

University of Groningen

VoetbalTV: Lots of spectators, but who scores?

Moyakine, Evgeni; Ritsema van Eck, Gerard

Published in:
Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Moyakine, E., & Ritsema van Eck, G. (2023). VoetbalTV: Lots of spectators, but who scores?. 2023/116. Casenote over: Raad van State, 27/07/2022, 202100045/1/A3, ECLI:NL:RVS:2022:2173 *Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens*, 2023(7), 433-445.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

JBP 2023/196 - VoetbalTV: Veel toeschouwers, maar wie scoort er?

Gegevens

Publicatie

JBP 2023/196

Instantie

Raad van State

Datum uitspraak

27 juli 2022

Datum publicatie

19 december 2023

Annotator

mr. dr. E. Moyakine

Universitair docent, Rijksuniversiteit Groningen.dr. G.J. Ritsema van Eck

Universitair docent en postdoctoraal onderzoeker, Rijksuniversiteit Groningen.

ECLI

[ECLI:NL:RVS:2022:2173](#)

Zaaknummer

202100045/1/A3

Relevante informatie

[AVG art. 6](#)

Inhoudsindicatie

Gerechtvaardigd belang, Commercieel belang, Videoplatform, Amateurvoetbal

Noot

1. In deze annotatie voor de jubileumbundel gaan we in op een spraakmakende zaak die uiteindelijk niet de duidelijkheid schiep waar velen zo op hoopten: *VoetbalTV/AP*. Beide partijen kwamen niet zonder kleerscheuren uit deze zaak: VoetbalTV was al failliet voor de eerste zitting had plaatsgevonden en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) liep een deuk op in haar geloofwaardigheid: noch voor de rechtbank, noch voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) kon zij aan het langste eind trekken. Kern van het geschil was de vraag of een zuiver commercieel belang een gerechtvaardigd belang in de zin van art. 6 lid 1 onder f AVG kan zijn.

2. In deze annotatie bespreken wij onder meer waarom zowel de procespartijen als het bredere vakgebied nog enige tijd in het ongewisse zullen blijven over het definitieve antwoord op deze vraag. Eerst behandelen we de feiten van de zaak, dan het gerechtvaardigd belang in het algemeen, en dan beide uitspraken. Daarna gaan we in de analyse eerst in op het zuiver commercieel belang in de AVG en plaatsen we deze discussie binnen een breder kader door ook de e-Privacyrichtlijn (en de voorgestelde e-Privacyverordening) te betrekken. In de conclusie zullen we kort reflecteren op recente ontwikkelingen rondom het gerechtvaardigd belang in *Meta/Bundeskartellamt* en *KNLTB*.

Feiten van de zaak

3. VoetbalTV was een in 2018 door de KNVB en Talpa Networks opgerichte joint venture. Het videoplatform 'VoetbalTV' richtte zich op het registreren en uitzenden van amateurvoetbalwedstrijden die hier normaliter niet voor in aanmerking zouden komen. Dit werd bereikt door gebruik te maken van slimme camera's langs het veld die automatisch de bal volgden. Met behulp van algoritmes werden achteraf automatisch samenvattingen van wedstrijden gemaakt. Daarnaast was er een kleine redactie die handmatig 'highlights' selecteerde. De volledige wedstrijden, de samenvattingen en de highlights konden teruggekeken worden via de VoetbalTV-app, waarop het ook mogelijk was gegevens te verzamelen en te delen. Voor trainers bevatte de app bovendien een speciale analysetool. Begin 2020 namen 153 voetbalclubs deel aan het platform en werden er maandelijks tussen de 2.500 en 3.000 wedstrijden opgenomen.

4. In mei 2019 publiceerde de AP een conceptonderzoeksrapport met betrekking tot de rechtmatigheid van verwerkingen van persoonsgegevens door VoetbalTV en in november van hetzelfde jaar werd een definitief onderzoeksrapport gepubliceerd: uit dat onderzoek is gebleken dat VoetbalTV persoonsgegevens zonder geldige rechtsgrondslag verwerkte. Eind november 2019 nam de AP zich voor om tot handhaving over te gaan, maar een daadwerkelijk besluit bleef uit. Gezien de grote economische onzekerheid waarin VoetbalTV hierdoor verkeerde, heeft het bedrijf op 20 mei 2020 een beroep niet-tijdig beslist ingesteld. Dit heeft uiteindelijk op 16 juli 2020 geleid tot de oplegging door de AP van een bestuurlijke boete van € 575.000. De lange periode van onzekerheid, bovendien culminerend in een hoge boete die waarschijnlijk wederom de opmaat vormde tot een lange en onzekere rechtsgang, bleek te veel: VoetbalTV werd op 11 september 2020 failliet verklaard. Aangezien het beroep niet-tijdig beslist mede betrekking had op het bestreden besluit, en partijen al voor het faillissement waren uitgenodigd voor een zitting, werd deze toch door de rechtbank behandeld. Daarover meer onder het kopje 'Aangevallen uitspraak', eerst zullen we de gerechtvaardigde belangen in hun algemeenheid behandelen.

