

KNLTB-boete: wie kaatst kan de bal verwachten of toch een misslag?

Computerrecht 2020/180

In dit artikel geeft de auteur een kritische beschouwing op het boetebesluit van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) waarbij aan de KNLTB een boete van € 525.000 is opgelegd wegens het verhandelen van persoonsgegevens met geselecteerde sponsors, na toestemming daartoe van het daarvoor aangewezen verenigingsorgaan. De auteur komt tot de conclusie dat de boete op meerdere gronden gebrekkig lijkt te zijn gemotiveerd en op diverse punten in strijd is met de wetsgeschiedenis en rechtspraak en werpt ook de vraag op welk belang de AP met de handhaving lijkt te dienen.

1. Inleiding

Op 20 december 2019 legde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) een boete van € 525.000 op aan de vereniging Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond (KNLTB) voor het verstrekken van ledengegevens aan twee sponsors. Volgens de AP zou deels sprake zijn van schending van het beginsel van doelbinding en deels van het ontbreken van een grondslag. Dit besluit werd op 3 maart 2020 wereldkundig gemaakt.²

In dit artikel probeer ik de volgende onderzoeksvraag te beantwoorden: is het boetebesluit van de Autoriteit Persoonsgegevens, alsmede het daaruit kenbare verweer van de KNLTB, in lijn met het systeem van de AVG en met de bestaande rechtspraak? Deze vraag beantwoord ik aan de hand van enkele deelvragen, althans door stil te staan bij enkele thema's. Andere thema's worden in de analyse niet betrokken; dit is een keuze die verband houdt met de beperkte ruimte die een artikel biedt.

Daartoe zal ik allereerst het boetebesluit samenvatten (par. 2). Vervolgens zal ik in paragraaf 3 enkele thema's uit het boetebesluit uitlichten en deze kritisch beschouwen. Ik sluit af met mijn conclusie (par. 4). Dit artikel is overigens gebaseerd op de feiten zoals weergegeven in de gepubliceerde versie van het boetebesluit.³

2. Samenvatting boetebesluit

De KNLTB is het overkoepelend orgaan van de tennis-sport in Nederland. Nagenoeg alle tennisverenigingen in Nederland zijn aangesloten bij de bond. Wie lid is van een bij de KNLTB aangesloten tennisvereniging is daarmee tevens automatisch lid van de KNLTB.⁴

In 2007 heeft de ledenraad van de KNLTB ingestemd met het verstrekken van naam, adres en woonplaats van KNLTB-leden aan sponsors voor briefpostacties.⁵ Medio 2017, dus tien jaar later, wordt erover gesproken deze verstrekking uit te breiden voor direct marketing via e-mail en telefoon. Op 16 december 2017 stemt de ledenraad van de KNLTB met deze uitbreiding in.⁶ Hierna start een voorlichtingscampagne met o.m. directe nieuwsberichten aan de bondsleden (2x) en de aangesloten verenigingen (1x), alsmede diverse nieuwsberichten op de website en een bijgewerkt privacystatement.⁷ In alle communicatie wordt benadrukt dat de leden hun recht van verzet kunnen invoeren en wordt ook uitgelegd hoe dat moet gebeuren. Vervolgens worden in mei en juni 2018 overeenkomsten met twee sponsors gesloten⁸ en worden in juni 2018 persoonsgegevens van KNLTB-leden aan de sponsors verstrekt.⁹ Een telemarketingcampagne van een van deze twee sponsors is op verzoek van de KNLTB vroegtijdig beëindigd.¹⁰

De Autoriteit Persoonsgegevens start een onderzoek naar aanleiding van klachten. Dit leidt uiteindelijk tot de onderhavige boete. In het boetebesluit maakt de AP een heel strikt onderscheid tussen het verzameldoel en de verdere verwerking van persoonsgegevens. In de visie van de Autoriteit Persoonsgegevens behoorde het verwerken van persoonsgegevens voor marketingdoeleinden van leden die voor 2007 lid werden niet tot de verzameldoeleneinden, nu dat doel destijds niet uit de statuten viel af te leiden en er ook geen ander verenigingsbesluit aan ten grondslag lag.¹¹ Voor de leden die na 2007 lid werden was het verwerken van persoonsgegevens voor directmarketingdoeleinden weliswaar in overeenstemming met een verzameldoel, maar was er volgens de Autoriteit Persoonsgegevens geen grondslag voor de ver-

¹ Mr. drs. Mark Jansen is advocaat bij Dirkszager legal & tax. De auteur dankt student-medewerker Tristan Wouda voor zijn diverse redactionele werkzaamheden.

² Besluit tot opleggen van een bestuurlijke boete van de Autoriteit Persoonsgegevens van 20 december 2019, raadpleegbaar via het bericht 'Boete voor tennisbond vanwege verkoop van persoonsgegevens', Autoriteit Persoonsgegevens 3 maart 2020, <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/boete-voor-tennisbond-vanwege-verkoop-van-persoonsgegevens>.

³ Voor zover de feiten onjuist of onvolledig zouden zijn weergegeven in het besluit zou dat een zelfstandige grond voor bezwaar zijn.

⁴ Zie randnummer 30 boetebesluit: onder "bondsleden" worden verstaan leden van de verenigingen die lid zijn van de KNLTB.

⁵ Randnummer 33 boetebesluit. In andere (zelf)regulering worden dergelijke "briefpostacties" overigens vaak aangeduid als "reclamepost".

⁶ Boetebesluit, randnummer 34.

