. 193-220

S. D. Warren & L. D. Brandeis, 'The right to privacy', *Harvard Law Review* 1890/4, afl. 5, p. 193-220.

Zuiderveen Borgesius, *TvCH* 2016, p.54 – 66

F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Mensen aanwijzen maar niet bij naam noemen: behavioural targeting, persoonsgegevens en de nieuwe Privacyverordening'. *TvCH* 2016, p.54-66.

Zwenne 2020

G.J. Zwenne, commentaar op art. 2 AVG, in: G.J. Zwenne & H.R. Kranenburg, *Tekst & Commentaar Privacy- en gegevensbeschermingsrecht. AVG, UAVG en andere privacywetgeving*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Zwenne & Mommers, *TvCO* 2016, p.182-189

G.J. Zwenne & L. Mommers, 'De tien belangrijkste veranderingen die de Algemene Verordening Gegevensbescherming gaat brengen', *TvCo*, 2016, afl. 4, p. 182-189.

Jurisprudentie

Hof van Justitie:

HvJ EG 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satamedia*)

HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain SL & Google Inc/AEPD & Mario Costeja González*)

HvJ 4 mei 2017, C-12/16, ECLI:EU:C:2017:336 (*Rigas*)

HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388

HvJ EU 10 juli 2018, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551

HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (*Fashion ID*)

Hoge Raad:

HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097 (*Santander*)

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*)

HR 26 maart 2015, ECLI:NL:HR:2013:BY9718

Gerechtshof:

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352

Rechtbank:

Rb. Den Haag 13 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13444

Rb. Midden Nederland Utrecht 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111

Overige stukken

Article 29 Data Protection Working Party 2013

Article 29 data protection working party, *Opinion 02/2013 on apps on smart devices*, 00461/13/EN (WP 202), Brussels 27 February 2013.

Article 29 Data Protection Working Party 2014

Article 29 data protection working party, *Guidelines on the implementation of the court of justice of the European union judgment on 'Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de datos (AEDP) and Mario Costeja González' C-131/12*, (WP 225), Brussel 26 November 2014.

Europees Parlement A-Serie, verslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), nr. 402 van 2013.

Autoriteit Persoonsgegevens 2019

Normuitleg grondslag 'gerechtvaardigd belang', Autoriteit Persoonsgegevens november 2019.

CNIL Legitimate interest: how to base processing on this legal basis, cnil.fr/linteret-legitime-comment-fonder-un-traitement-sur-cette-base-legale, laatstelijk geraadpleegd op 17 januari 2021.

Groep gegevensbescherming Artikel 29 2014

Artikel 29 Werkgroep, *Advies 6/2014 over het begrip 'gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke' in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG*, (844/14/NL, WP 217), Brussel 9 april 2014.

ICO What is the 'legitimate interest' basis, ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection-guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/, laatstelijk geraadpleegd op 17 januari 2021.

IDPC Guidance Note: Legal basis for processing personal data, Irish Data Protection Commission, dataprotection.ie/organisations/know-your-obligations, laatstelijk geraadpleegd 17 januari 2021.

Work program EDPB 2019-2020, edpb.europa.eu, laatstelijk geraadpleegd op 17 januari 2021.