Gerechtvaardigde belangen als rechtsgrond in de AVG

5. Art. 6 lid 1 AVG, waarin het rechtmatigheidsbeginsel van art. 5 lid 1 onder a AVG is uitgewerkt, voorziet in zes limitatief opgesomde rechtsgrondslagen op basis waarvan een verwerking van persoonsgegevens kan plaatsvinden. Een van deze grondslagen wordt in de private sector regelmatig met dankbaarheid benut, namelijk de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of derden waarvoor de verwerking noodzakelijk is. Overheidsinstanties kunnen zich niet op deze grondslag beroepen bij het uitoefenen van hun taken.

6. Het beroep op gerechtvaardigde belangen is uitgesloten indien de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkenen wiens persoonlijke informatie wordt verwerkt, prevaleren boven deze gerechtvaardigde belangen. In considerans 47 AVG is verder opgenomen dat bij deze rechtsgrondslag rekening moet worden gehouden met

redelijke verwachtingen van de betrokkene die uit zijn verhouding met de verwerkingsverantwoordelijke voortvloeien. Vervolgens worden situaties verduidelijkt waarbij een gerechtvaardigd belang aanwezig is, en wordt gesteld dat dat het geval is als er een relevante en passende verhouding tussen de betrokkene en de verantwoordelijke bestaat, zoals wanneer de eerstgenoemde in dienst van de laatstgenoemde is of zijn klant is. Het is wel van belang te beseffen dat de verwerkingsverantwoordelijke zorgvuldig dient vast te stellen of er inderdaad sprake is van een gerechtvaardigd belang en of de betrokkene al op het moment waarop zijn persoonlijke informatie wordt verzameld en gedurende dat proces redelijkerwijs mag verwachten dat een verwerking met dat specifieke doel kan worden uitgevoerd.

Aangevallen uitspraak

7. In de zaak *VoetbalTV* die voor de rechtbank Amsterdam speelde, ¹ was de AP als verweerder van mening dat zowel het filmen als het op het internet uitzenden van amateurvoetbalwedstrijden door VoetbalTV in strijd met de AVG was. Deze verwerkingen geschieden volgens verweerder zonder een geldige grondslag van art. 6 lid 1 AVG en waren dus onrechtmatig. Aangezien de door eiseres gemaakte opnames en het verspreiden daarvan via de app inbreuk maakten op de rechten van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op bescherming van persoonsgegevens van talrijke voetballende betrokkenen, waaronder kinderen, waren deze betrokkenen de controle over hun persoonlijke informatie kwijt en moest deze ernstige overtreding worden beëindigd. Er volgde een boete ter hoogte van € 575.000. De AP stelde dat een gerechtvaardigd belang een belang is dat in wetgeving of ergens in het geschreven of ongeschreven recht als een rechtsbelang wordt gekwalificeerd en ‘een min of meer dwingend en specifiek karakter’ heeft. Zuiver commerciële belangen en winstmaximalisatie die bij het exploiteren van het VoetbalTV-platform centraal staan, zijn volgens de toezichthouder niet specifiek genoeg en zijn niet van dringend wettelijke aard; derhalve kunnen ze niet als gerechtvaardigde belangen worden aangemerkt.

8. VoetbalTV meende dat de AP onbevoegd was om de boete in kwestie op te leggen aangezien de journalistieke exceptie ex art. 85 AVG en art. 43 Uitvoeringswet AVG van toepassing was. Dat betoog werd door de rechtbank verworpen: op de journalistieke exceptie kon geen beroep worden gedaan nu ze niet van toepassing is op de verwerkingen van persoonsgegevens die door het bedrijf worden uitgevoerd en waar de boete van de AP betrekking op heeft. De opname en de uitzending van voetbalwedstrijden dienen namelijk niet uitsluitend een journalistiek doel. Door op grote schaal persoonsgegevens te verzamelen en te verwerken, zonder ze te filteren, zendt VoetbalTV enkel amateursport en -spel uit waarbij de video-opnames geen bekende personen vastleggen en geen bijdrage aan een publiek debat leveren.