⁷ Boetebesluit, randnummers 35-41.

⁸ Boetebesluit, randnummers 42-58.

⁹ Boetebesluit, randnummers 59-64.

¹⁰ Boetebesluit, randnummer 64.

¹¹ Boetebesluit, randnummers 102-103.

werking aanwezig. Uitgangspunt zou volgens de AP moeten zijn dat de betrokkene “grip op zijn gegevens zou moeten hebben” en het te gelde maken van persoonsgegevens staat daar volgens de AP haaks op.¹² Zuiver commerciële belangen kwalificeren volgens de AP dan ook per definitie niet als gerechtvaardigde belangen.¹³ Vast staat bovendien dat aan de individuele betrokkene geen toestemming is gevraagd. Daarmee is volgens de AP van een rechtsgeldige grondslag geen sprake.

De AP concludeert dan ook dat de KNLTB zowel artikel 5 als artikel 6 AVG heeft overtreden, doch noemt dit vervolgens (enkelvoudig) een overtreding.¹⁴ Bij het bepalen van de hoogte van de boete past de AP de eigen beleidsregels toe. De boete valt in categorie III, nu schending van artikel 6 hierin valt en schending van artikel 5 is gekoppeld aan de onderliggende bepaling, en dat is in dit geval artikel 6 AVG.¹⁵ De basisboete in categorie III bedraagt € 525.000.¹⁶ Hoewel de AP van oordeel is dat sprake is van een ernstige overtreding, ziet de AP geen reden om de basisboete te verhogen of te verlagen.¹⁷ De boete wordt dan ook op dat bedrag vastgesteld.¹⁸

3. Thematische analyse

Hierna zal ik het boetebesluit nader analyseren aan de hand van enkele thema's. Daarbij plaats ik eerst enkele algemene opmerkingen over hoe de boete is te zien in het bredere rechtssysteem (grondrechten, verhouding verenigingsrecht), om vervolgens nader in te gaan op de twee pijlers van de boete, te weten de vermeende schending van de doelbinding en het vermeend ontbreken van een verwerkingsgrondslag. Ik sluit af met een slotopmerking over hoogte van de boete en de rol en positie van de Functionaris Gegevensbescherming (FG).

3.1 Privacyrecht vs. verenigingsrecht: botsende grondrechten

Het is vaste rechtspraak dat het privacyrecht niet absoluut is, maar moet worden afgewogen tegen andere grondrechten en worden bezien in het licht van de functie ervan in de maatschappij.¹⁹ Die rechtspraak is gecodi-

ficeerd in de eerste inhoudelijke overweging van de AVG.²⁰

Een van de andere grondrechten is het verenigingsrecht. Dit recht wordt beschermd en erkend op grond van artikel 11 EVRM, artikel 12 EU Handvest van de Grondrechten (hierna: Handvest) en artikel 8 van onze Grondwet. De Hoge Raad noemt de vrijheid van vergadering en vereniging een groundbeginsel van onze rechtsstaat.²¹

Uitgangspunt in het verenigingsrecht is de eigen vrijheid van organisatie. De statuten bepalen o.m. tot welke verplichtingen de leden zijn gehouden en welke verbintenissen uit het lidmaatschap voortvloeien.²² De statuten van een vereniging gelden ter zake voor de rechtspersonen en de leden daarvan als objectief en bindend recht, waarvan zelfs niet bij unaniem besluit buiten de statuten om afgevoerd mag worden.²³ Die sterke werking van het verenigingsrecht wordt gebalanceerd door de mogelijkheid van het lid om zijn lidmaatschap op te zeggen. Artikel 11 EVRM beschermt immers niet alleen de zogenoemde positieve verenigingsvrijheid (het recht om zich te verenigen), maar ook de negatieve verenigingsvrijheid (het recht om niet (langer) deel uit te maken van een vereniging).²⁴

Opmerkelijk genoeg komt dit grondrecht in het hele boetebesluit niet tot nauwelijks aan de orde. In randnummer 116 komt zijdelings het argument van de KNLTB voorbij dat niemand verplicht is lid te worden en dat iedereen zich kan afmelden (naast het recht van verzet inroepen). Of dit betekent dat de bond het argument niet te berde heeft gebracht of dat de AP het argument niet gemotiveerd heeft weersproken, kan ik op basis van het boetebesluit uiteraard niet beoordelen.

Nu hier sprake is van een punitieve sanctie, rust de bewijslast dat sprake is van een overtreding op de Autoriteit Persoonsgegevens.²⁵ Ik breng in dit kader ook de bij de lezers van dit blad welbekende uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in herinnering, waarbij de boete die door de OPTA (thans ACM) aan de goed doelenloterijen (Postcodeloterij e.a.) was opgelegd wegens

12 Boetebesluit, randnummers 134-135.

13 Boetebesluit, randnummer 138.

14 Boetebesluit, randnummer 144.

15 Boetebesluit, randnummer 152.

16 Boetebesluit, randnummer 158.

17 Boetebesluit, randnummer 167.

18 Boetebesluit, randnummer 175.

19 Zie o.m. HvJ EU 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Marcus Schecken*), r.o. 48, en daar aangehaalde rechtspraak. Vgl. HvJ EU 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), r.o. 97 en 99, waarin reeds op het evenwicht tussen grondrechten werd gewezen.

