

De strijd om het ‘gerechtvaardigd belang’: een principiële kwestie tegen elke prijs?

44

Vorig jaar zette Berkvens op deze plek (*P&I* 2023, afl. 6) kort en krachtig uiteen dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat direct marketing als een gerechtvaardigd belang kan worden aangemerkt. Op 4 oktober jl. kwam het Hof van Justitie EU tot eenzelfde conclusie in de *KNLTB*-zaak (C-621/22). Het Hof overwoog dat het begrip ‘gerechtvaardigd belang’ (stap 1) ruimer is dan een ‘tot de wet behorend, wet zijnd, in een wet vastgelegd’ belang, oftewel de toets die de AP jarenlang voorstond.

Het begrip is echter ook niet onbegrensd; het aangevoerde gerechtvaardigde belang moet rechtmatig zijn. Voorts moet de verwerking noodzakelijk zijn (stap 2) voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang, en mogen de belangen, rechten en vrijheden van de betrokkene niet zwaarder wegen (stap 3). Pas na het doorlopen van deze driestappentoets kan er een beroep worden gedaan op de *grondslag* gerechtvaardigd belang.

Het is geen geheim dat de AP jarenlang vrijwel alleen stond in haar interpretatie van het begrip ‘gerechtvaardigd belang’ (stap 1). De AP kreeg geen bijval van andere toezichthouders in Europa, maar ook niet dusdanige tegenstand dat ze verplicht werd om haar interpretatie te herzien. Voor zover ik weet, zijn er bijvoorbeeld geen bindende besluiten geweest waarin de EDPB gedwongen werd om over dit onderwerp een standpunt in te nemen. Ook bleef de aangekondigde update van de Richtsnoeren inzake de grondslag ‘gerechtvaardigd belang’ jarenlang uit. Vlak na het *KNLTB*-arrest is een concept hiervan in publieke consultatie gegaan.

Het gebrek aan steun voor haar uitleg weerhield de AP er niet van om boetes op te leggen op basis van haar normuitleg. Het wekt geen verbazing dat deze direct werden aangevochten. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State draaide in de *VoetbalTV*-zaak nog vakkundig om de hete brij heen en liet zich niet expliciet uit over de houdbaarheid van de normuitleg van de AP. Dit terwijl in eerste aanleg de rechtbank Midden-Nederland juist vrij duidelijk de normuitleg van tafel veegde. De rechtbank Amsterdam zag in de *KNLTB*-zaak voldoende aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. Dit was een klein succesje voor de AP in dit slepende dossier, maar de vraag is tegen welke prijs en wie die rekening betaalt.

De AP had namelijk in haar boetebesluit in de *KNLTB*-zaak *alleen* de eerste stap van de driestappentoets afgelopen. Het noodzakelijkheidsvereiste (stap 2) en de belangenafweging (stap 3) werden niet getoetst in het boetebesluit van de AP. Blijkens de verwijzingsuitspraak is dit later wel gebeurd, ik neem aan in het besluit op bezwaar (ECLI:NL:RBAMS:2022:5565,

r.o. 2.3.). Door dit pas later te doen in een, op moment van schrijven, ongepubliceerd besluit op bezwaar, is vooralsnog onduidelijk of er voldoende aanknopingspunten zijn voor de rechtbank om de handschoen daadwerkelijk op te pakken en de gehele stappentoets te doorlopen. Ik hoop van wel.

Het alternatief, namelijk dat de rechtbank mogelijk de boete van tafel veegt bij gebrek aan motivering door de AP, zelf in de zaak voorziet en geen ander besluit neemt in plaats van het vernietigde besluit, net als de rechtbank Midden-Nederland in de *VoetbalTV*-zaak, lijkt me onwenselijk. Het houdt allereerst het foutieve beeld in stand dat in de media is ontstaan, namelijk dat dit soort datahandelachtige praktijken, ‘dus’ door de rechter zouden zijn goedgekeurd. Daarnaast heeft het Hof van Justitie EU in deze zaak ook duidelijk gemaakt dat er gereede twijfel bestaat of de door de *KNLTB* aangevoerde belangen de noodzakelijkheidstoets en de belangenafweging kunnen doorstaan. Het ging hier bijvoorbeeld om gegevensverstrekking aan een kansspelaanbieder.

Of een verwerking uiteindelijk onrechtmatig is omdat er geen sprake is van een gerechtvaardigd belang of dat deze sneuvelt op de andere stappen van de driestappentoets maakt niet uit. Daarom is het handelen van de AP moeilijk te verenigen met de woorden van de voorzitter van de AP in het FD op 2 november jl.: ‘Ik zie het dan ook niet snel gebeuren dat enkel een commercieel belang na toetsing van de burgerrechten leidt tot rechtmatige verwerking’. De vraag dringt zich op waarom er dan zoveel energie en schaarse capaciteit van de AP is besteed aan stap 1, als het toch voorname-lijk een principiële kwestie betreft die in de praktijk vrijwel geen effect heeft omdat het gerechtvaardigde belang toch zou sneuvelen in stap 2 of 3.

Begrijp me niet verkeerd, principiële kwesties in het gegevensbeschermingsrecht mogen natuurlijk door de AP worden aangekaart, juist omdat zij met haar unieke positie een beter overzicht heeft van de werking van het gegevensbeschermingsrecht. Wanneer de toezichthouder signaleert dat de geldende uitleg van de wet niet de gewenste effecten heeft, mag (moet?) hij dit kenbaar maken. Echter, een boetebesluit is daarvoor niet het geijkte middel.

Ik hoop dan ook dat in het vervolg de AP haar eigen mantra zoals verwoord door de voorzitter in het FD interview in gedachten houdt: ‘bij twijfel, voordeel burger’. Wanneer de AP zich afvraagt of een principeel punt moet worden gemaakt, zou de keuze moeten vallen op kwesties die daadwerkelijk effect hebben in de praktijk en het belang van de burger dienen.

Anna Berlee, lid van de redactieraad