9. Met betrekking tot het ontbreken van een gerechtvaardigd belang stelde VoetbalTV dat de uitleg die door de AP werd gehanteerd, onjuist was. Daarin stelde de toezichthouder onder andere dat gerechtvaardigde belangen zowel materieel als immaterieel kunnen zijn en merkte op dat alleen het dienen van zuiver commerciële belangen en winstmaximalisatie niet als gerechtvaardigde belangen kunnen worden beschouwd. Deze normuitleg van de AP die in deze noot nog aan bod zal komen, was volgens VoetbalTV niet conform de interpretaties van de werkgroepen en commissies van de EU, rechterlijke instanties, experts en bovendien de eerdere interpretatie van de AP zelf. In plaats van een rechtsbelang diende eiseres naar eigen zeggen een gerechtvaardigd belang te hebben, dat wil zeggen, een belang dat niet in strijd is met het geldende recht (een negatieve toets). Het hoeft dus niet te worden aangetoond dat er een rechtsbelang bestaat (een positieve toets). De rechtbank ging daarop in en verwees naar de cumulatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan bij het beroep op een gerechtvaardigd belang, zoals geformuleerd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in het arrest *Fashion ID* omtrent de soortgelijke bepaling in de Privacyrichtlijn, namelijk art. 7 onder f. ² Deze criteria werden al eerder door het Hof in zijn arrest *Rīgas satiksme* genoemd. ³ Ten eerste moet er sprake zijn van een gerechtvaardigd belang dat door eiseres wordt nagestreefd. Ten tweede dient te worden vastgesteld of het noodzakelijk is om persoonsgegevens te verwerken voor het behartigen van dat belang, waarbij wordt beoordeeld of aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. Als laatste komt het criterium van een afweging tussen de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkenen ter sprake.

10. De rechtbank ging mee in het standpunt van VoetbalTV dat er aan de hand van een negatieve toets dient te worden bepaald of er sprake is van een gerechtvaardigd belang. Dat wil zeggen dat het een legitiem belang moet zijn dat niet in strijd met de wet is. Het is aan eiseres zelf om dat belang te stellen en om daar daadwerkelijk naar te handelen. De rechtbank voegde daaraan toe dat de benadering van verweerder duidelijk te strikt was geweest en dat het begrip 'gerechtvaardigd belang' juist 'op een open en flexibele manier' had moeten worden geïnterpreteerd, aangezien het 'als buitengrens' en niet 'als een drempel' voor de beoordeling dient. Verweerder was ten onrechte niet toegekomen aan de vraag of er voldaan was aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij de noodzakelijkheidstoets en had ten onrechte geen belangenafweging uitgevoerd. De rechtbank concludeerde dat de toetsing die door verweerder was verricht, van een verkeerde uitleg van de term 'gerechtvaardigd belang' was uitgegaan en onverenigbaar was met art. 6 lid 1 onder f AVG. Daardoor was sprake van een onzorgvuldig genomen besluit in de zin van art. 3:2 Awb. Het ingestelde beroep werd gegrond verklaard en het bestreden boetebesluit werd vernietigd.

Uitspraak in hoger beroep

11. De AP stelde hoger beroep in tegen deze uitspraak bij de Afdeling. ⁴ Ten eerste betoogde zij dat de rechtbank het beroep had moeten terugverwijzen voor behandeling als bezwaar, in lijn met art. 6:20 lid 4 Awb. Zo had de AP de zorgvuldigheidsgebreken die door de rechtbank waren geconstateerd, kunnen verhelpen. De Afdeling gaat hier niet in mee gezien de systematiek van de Awb en het verloop van de zaak, waardoor dit eerste betoog faalt.

12. Belangrijker voor deze annotatie is het betoog van de AP met betrekking tot het gerechtvaardigd belang. Hier betoogt zij dat de negatieve toets, zoals toegepast door de rechtbank, niet in lijn is met het doel van de AVG en art. 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens dat het recht op privacy waarborgt. Met het oog op deze doelstellingen en rechten ligt het volgens de AP niet voor de hand om het gerechtvaardigd belang breed uit te leggen. Hieruit volgt dan ook dat een zuiver commercieel belang geen gerechtvaardigd belang kan zijn. Aangezien het HvJ EU zich nog niet over deze vraag heeft uitgelaten, verzoekt de AP de Afdeling om prejudiciële vragen te stellen. De Afdeling concludeert echter dat het stellen van zulke vragen niet nodig is, en de redenering naar deze conclusie toe vormt de kern van de uitspraak.

13. Ten eerste verwijst de Afdeling naar de drie cumulatieve voorwaarden voor een geslaagd beroep op het gerechtvaardigd belang als verwerkingsgrondslag die volgen uit *Fashion ID* en *Rīgas satiksme*: het is dezelfde driestappentoets waarnaar de rechtbank eerder al verwees. In het kort: is er een gerechtvaardigd belang, is er sprake van een noodzakelijke persoonsgegevensverwerking, en valt de belangenafweging uit in het voordeel van de verwerkingsverantwoordelijke? De AP betoogt dat VoetbalTV slechts een zuiver commercieel – en daarmee niet gerechtvaardigd – belang had, en logischerwijs strandde op de eerste stap van deze toets. VoetbalTV stelt daartegenover dat zij ook nog vele andere belangen nastreefde: het verhogen van spelplezier, de mogelijkheid tot technische analyses en de mogelijkheid voor vrienden en familie om wedstrijden te kijken waarbij ze zelf niet aanwezig kunnen zijn. Als laatste belang stelt VoetbalTV privacy zelf; immers, andere kanalen waarop beelden zouden kunnen verschijnen, wordt de pas afgesneden.