20 Overweging 4. De eerste twee zinnen hiervan luiden als volgt: “De werking van persoonsgegevens moet ten dienste van de mens staan. Het recht op bescherming van persoonsgegevens heeft geen absolute gelding, maar moet worden beschouwd in relatie tot de functie ervan in de samenleving en moet conform het evenredigheidsbeginsel tegen andere grondrechten worden afgewogen.”

21 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1124, NJ 2009/396, m.nt. P. van Schilfgaarde; HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948, NJ 2014/507, m.nt. E.A. Alkema.

22 Artikel 2:27 lid 4 sub c BW resp. artikel 2:34a BW.

23 *Asser/Rensen 2-III*, 2017/41.

24 Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1451, r.o. 7.5.

25 Vgl. in dit kader de twee principiële uitspraken van de Raad van State: ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, AB 2017/386, m.nt. R. Stijnen en ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1819, JB 2017/151, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Zie ook Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, 22 april 2018, *Stcr*. 2018, 31269.

gebrek aan bewijs onderuitging.²⁶ Het lijkt mij dan ook dat het (dus) aan de Autoriteit Persoonsgegevens is, zelfs als daar geen verweer tegen gevoerd is, om te bewijzen dat in dit specifieke geval inderdaad sprake is van een wetsuitleg waarbij een juist evenwicht tussen grondrechten is gevonden. Dat volgt m.i. niet alleen uit de logica van het stelsel – waarin het privacyrecht geen absolute gelding heeft – maar ook uit de AVG zelf, waarin letterlijk staat dat bij het opleggen van boetes “naar behoren” rekening moet worden gehouden met “elke andere op de omstandigheden van de zaak toepasselijke verzwarende of verzachtende factor”.²⁷ In dat “naar behoren” zit mogelijk nog enige discretionaire ruimte voor de Autoriteit Persoonsgegevens, maar niettemin lijken grondrechten mij van dusdanig fundamentele aard dat dit evident relevante “andere factoren” zijn die duidelijk kenbaar in de motivering betrokken zullen moeten worden. Ik kan alleen maar constateren dat de Autoriteit Persoonsgegevens hier niet aan heeft voldaan.

3.2 Privacyrecht vs. verenigingsrecht: grondslag?

Het valt verder op dat zowel de AP als de KNLTB het verwerken van persoonsgegevens in de context van een vereniging trekken in de sfeer van het uitvoeren van een overeenkomst. De AP heeft het namelijk over het uitvoeren van de lidmaatschapsovereenkomst. Dat lijkt me niet juist.

De lidmaatschapsverhouding is niet een contractuele betrekking, maar een rechtsbetrekking van eigen aard.²⁸ Statutaire verbintenissen worden daardoor in beginsel niet door het algemene verbintenissenrecht beheerst.²⁹ De Rechtbank Den Haag overweegt kernachtig en letterlijk over de lidmaatschapsverhouding als volgt: “De lidmaatschapsverhouding wordt bepaald door de wet, de Statuten, de bevoegdelijk genomen besluiten van de vereniging en de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW).”³⁰ Van uitvoering van een overeenkomst is dus helemaal geen sprake in het verenigingsrecht.

Het past ook niet goed om de verwerking van persoonsgegevens in een vereniging te scharen onder de grondslag “uitvoering overeenkomst”. Het hele concept van grondslagen is geïntroduceerd bij Richtlijn 95/46. In de (summiere) toelichting bij het eerste voorstel valt te lezen dat de bij een “contractual relationship” wordt gedacht aan “processing of orders or invoicing”.³¹ In de toelichting op

het aangepaste voorstel wordt het begrip “contract” verder niet meer toegelicht, maar wordt wel duidelijk gesteld dat juist de “quasi-contractual relationship” veelal zal vallen onder het (toen nieuw geïntroduceerde) concept van gerechtvaardigd belang.³² In de door de EDPB onderschreven³³ opinie WP259_rev01 van de toenmalige artikel 29-werkgroep,³⁴ wordt betoogd dat de grondslag “uitvoering overeenkomst” zeer strikt moet worden geïnterpreteerd. In de opinie wordt gesproken over overeenkomsten als een individuele relatie tussen verwerkingsverantwoordelijke en betrokkene.³⁵ In de – niet door de EDPB onderschreven, maar wel in dit boetebesluit door de AP aangehaalde – opinie over het gerechtvaardigd belang staat een soortgelijke opvatting beschreven. Hierin wordt zelfs betoogd dat, zodra een verwerking niet meer strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst, de verwerking al niet meer onder de grondslag kan vallen.³⁶ Allerlei aan de uitvoering verwante verwerkingen, zoals klachtafhandeling, worden onder gerechtvaardigd belang geschaard.

Juist wanneer de grondslag “uitvoering overeenkomst” eng moet worden geïnterpreteerd, wordt al snel zichtbaar dat dit in de context van een vereniging gaat wringen. Een vereniging levert immers geen afgebakende diensten, waarvan eventueel nakoming kan worden afgedwongen. Een vereniging vormt juist een gemeenschap waartoe men toetreedt en waar men, binnen de kaders van de statuten van die vereniging, al dan niet in meer of mindere mate de geneugten (en de nadelen) van ondervindt. De contributie wordt niet betaald in ruil voor een specifiek aan te wijzen dienst of te leveren product, de contributie is een randvoorwaarde – vaak in combinatie met andere randvoorwaarden – om tot die gemeenschap te mogen behoren.

Met andere woorden: civielrechtelijk is een lidmaatschapsverhouding niet als een contractuele verhouding te zien. En ook privacyrechtelijk is dat lastig.

Verder lijkt het standpunt van de AP over de grondslag “uitvoering overeenkomst” haaks te staan op de opvatting dat de KNLTB geen grondslag had de persoonsgegevens aan sponsors te verstrekken. Juist een binnen de kaders

26 CbB 14 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:198, AB 2015/322, m.nt. W. Sauter.

27 Artikel 83 lid 2 sub k AVG.

28 Asser/Rensen 2-III, 2017/14.

29 Asser/Rensen 2-III, 2017/58.

30 Rb. Den Haag 21 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15841, r.o. 5.3, JOR 2017/98, m.nt. J.W.P.M. van der Velden.

31 COM 1990, 314 (final), SYN 287 en 288, 13 september 1990, p. 24. Slecht terug te vinden op de officiële EU-website, maar wel via <http://aei.pitt.edu/3768/1/3768.pdf>. Het toezenden van het product of het verwerken van de betaling zijn overigens, ongetwijfeld niet toevallig, ook de voorbeelden die terug zijn te lezen in WP217 bij de vraag hoe het begrip “overeenkomst” moet worden uitgelegd.

32 COM(92)422 (final) - SYN 287, 15 oktober 1992, p. 16, te raadplegen via: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51992PC0422&from=EN>.

33 5 EDPB 25 mei 2018, endorsement 1/2018, edpb.europa.eu/news/news/2018/endorsement-gdpr-wp29-guidelines-edpb_nl.

34 Article 29-Working Party, ‘Guidelines on consent under Regulation’ 2016/679, p. 9, te raadplegen via:

https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051.

35 Pagina 9: “De verwerking moet noodzakelijk zijn om de overeenkomst met elke individuele betrokkene na te komen.”

36 Article 29-Working Party, ‘Opinion on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 94/46/EC (WP217)’, 2014/06, p. 24, te raadplegen via:

https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_nl.pdf.

van de vereniging bevoegd genomen besluit tot het uitvoeren van een bepaalde persoonsgegevensverwerking zou in die opvatting dan immers eenvoudigweg moeten worden “nagekomen”. Anders gezegd: in de opvatting dat de verenigingsverhouding van contractuele aard is, en met de gelijktijdige erkenning dat uit statuten verplichtingen voor leden voortvloeien, zijn alle persoonsverwerkingen die uit bevoegd genomen besluiten voortvloeien per definitie “noodzakelijk”.

Alles afwegend komt het mij veel logischer voor om aan te nemen dat de verwerking van persoonsgegevens door verenigingen valt onder de grondslag van het gerechtvaardigd belang. Waarbij de rechtvaardiging voor die verwerking nu juist gelegen is in het door o.m. grondrechten erkende verenigingsrecht en het wettelijk geregelde regime omtrent het verenigingsrecht.

Het voorgaande wil overigens niet zeggen dat ik denk dat er hiermee een vrijbrief voor verenigingen is om te gaan handelen in adresgegevens. Leden kunnen de rechtmatigheid van een in een verenigingsorgaan genomen besluit immers altijd aanvechten en daarbij o.m. schending van grondrechten inroepen. Ook bij de verwerking op grond van gerechtvaardigd belang moeten die immers in de afweging worden betrokken (daarover later meer).

3.3 *Privacyrecht vs. verenigingsrecht: volmacht voor toestemming?*

In aanvulling op het voorgaande punt valt me nog iets in het boetebesluit op. Er wordt in het besluit nauwelijks tot geen onderscheid gemaakt tussen (a) de verstrekking van persoonsgegevens door de bond aan de sponsor en (b) de verdere verwerking van die gegevens door de sponsor.

Zoals hiervoor in de samenvatting aangegeven was er bij de KNLTB reeds tien jaar lang sprake van verstrekking van ledengegevens aan sponsors voor briefpostacties. Het gewraakte besluit zag er nu juist op die verstrekking uit te breiden voor communicatie per telefoon en e-mail. Daarmee komt het besluit in het domein van de antispam- en bel-me-niet-regels.³⁷ Die regels zijn in de kern samen te vatten als (i) bestaande klanten die zich niet reeds verzet hebben mogen worden gemaïld of gebeld, (ii) anderen mogen (ii-a) alleen na toestemming worden gemaïld of (ii-b) alleen worden gebeld indien ze niet in het bel-me-niet-register zijn opgenomen en (iii) aan iedereen moet het recht van verzet worden aangeboden.

De sponsor die de ledengegevens ontvangt, heeft dus toestemming van die leden nodig alvorens er mag worden gebeld of gemaïld.³⁸ De wetgever legt zodoende de lat

voor commerciële op het individu gerichte uitingen bij bepaalde communicatievormen extra hoog.

In het *Planet49*-arrest benadrukt het Hof dat toestemming een actieve handeling van de betrokkene vergt³⁹ die bovendien nog eens “specifiek op de verwerking van de betrokken gegevens gericht moet zijn”.⁴⁰ Het Hof wijst hierbij uitdrukkelijk op het risico dat de betrokkene de vraag om toestemming niet eens heeft opgemerkt.⁴¹ Uit “doorsurfen” of een andere impliciete handeling kan nauwelijks toestemming worden afgeleid.

Dat roept de vraag op of de vereniging namens de leden die toestemming kan geven. Gelet op de criteria die het Hof hiervoor stelt, lijkt me dat ingewikkeld. Alles wijst er immers op dat het Hof bij toestemming uitgaat van een individuele keuze. Daar lijkt de AP, gelet op de slotzin van randnummer 110 van het boetebesluit, ook van uit te gaan. Een individuele keuze is naar zijn aard toch lastig collectief te maken.