14. De Afdeling oordeelt dat het op de weg van de AP had gelegen om de belangen te onderzoeken die VoetbalTV zegt na te streven: worden deze belangen werkelijk behartigd door de verwerkingen en zijn zij gerechtvaardigd? Klingenberg heeft eerder in dit blad betoogd dat, als dit wel gebeurd was, de conclusie had moeten zijn dat geen van de ingebrachte belangen een beroep op het gerechtvaardigd belang had kunnen doorstaan: zij zijn ofwel niet specifiek genoeg of de ondernomen verwerkingen zijn niet noodzakelijk om het belang na te streven. ⁵ De Afdeling lijkt hier anders over te denken door, overigens zonder verdere onderbouwing, te stellen dat er *in casu* geen sprake was van een louter commercieel belang. Hoe het ook zij: de AP heeft simpelweg in zijn algemeenheid geconcludeerd dat er slechts sprake was van een zuiver commercieel belang, zonder in te gaan op de andere – niet-commerciële – belangen. Hierdoor heeft de AP voorts de tweede en derde stap van de *Fashion ID*- & *Rīgas satiksme*-toets en haar eigen normuitleg overgeslagen: er is niet toegekomen aan het noodzakelijkheids criterium en de afweging van betrokken belangen die uit deze jurisprudentie en

normuitleg naar voren komen. Aangezien er voorbij is gegaan aan de andere door eiser ingebrachte belangen en een belangrijk deel van de toetsing niet heeft plaatsgevonden, is het boetebesluit onzorgvuldig genomen. De Afdeling ziet daarom geen reden om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.

15. Subsidiair stelt de AP nog dat als er al een gerechtvaardigd belang was, de verwerking niet noodzakelijk was en de belangenafweging in het voordeel van de veelal jonge spelers diende uit te vallen. Hiermee lijkt de AP alsnog de stappen twee en drie van de toetsing van het gerechtvaardigd belang te willen uitvoeren. De Afdeling komt aan dit betoog echter niet toe, aangezien al is vast komen te staan dat het boetebesluit onvoldoende zorgvuldig is genomen en daarmee door de rechtbank vernietigd kon worden.

Commerciële belangen als gerechtvaardigde belangen

16. Er is geen limitatieve opsomming van mogelijke gerechtvaardigde belangen in art. 6 lid 1 onder f AVG te vinden, wat – gezien de aard van deze bepaling en de situaties waarin deze wordt toegepast – niet onbegrijpelijk is. De AVG-preambule geeft wel een aantal voorbeelden zoals het voorkomen van fraude maar ook direct marketing. Vooral het tweede voorbeeld kan worden gezien als een zuiver commercieel belang en de nadere logische vraag rijst: zijn dergelijke commerciële belangen eigenlijk te beschouwen als gerechtvaardigde belangen waar verwerkingsverantwoordelijken in de praktijk een beroep op kunnen doen?

17. Volgens de eerdergenoemde normuitleg van de Nederlandse toezichthouder die na de uitspraken van de rechtbank en de Afdeling nog steeds op zijn website is te raadplegen, ⁶ moet die vraag ontkennend worden beantwoord. In deze toelichting gaat de AP in op het toetsingskader voor de grondslag van art. 6 lid 1 onder f AVG en geeft aan dat er aan een drietal in de jurisprudentie van het HvJ EU geformuleerde voorwaarden moet worden voldaan. Daarbij wordt gesteld dat gerechtvaardigde belangen rechtsbelangen zijn die in wetgeving of elders in het recht zijn vastgelegd, en dat verwerkingsverantwoordelijken of derden zich alleen op die geschreven of ongeschreven rechtsregels of -beginselen kunnen beroepen, ook al zijn ze niet altijd voldoende nauwkeurig en helder. Als enkele voorbeelden van typische gerechtvaardigde belangen noemt de toezichthouder onder andere het beschermen van de privésfeer, het onderzoeken en beëindigen van grensoverschrijdend gedrag in werkrelaties, het tegengaan van fraude, oplichting of ander onrechtmatig gedrag en het beveiligen en beschermen van computersystemen. Opmerkelijk is dat de AP er een kanttekening bij maakt en aangeeft dat de belangen in kwestie steeds ‘echt, concreet en rechtstreeks’ moeten zijn en dat het exclusief dienen van zuiver commerciële belangen, winstmaximalisatie en het volgen van het gedrag van klanten niet als gerechtvaardigde belangen zijn te kwalificeren.