Toch knaagt dat ergens met het verenigingsrecht. De wet kent immers uitdrukkelijk de mogelijkheid om – binnen bepaalde kaders – leden te binden aan verenigingsbesluiten. Er zijn hierbij twee pijlers te onderscheiden:

1. de verplichtingen en de verbintenissen die uit het lidmaatschap voortvloeien op grond van respectievelijk artikel 2:27 lid 4 sub c BW en artikel 2:34a BW;
2. de rechten en verplichtingen die een vereniging ten behoeve van leden op grond van artikel 2:46 BW kan aangaan.

Het onderscheid tussen verplichtingen en verbintenissen in respectievelijk artikel 2:27 lid 4 sub c BW en artikel 2:34a BW is niet heel scherp.⁴² Voorop staat wel dat deze verplichtingen/verbintenissen een heel duidelijke statutaire basis moeten hebben. Ontbreekt die, dan is het betreffende besluit nietig op grond van artikel 2:14 BW.⁴³

Artikel 2:46 BW ziet op de zogenoemde ledencontracten.⁴⁴ Rensen noemt het een dogmatisch “merkwaardige rechtsfiguur”. Van volmacht is volgens Rensen in ieder geval uitdrukkelijk geen sprake (meer) sinds de wetswijziging in 1992.⁴⁵ De aard van de verplichting die de vereniging ten laste van haar leden kan aangaan, moet in de statuten duidelijk worden omschreven.⁴⁶

37 In Nederland beide terug te vinden in artikel 11.7 Telecommunicatiewet.

38 Behoudens bestaande klanten, maar die mocht hij toch al bellen of mailen, en daartoe zal dus niet zijn gecontracteerd met de KNLTB.

39 HvJ EU 1 oktober 2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, r.o. 52-54 (*Planet49*).

40 *Planet49*, r.o. 58.

41 *Planet49*, r.o. 55.

42 *Asser/Rensen 2-III 2017/51*.

43 Rensen, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 2:27 BW, aant. 4 (online, bijgewerkt t/m 29 mei 2020).

44 Rensen, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 2:46 BW (online, bijgewerkt t/m 1 juli 2019).

45 *Asser/Rensen 2-III 2017/53*.

46 *Asser/Rensen 2-III 2017/54*.

Uit het boetebesluit is niet op te maken welke rechtsfiguur in dit geval van toepassing is. Ook is niet duidelijk op te maken of de statuten een (voldoende duidelijke) grondslag bevatten om leden te binden. De AP stelt in voetnoot 27 slechts vast dat leden verplicht zijn besluiten van organen van de KNLTB na te leven. Dat zegt echter niets over de vraag of het bestuur bevoegd is verplichtingen aan de leden op te leggen met effect *jegens* derden. De volledige statuten van de KNLTB zijn niet bij het besluit gevoegd.

Voor zover ik het op basis van de beperkte informatie kan beoordelen, lijkt de AP deze hele botsing van grondrechten en de vraag of de vereniging namens of ten behoeve van de leden toestemming kan geven niet te (willen?) zien. Daarmee is ook onduidelijk welk belang de AP met de handhavingsactie denkt te dienen. Wellicht heeft de AP het oog gehad op de informatiele zelfbeschikking, maar dat wordt uit het besluit niet duidelijk. Bovendien kent de AVG de betrokkene geen absolute informatiele zelfbeschikking toe (dan zouden de rechten van betrokkene immers wel absoluut zijn geweest). Het is bovendien niet gezegd dat die informatiele zelfbeschikking, voor zover die al bestaat, niet binnen de verenigingsrechtelijke kaders zou zijn geborgd. Of wat simpeler uitgedrukt: waarom zou het verenigingsrecht hier niet volstaan?

Wellicht heeft de AP geredeneerd dat, juist omdat de wetgever specifiek bij direct marketing via telefoon en e-mail de lat hoger heeft gelegd, dit ook betekent dat een vereniging niet namens de leden toestemming kan geven. De redenering zou dan zijn dat uit de hele specifieke keuze van de wetgever rondom direct marketing volgt dat bij het zoeken van het juiste evenwicht in grondrechten die specifieke regels uit privacyrecht prevaleren op de meer generieke regels van de vrijheid van vereniging. Daar zou ik me overigens nog wel iets bij kunnen voorstellen. Wat een juist evenwicht van grondrechten behelst, moet immers holistisch worden bekeken, en daarbij kunnen ook andere keuzes van de wetgever in ogenschouw worden genomen. Of de AP ook zo geredeneerd heeft is niet duidelijk. Voor nu kan ik echter alleen maar vaststellen dat het besluit op dit punt (te) gebrekkig is gemotiveerd.

Naar ik heb begrepen werd in het oude informatieblad van het College Bescherming Persoonsgegevens 'Verstrekken van uw gegevens uit de ledenadministratie' overigens wel degelijk aangenomen dat toestemming via de ledenvergadering kan worden verkregen.⁴⁷ De AP stelt echter dat uit het (in stilte) verwijderen van dit informatieblad van de website reeds blijkt dat dit informatieblad niet langer relevant is.⁴⁸

47 In bevestigende zin: W. Seinen, 'Sport 2.0 en het privacyrecht', *Tijdschrift voor Sport & Recht* 2013-1.

48 Boetebesluit, randnummer 147.

3.4 Onderscheid processen: wie is verantwoordelijke?

Het gebrek aan onderscheid tussen de primaire verwerking door de bond en de verdere verwerking door de sponsor wreekt zich ook bij de vraag wie in deze eigenlijk (mede)verwerkingsverantwoordelijke is.