18. De Europese Commissie was bepaald niet te spreken over de in haar ogen onjuiste interpretatie van het begrip ‘gerechtvaardigd belang’ door de Nederlandse toezichthoudende autoriteit en heeft in een aan de AP gerichte brief benadrukt dat de strikte interpretatie van dat begrip niet in overeenstemming is met de AVG, de richtsnoeren van de Artikel 29-werkgroep (de voorloper van het Europees Comité voor gegevensbescherming) en de rechtspraak van het HvJ EU. ⁷ Deze brief die door de publicaties in *NRC* kenbaar werd, ⁸ is echter niet voorgelegd aan het kabinet en is niet gedeeld met de minister voor Rechtsbescherming; ⁹ bovendien is hij ook niet ter beschikking gesteld aan de rechtbank Midden-Nederland en de hoogste bestuursrechter van het land in de eerdergenoemde gerechtelijke procedures. In zijn reactie daarop meldt de AP dat zij, gezien haar onafhankelijke status als toezichthoudende autoriteit die uit art. 51 lid 1 AVG volgt, haar standpunt zal blijven handhaven. ¹⁰ Ofschoon de Commissie in haar brief voor de interne markt en de vrijheid van ondernemerschap opkwam, is ze naar onze mening met haar uitnodiging aan de toezichthouder om de normuitleg aan te passen op de stoel van de rechter gaan zitten en heeft ze de onafhankelijkheid van de AP veronachtzaamd.

Commerciële belangen en de e-Privacyrichtlijn/-verordening

19. Al in 2014 gaf de Artikel 29-werkgroep uitleg over het begrip ‘gerechtvaardigd belang’ dat ook een van de rechtsgronden vormde voor de verwerking van persoonsgegevens onder de oude Privacyrichtlijn. ¹¹ Net zoals de vrijwel identieke bepaling van art. 7 onder f Privacyrichtlijn die volgens de Artikel 29-werkgroep flexibel is – en moet blijven – en veel ruimte voor interpretatie laat, resulteert de toepassing van de rechtsgrond van gerechtvaardigde belangen uit art. 6 lid 1 onder f AVG ongetwijfeld ook in veel rechtsonzekerheid en onvoorspelbaarheid. ¹² In haar richtsnoeren besteedt de Artikel 29-werkgroep aandacht aan direct marketing waarbij commerciële belangen een grote rol spelen, en benadrukt dat er op grond van art. 13 e-Privacyrichtlijn, dat is geïmplementeerd in art. 11.7 Nederlandse Telecommunicatiewet, toestemming als rechtsgrond voor direct-marketingactiviteiten in de telecomsector wordt gebruikt.

20. Het vereiste van toestemming is volgens de uitleg logisch in deze context aangezien men tegenwoordig een breed scala aan op zijn surfgedrag gebaseerde advertenties op verschillende apparaten krijgt voorgeschoteld, waarbij dat surfgedrag steeds gerichter en uitgebreider wordt bijgehouden en geanalyseerd: het gaat nu voornamelijk om economische belangen van bedrijven die hun klanten online en offline volgen. ¹³ Conform art. 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn en art. 11.7a Telecommunicatiewet moeten bedrijven toestemming van betrokkenen verkrijgen voor het opslaan van trackingcookies op hun apparaten zodat ze zelf kunnen instemmen met de verwerkingen die vervolgens plaats zullen vinden. De vraag is echter of het verstandig is om de inzet van soortgelijke middelen die buiten de reikwijdte van de e-Privacyrichtlijn vallen, maar op dezelfde of vergelijkbare wijze activiteiten van natuurlijke personen zowel online als offline traceren, niet aan het vereiste van toestemming te onderwerpen en bedrijven toe te staan om daarbij hun verwerkingen van persoonsgegevens op gerechtvaardigde belangen te baseren.

21. Volgens de Artikel 29-werkgroep worden niet alle vormen van marketing gedekt door datgene wat er bepaald is in de e-Privacyrichtlijn en is het aan te raden om aanvullende richtsnoeren uit te vaardigen. ¹⁴ De voorgestelde e-Privacyverordening die als *lex specialis* van de AVG de huidige richtlijn zal vervangen, bepaalt in considerans 23 en art. 10 lid 1 dat het voor de gebruikers mogelijk moet zijn om via de instellingen van hun browsers *by default* cookies van derden af te wijzen. ¹⁵ Het lijkt niet te vergezocht om te stellen dat ook betrokkenen wiens gedrag zonder hun rechtsgeldige toestemming wordt gemonitord met het enige werkelijke doel om daar geld mee te verdienen, zoals dat het geval is in de *VoetbalTV*-zaak, de mogelijkheid moeten krijgen om niet standaard aan deze volgprijktijken te worden onderworpen: het is tevens te betwijfelen of andere door eiseres aangevoerde belangen als gerechtvaardigde belangen zijn te bestempelen.