Het Hof van Justitie heeft in een serie arresten het begrip "verwerkingsverantwoordelijke" uitgelegd. In het arrest inzake Jehova-getuigen werd vastgesteld dat het reeds voldoende is om invloed uit te oefenen op de verwerking van persoonsgegevens om als verantwoordelijke te kwalificeren.⁴⁹ Toegang tot de persoonsgegevens is daartoe niet noodzakelijk.⁵⁰

In het *Fashion ID*-arrest heeft het Hof die ruime uitleg echter wel (enigszins) genuanceerd, door te benadrukken dat verschillende betrokken partijen "in verschillende stadia en in verschillende mate bij deze verwerking betrokken zijn" en dat zodoende ook "bij de beoordeling van het niveau van verantwoordelijkheid van ieder van hen rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval".⁵¹ Het Hof benadrukt dat per fase van de verwerking moet worden vastgesteld welke partij het doel en middelen vaststelt.⁵² Het Hof overweegt daarbij uitdrukkelijk dat een partij niet verantwoordelijk kan zijn "voor bewerkingen die vroeger of later in de verwerkingsketen plaatsvinden en waarvan respectievelijk waarvoor hij niet het doel en de middelen vaststelt".⁵³ Met andere woorden: op grond van het *Fashion ID*-arrest is een partij wellicht in formele zin snel aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke, maar in materiële/aansprakelijkheidsrechtelijke zin is dat nog maar de vraag.

Het valt op dat de Autoriteit Persoonsgegevens deze rechtspraak in het geheel niet in zijn analyse betreft. Dit terwijl het boetebesluit van na al die uitspraken is. In vier korte overwegingen in het boetebesluit stelt de AP eenvoudigweg vast dat de KNLTB op zijn minst medeverantwoordelijke is, door te overwegen dat de KNLTB het doel van de verwerking op zijn minst mede heeft bepaald.⁵⁴ Verder wordt simpelweg gesteld dat de rol van de sponsors bij de verwerkingen niet is onderzocht.⁵⁵ Dat lijkt me in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU toch wat te kort door de bocht. Juist als je zou moeten uitgaan van medeverantwoordelijkheid, vereist het HvJ EU immers dat "bij de beoordeling van het niveau van verantwoordelijkheid van ieder van hen rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval".⁵⁶ Het

49 HvJ EU 10 juli 2018, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, r.o. 68 (*Jehovan todistajat*).

50 HvJ EU 10 juli 2018, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, r.o. 69 (*Jehovan todistajat*); zie tevens HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388, r.o. 38 (*Wirtschaftsakademie*).

51 HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 70 (*Fashion ID*).

52 HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 71-74 (*Fashion ID*).

53 HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 74 (*Fashion ID*).

54 Boetebesluit, randnummers 69-72.

55 Boetebesluit, randnummer 25.

56 HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 70 (*Fashion ID*).

Hof benadrukt in dat arrest bovendien dat, zodra een partij voor een proces verderop in de keten niet langer het doel en middelen bepaalt, van verantwoordelijkheid ook geen sprake meer kan zijn.⁵⁷

Er had m.i. dus een analyse moeten plaatsvinden van waar de verantwoordelijkheid van de KNLTB begint en waar deze ophoudt. Ook had moeten worden geanalyseerd of, en zo ja voor welk deel, er sprake is van medeverantwoordelijkheid. Dat is in dit geval niet gebeurd. Dat klemt, te meer omdat de AP uitdrukkelijk meeweegt dat de leden van de KNLTB het als hinderlijk zullen ervaren dat ze ongevraagd kortingsflyers ontvangen en ongevraagd worden gebeld.⁵⁸ Dat bellen en mailen wordt echter door de sponsor gedaan, niet door de KNLTB. Die verwerkingen lijken, in de woorden van het Hof van Justitie, toch “*later in de verwerkingsketen*” plaats te vinden. Het lijkt me ook lastig vol te houden dat de KNLTB het doel van die latere verwerking bepaalt. De KNLTB zal zich immers niet bemoeien met de bedrijfsvoering van de betreffende sponsor. Voor zover de AP dat niettemin zou vinden, blijkt dat niet (duidelijk) uit het boetebesluit.

Die verdeling van verantwoordelijkheden is overigens in de praktijk nog niet eenvoudig. Mijn inschatting zou zijn dat in dit geval sprake is van zowel gezamenlijke verantwoordelijkheid (voor wat betreft de in gezamenlijkheid gemaakte keuzes) als van afzonderlijke verantwoordelijkheden (waarbij de verantwoordelijkheid van de KNLTB in ieder geval ophoudt daar waar het de eigen bedrijfsvoering van de sponsor betreft). Indien die inschatting juist is, dan zouden er voor het gezamenlijke deel in ieder geval schriftelijke afspraken moeten zijn gemaakt (vgl. artikel 26 AVG). Uit het besluit kan ik niet opmaken dat een dergelijke afspraak zou zijn gemaakt. Wel wordt een verwerkerovereenkomst genoemd,⁵⁹ maar door de anonimisering is onduidelijk tussen welke partijen deze is gesloten. Voor zover deze met de externe partij is gesloten die het bestand heeft opgeschoond,⁶⁰ lijkt dit terecht; voor zover deze met de sponsor zelf zou zijn gesloten, lijkt dit niet terecht (die is immers verwerkingsverantwoordelijke).