22. De AVG heeft onder meer als doelstelling het beschermen van de grondrechten en de fundamentele vrijheden van natuurlijke personen, meer in het bijzonder hun recht op bescherming van persoonsgegevens, zoals blijkt uit art. 1 lid 2 van de verordening. Terwijl voor het gebruik van tracking cookies en direct marketing-middelen dat via elektronische communicatiekanalen verloopt toestemming is vereist op grond van art. 5 lid 3 (zoals gewijzigd door art. 2 lid 5 Richtlijn 2009/136/EG) en art. 13 lid 1 e-Privacyrichtlijn, staat het bedrijven vrij om bij de inzet van andere technologieën, zoals slimme camera's en *Internet of Things*-sensoren, hun belangen of belangen van derden boven die van betrokkenen te laten prevaleren. Wat dat betreft, lijkt er een discrepantie te bestaan tussen de beschermingsniveaus die door de AVG en de EU-telecomwetgeving worden gewaarborgd.

23. Het verdient aandacht dat er in art. 13 lid 1 e-Privacyrichtlijn (dat door art. 2 lid 7 Richtlijn 2009/136/EG is gewijzigd) een opt-inregime is opgenomen voor het overbrengen van ongevraagde commerciële communicatie zonder menselijke tussenkomst, meer in het bijzonder het versturen van elektronische berichten, zoals e-mail en sms. Degene die dergelijke commerciële boodschappen verspreidt, dient van tevoren toestemming te verkrijgen van abonnees of gebruikers van openbare elektronische communicatiediensten. Als er daarentegen sprake is van een klantrelatie en dergelijke communicatie aan bestaande klanten wordt overgebracht, zoals bedoeld in het tweede lid van art. 13 e-Privacyrichtlijn, hoeft toestemming niet te worden verkregen. Onzes inziens is deze regel echter niet geschikt voor de toepassing in vergaande verwerkingen van persoonlijke informatie zoals in het onderhavige arrest. Klanten die bepaalde producten of diensten van bedrijven afnemen, mogen niet worden onderworpen aan het verzamelen en het verwerken van hun persoonsgegevens voor commerciële doeleinden die losstaan van die producten en diensten en die niet in het kader van

elektronische communicatie geschieden. Ook al is het mogelijk om de door deze bedrijven nagestreefde commerciële belangen als gerechtvaardigde belangen te categoriseren, kunnen dergelijke verwerkingen toch de noodzakelijkheidstoets niet doorstaan. Een ander argument waarom een eventuele uitzondering voor bestaande klanten, naar analogie met de e-Privacyrichtlijn, in de onderhavige zaak geen soelaas zou hebben kunnen bieden voor VoetbalTV is simpel: De spelers die gefilmd werden hadden niet per definitie een klantrelatie met het bedrijf.

24. Daarbij behoeft het vermelding dat de rechtbank Amsterdam in haar recentelijk gedane uitspraak in de zaak van Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond tegen de AP ook aandacht aan deze problematiek heeft besteed. ¹⁶ Het aanmerken van het streven van bedrijven om winst te maken door persoonsgegevens van betrokkenen te verzamelen en verder te verwerken, lijkt volgens de rechtbank namelijk te botsen met de grote mate van bescherming van de essentiële rechten en vrijheden die de AVG nastreeft en die dienen te worden bereikt. ¹⁷ De auteurs van deze noot zijn van mening dat toestemming van betrokkenen als primaire grondslag moet gelden bij verwerkingen van persoonlijke informatie voor commerciële doeleinden en dat men zich enkel in uitzonderlijke gevallen bij het succesvol doorlopen van de hiervoor vermelde driestappentoets op de grondslag 'gerechtvaardigd belang' kan beroepen.

Conclusie

25. Concluderend kan worden opgemerkt dat er een uitgebreid spectrum van belangen voldoet aan de kwalificatie van gerechtvaardigd belang zoals gehanteerd op het Europese niveau. Zuiver commerciële belangen vallen per definitie niet buiten deze categorie belangen van art. 6 lid 1 onder f AVG. Wat echter geen gerechtvaardigd belang is dat door organisaties in de private sector rechtmatig kan worden behartigd, is het genereren van inkomsten door het op grote schaal volgen van het gedrag van individuen offline en online, waarbij geen relevante en passende verhouding tussen verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen bestaat en gegevensverwerkingen tegen de redelijke verwachtingen van betrokkenen indruisen.

26. Het is noemenswaardig dat Meta – het moederbedrijf van Facebook en Instagram – eind maart 2023 heeft aangekondigd dat de rechtsgrondslag voor verwerkingen van persoonsgegevens op zijn socialemediaplatformen vanaf 5 april zou worden gewijzigd. In plaats van de uitvoering van overeenkomst, zou het bedrijf in het vervolg zich beroepen op het gerechtvaardigd belang voor het personaliseren van advertenties. ¹⁸ Meta beweert in dit kader dat er veel onduidelijkheid bestaat met betrekking tot de rechtsgronden van art. 6 lid 1 AVG die voor gerichte reclame op basis van het surfgedrag van zijn gebruikers kunnen worden gebruikt. Het gebrek aan een consistente en heldere benadering van het begrip 'gerechtvaardigde belangen' op het Europese niveau en de onenigheid tussen de Europese Commissie en de AP over puur commerciële belangen resulteert enkel in een grote mate van onduidelijkheid en onzekerheid. Uiteindelijk koos Meta toch voor het gerechtvaardigd belang als verwerkingsgrondslag voor haar commerciële activiteiten, daar de Ierse toezichthouder oordeelde dat de uitvoering van overeenkomst als grondslag in casu niet was toegestaan ¹⁹ – overigens pas nadat het Comité op 5 december 2022 een bindend besluit met deze strekking had genomen.

27. Echter, in de recente uitspraak *Meta/Bundeskartellamt* oordeelt het HvJ EU dat de personalisatie van advertenties op Facebook ook niet gebaseerd kan worden op het gerechtvaardigde belang. ²⁰ Hier verwijst het Hof zowel naar direct marketing (genoemd in overweging 47 van de AVG als gerechtvaardigd belang) als gepersonaliseerde advertenties en benadrukt dat een verwerking voor deze doeleinden kan worden gezien als een verwerking voor een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke. Bij het maken van een afweging tussen de rechten en belangen van de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene dient er volgens het Hof rekening te worden gehouden met de redelijke verwachtingen van de betrokkene, de omvang van de verwerking en de gevolgen daarvan voor de betrokkene. Ook al wordt het socialemedianetwerk van het Meta-concern gratis aangeboden, toch hoeven de gebruikers volgens het HvJ EU er in principe niet van uit te gaan dat het bedrijf hun persoonsgegevens zonder voorafgaande toestemming voor de personalisatie van reclame verwerkt. De grondrechten en belangen van de gebruikers wegen naar de mening van het Hof zwaarder dan het belang van Meta bij deze personalisatie. Bovendien worden er bij het personaliseren door het Meta-

concern dusdanig veel persoonsgegevens gebruikt dat de gebruikers het gevoel kunnen hebben dat hun privéleven continu met argusogen wordt gevolgd en dat dit hun redelijke verwachtingen ver te buiten gaat, zo redeneert het Hof. De implicatie is dat het personaliseren *an sich* een gerechtvaardigd belang kan zijn, maar dat Meta pas in de derde stap van de toets vastloopt. Expliciet maakt het Hof dit echter niet. Meta lijkt al wel zijn conclusies te hebben getrokken, en heeft in augustus aangekondigd dat het als grondslag voor gepersonaliseerde advertenties in de EU zal overgaan op toestemming. ²¹

28. Zoals beklemtoond door de Artikel 29-werkgroep, zijn nadere richtsnoeren voor de afweging van belangen die in art. 6 lid 1 onder f AVG zijn genoemd geen overbodige luxe en kan een aanvullende uitleg zorgen voor de consistente toepassing van deze bepaling in de EU. ²² Het uitvaardigen van deze richtsnoeren staat op het werkprogramma van het Comité voor 2023-2024, ²³ maar het is momenteel niet duidelijk of en hoe uitgebreid zal worden stilgestaan bij de vraag of commerciële belangen onder het begrip ‘gerechtvaardigd belang’ vallen. Deze vraag is blijven liggen in *Meta/Bundeskartellamt* waarin het Hof zich heeft beperkt tot een noodzakelijkheidstoets en belangenafweging specifiek in de context van een concern waarvan de verschillende afdelingen grote hoeveelheden persoonsgegevens uitwisselen. ²⁴ Het lijkt echter geen twijfel dat het HvJ EU zich over deze vraag zal moeten buigen: de rechtbank Amsterdam heeft hierover namelijk aan het Hof prejudiciële vragen gesteld in het bovengenoemde geschil tussen Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond en de AP. ²⁵ Hopelijk zal het Hof in de nabije toekomst uitleggen wat een gerechtvaardigd belang is en of en onder welke omstandigheden een zuiver commercieel belang als een gerechtvaardigd belang geldt. Ondertussen heeft de rechtbank Amsterdam in maart 2023 besloten om in de uitspraak in de zaak van *Data Privacy Stichting/Facebook en Meta* de beantwoording van deze vragen niet af te wachten en niet te kunnen uitsluiten dat puur commerciële belangen als een legitiem belang worden geclassificeerd. ²⁶ Alleen de tijd zal echter uitwijzen hoe de hoogste rechter van de EU zich uiteindelijk zal uitlaten over deze tegenstrijdige maar uiterst belangrijke kwestie.

mr. dr. E. Moyakine

Universitair docent, Rijksuniversiteit Groningen.
dr. G.J. Ritsema van Eck

Universitair docent en postdoctoraal onderzoeker, Rijksuniversiteit Groningen.