3.5 Doelbinding en boetebevoegdheid

De AP maakt in het boetebesluit een strikt onderscheid tussen de situatie van vóór het besluit in 2007 om gegevens aan sponsors te verstrekken en daarna.⁶¹ De gedachte is dat leden die na 2007 lid zijn geworden in de statuten hebben kunnen lezen dat leden verplicht zijn besluiten van de organen van de KNLTB na te leven. Zodoende hadden die leden navraag kunnen doen naar onderliggende

besluiten en aldus kennis kunnen nemen van het besluit van de ledenraadvergadering in 2007.⁶²

Daarbij moet worden aangetekend dat volgens de AP zelf het besluit uit 2017 – dus tien jaar later – om de marketingdoeleinden te verbreden van alleen post naar tevens elektronische direct marketing en telemarketing geen *nieuw* doeleinde is.⁶³ Juist dat besluit wordt door de AP aangemerkt als een doel dat valt te scharen onder het reeds in 2007 geformuleerde verzameldoel.

In de visie van de AP schendt de KNLTB dus voor alle leden die voor 2007 lid werden al sinds 2007 het beginsel van doelbinding. Het staat immers vast dat er sinds 2007 gegevens van leden voor “briefpostacties” worden gebruikt.⁶⁴ En de AP zelf ziet het gebruik van de gegevens voor briefpostacties of voor telefonische of elektronische direct marketing als hetzelfde doel. Opmerkelijk genoeg concentreert de AP zich vervolgens echter louter op de vermeende overtreding in 2017.

De vraag is of die keuze voor 2017/2018 niet wat te opportunistisch is. Als het gebruik van ledengegevens voor direct marketing in 2017 een schending van doelbinding is, dan was het dat in 2007 logischerwijs ook. Er lijkt in zoverre sprake van “hetzelfde feit” en van een voortdurend gepleegd delict. Of wellicht is juist geen sprake van een voortdurend gepleegd delict, maar moet iedere concrete verwerking in lijn met een eenmaal gekozen nieuw verwerkingsdoel steeds opnieuw worden gezien als een zelfstandige overtreding (ook al is dat nieuw gekozen verwerkingsdoel steeds hetzelfde). Het antwoord op deze vraag weet ik ook niet, nu Wbp- of AVG-rechtspraak hierover simpelweg ontbreekt. Voor nu signaleer ik slechts dat dit relevant zou kunnen zijn voor een eventueel beroep op verjaring.⁶⁵ Uit literatuur maak ik namelijk op dat over verjaring bij dergelijke voortdurende en/of herhalende overtredingen in de praktijk nog wel verschillend wordt geoordeeld.⁶⁶ Wat hier alles ook van zij, een duidelijke motivering waarom de keuze voor 2017/2018 is gemaakt, ontbreekt in het besluit.

Mogelijk is de keuze van de AP ingegeven door het feit dat zij niet de bevoegdheid heeft een boete op te leggen voor deze historische overtreding. Die bevoegdheid kwam immers voor opzettelijke gepleegde overtredingen eerst per 1 januari 2016 aan de AP toe.⁶⁷

3.6 Doelbinding, verzameldoel en verwerkingsdoel

Verder valt op dat de AP een heel strikt onderscheid maakt tussen het primaire verzameldoel en ieder verder verwer-

57 HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 76 (*Fashion ID*).

58 Boetebesluit, randnummer 122.

59 Boetebesluit, randnummer 47.

60 Dat maakt ik althans op uit randnummer 63.

61 Ik vind dat onderscheid overigens heel gekunsteld, want als er na 2007 geen grondslag was, was die er voor 2007 immers ook niet.

62 Boetebesluit, randnummer 103.

63 Boetebesluit, randnummer 107.

64 Boetebesluit, randnummer 103.

65 Artikel 5:45 Awb.

66 R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, onder 10.2.

67 *Stb.* 2015, 281.

kingsdoel. De redenering van de AP is hier op zich goed te volgen, maar de vraag is wel of deze ook vol te houden is.

In de redenering van de AP moet bij iedere nieuwe verwerking een vergelijking worden gemaakt tussen het oorspronkelijke verzameldoel – dus ten tijde van aanmelding als lid – en het thans voorliggende verwerkingsdoel. Hoewel ik de AP moet nageven dat deze wetsuitleg past bij een letterlijke lezing van de AVG, sluit het niet aan bij de (rechts)praktijk en is het ook bepaald niet praktisch uitvoerbaar. Daar komt nog eens bij dat de AP deze letterlijke uitleg zelf niet consequent naleeft in het eigen besluit. Ik zal dit kort toelichten.