Voetnoten

- 1). Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, [ECLI:NL:RBMNE:2020:5111](#).
- 2). HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, par. 95 (*Fashion ID*).
- 3). HvJ EU 4 mei 2017, C-13/16, [ECLI:EU:C:2017:336](#), par. 28 (*Rīgas satiksme*).
- 4). ABRvS 27 juli 2022, [ECLI:NL:RVS:2022:2173](#).
- 5). [«JBP» 2022/116](#).
- 6). Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Normuitleg grondslag “gerechtvaardigd belang”’, 1 november 2019.
- 7). Brief van de Europese Commissie aan de Autoriteit Persoonsgegevens, 6 maart 2020 (Ref. Ares(2020)1417369 - 06/03/2020), te raadplegen via: <https://static.nrc.nl/2022/pdf/letter-dutch-dpa-legitimate-interest.pdf>.

- 8) . W. Heck & P. Olsthoorn, 'Brussel vindt Nederlandse privacywaakhond te strikt', *NRC*, 3 juli 2022, te raadplegen via: <https://www.nrc.nl/nieuws/2022/07/03/brussel-tikt-nederlandse-ap-op-de-vingers-om-te-strikte-naleving-privacywetgeving-a4135385>; W. Heck & P. Olsthoorn, 'Beschermt de Autoriteit Persoonsgegevens privacy, of verstoort ze de vrije markt?', *NRC*, 3 juli 2022, te raadplegen via: <https://www.nrc.nl/nieuws/2022/07/03/beschermt-de-ap-privacy-of-verstoort-het-de-vrije-markt-a4135384>.
- 9) . *Kamerstukken II 2022/23, Aanhangsel Handelingen, nr. 919.*
- 10) . Brief van de Autoriteit Persoonsgegevens aan de Europese Commissie, 31 augustus 2020 (ref. 2020-37-AWO-BHO), te raadplegen via: <https://static.nrc.nl/2022/pdf/20200831-letter-wolfsen.pdf>.
- 11) . Artikel 29-werkgroep, 'Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke"' in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG', 9 april 2014, WP 217.
- 12) . *Supra* noot 10 p. 6, 62.
- 13) . *Idem*, p. 55-56.
- 14) . *Ibidem*, p. 56.
- 15) . Europese Commissie, Voorstel voor een VERORDENING VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD met betrekking tot de eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens in elektronische communicatie, en tot intrekking van Richtlijn 2002/58/EG (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), COM/2017/010 final - 2017/03 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex:52017PC0010>. De laatste versie van de concepttekst zoals vastgesteld en gepubliceerd door de Raad van de Europese Unie is te raadplegen via: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6087-2021-INIT/en/pdf>. Uit die tekst is art. 10 van het voorstel van de Europese Commissie geschrapt.
- 16) . Rb. Amsterdam 22 september 2022, [ECLI:NL:RBAMS:2022:5565](https://www.rechtspraak.nl/ECLI:NL:RBAMS:2022:5565).
- 17) . Rb. Amsterdam 22 september 2022, [ECLI:NL:RBAMS:2022:5565](https://www.rechtspraak.nl/ECLI:NL:RBAMS:2022:5565), par. 5.4.
- 18) . Meta, 'How Meta uses legal bases for processing ads in the EU', 4 januari 2023 (update: 30 maart 2023 en 1 augustus 2023), te raadplegen via: <https://about.fb.com/news/2023/01/how-meta-uses-legal-bases-for-processing-ads-in-the-eu>.
- 19) . Irish Data Protection Commission, Beslissing betreffende een klacht gericht tegen Meta Platforms Ireland Limited (voorheen Facebook Ireland Limited) met betrekking tot de Facebook-dienst, 31 december 2022, te raadplegen via: <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2023-04/Meta%20FINAL%20DECISION%20%28ADOPTED%29%2031-12-22%20-%20IN-18-5-5%20%28Redacted%29.pdf>; Irish Data Protection Commission, Beslissing betreffende een klacht gericht tegen Meta Platforms Ireland Limited (voorheen Facebook Ireland Limited) met betrekking tot de Instagram-dienst, 31 december 2022, te raadplegen via: <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2023-04/Meta%20FINAL%20Decision%20%28ADOPTED%29%20-%20IN-18-5-7%20-%2031-12-22%20%28Redacted%29.pdf>.

- 20) . HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:5337 (*Meta Platforms/Bundeskartellamt*).
- 21) . *Supra* noot 18.
- 22) . *Supra* noot 12, p. 62.
- 23) . Europees Comité voor gegevensbescherming, 'EDPB Work Programme 2023/2024', 14 februari 2023, te raadplegen via: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_work_programme_2023-2024_en.pdf.
- 24) . *Supra* noot 21, par. 115-118.
- 25) . Verzoek om een prejudiciële beslissing, C-621/22, 29 september 2022.
- 26) . Rb. Amsterdam 15 maart 2023, [ECLI:NL:RBAMS:2023:1407](https://uitspraken.rechtspraak.nl?ident=NL:RBAMS:2023:1407), par. 12.68.