In de (rechts)praktijk is de gewoonte ontstaan waarbij het toetsen aan het principe van doelbinding onderdeel is van een cyclisch proces waarbij periodiek het privacybeleid wordt herzien. Hierbij toetsen bedrijven en instellingen vanwege doelbinding nieuwe plannen aan het laatste met de betrokkene gecommuniceerde privacybeleid. Komt men tot de conclusie dat de nieuwe plannen onverenigbaar zijn met het bestaande privacybeleid, dan worden ofwel de plannen gestaakt, ofwel wordt het privacybeleid herzien. Bij een herziening wordt het nieuwe beleid kenbaar gemaakt aan betrokkenen, die vervolgens de kans hebben – bijvoorbeeld door het invoeren van hun rechten – zich daartegen te verzetten. Indien de betrokkene geen actie onderneemt, dan geldt dat nieuwe beleid voortaan als de nieuwe “baseline” waartegen toekomstige plannen weer worden getoetst op verenigbaarheid. Een dergelijke werkwijze sluit goed aan bij de nadruk op de redelijke verwachting van de betrokkene in de toenmalige Memorie van Toelichting bij artikel 9 Wet bescherming persoonsgegevens.⁶⁸ Het sluit ook goed aan bij de systematiek van artikel 13 lid 3 en 14 lid 4 AVG, waarin wordt benadrukt dat bij nieuwe verwerkingsdoelen vooraf informatie moet worden gegeven. En de systematiek is ook in overeenstemming met het – door de EDPB overgenomen – advies van de artikel 29-werkgroep over transparantie.⁶⁹ In randnummer 30 van die opinie staat letterlijk te lezen: *“(…) dient die informatie ruim voordat de verandering feitelijk wordt doorgevoerd aan de betrokkene te worden verstrekt (…) expliciet en doeltreffend zijn (…) dat de betrokkene de verandering niet “mist” en een redelijke termijn krijgt om a) de aard en het effect van de verandering te begrijpen, en b) zijn of haar rechten uit hoofde van de AVG in verband met de verandering uit te oefenen”*.

De WP29-opinie is dus in lijn met de hiervoor beschreven cyclische benadering waarbij het verzameldoel als het ware steeds opnieuw wordt vastgesteld. Ik stel vast dat de

AP deze opinie van de WP29 hierin niet volgt. De AP maakt immers een heel strikt onderscheid in het moment van lidmaatschap en verwerpt daarmee (impliciet) de gedachte dat die “baseline” ook voor de wat oudere leden na verloop van tijd op kan schuiven.

Sterker nog, de AP accepteert niet dat uit de statuten zelf volgt dat leden op voorhand al hebben ingestemd met een dynamisch verzameldoel. Volgens de AP zelf mag worden verwacht dat leden statuten lezen.⁷⁰ Leden lezen daarin dan dus ook dat zij verplicht zijn besluiten van de ledenraad na te leven. En volgens de AP zelf mogen de verzameldoelen van de persoonsgegevens uit de statuten worden afgeleid.⁷¹ Je zou dan dus verwachten dat leden, ongeacht in welk jaar ze lid worden, weten dat hun gegevens kunnen worden gebruikt voor de doelen die conform de besluitvorming in de vereniging worden vastgesteld. Een dynamisch verzameldoel dus. Dat accepteert de AP echter niet. Waarom de AP dat niet accepteert, en waarom ze dergelijke beperkte (selectieve) conclusies verbindt aan de statuten, volgt niet kenbaar uit het besluit.

Daar komt nog eens bij dat de AP de eigen leer van het statische verzameldoel niet consequent toepast. Indien de AP immers consequent zou zijn, dan zou ze voor ieder getroffen lid moeten onderzoeken welke statuten van kracht waren ten tijde van aanmelding, althans op zijn minst moeten aantonen dat voor een relevant deel van de betrokkenen de statuten 2005 van toepassing zijn. Van de website van de KNLTB begrijp ik dat bijna 40% van de leden tussen de 45 en 64 jaar oud is.⁷² Een deel van die mensen zal ongetwijfeld reeds vanaf de jonge jeugd jaren lid zijn. Het is daarmee niet ondenkbaar dat gegevens van bepaalde personen al wel vijftig jaar in het bezit van de KNLTB zijn. Je kunt je in alle ernst afvragen welke redelijke (privacy)verwachting een dergelijk lid had bij aanmelding, toen er nog nauwelijks privacywetgeving was.⁷³ Ook is de vraag onder welke statuten zij lid zijn geworden. Dat alles lijkt niet onderzocht te zijn, althans maakt geen (kenbaar) onderdeel uit van de motivering. Het lijkt me – mede gelet op de bewijslast die bij de AP ligt – te grofmazig om simpelweg te redeneren dat iedereen die voor 2007 lid werd niet verwachtte dat zijn haar gegevens wellicht in handen van derden zouden kunnen komen.

Het voorgaande laat overigens gelijk ook zien hoe onpraktisch de visie van de AP is. Deze veronderstelt immers dat bij de toets van doelbinding naar de ingangsdatum van lidmaatschap van ieder individueel lid wordt gekeken. Dat veronderstelt een hele omvangrijke (en daarmee privacy-

68 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 89 e.v.

69 Groep gegevensbescherming artikel 29, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, gewijzigd d.d. 11 april 2018 (WP260 rev.01), https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=622227.

70 Boetebesluit, randnummer 103.

71 Boetebesluit, randnummer 99.

72 <https://www.tennis.nl/alles-over-tennis/fit-op-de-baan/doelgroepen/senioren-45-plus/>.

73 Ik breng de lezers 28 januari 1981 in herinnering, de datum waarop Conventie 108 van de Raad van Europa ter ondertekening werd opengesteld. Op deze datum wordt sinds 2006 “Data Protection Day” gevierd.

gevoelige ...) administratie. Dat is onwerkbaar. Het hele idee van een vereniging is nu juist dat het de leden verenigt en dat zij allemaal – binnen de kaders van de vereniging en de wet – gelijk worden behandeld. Dat wordt juist in de hiervoor beschreven cyclische benadering van doelbinding bereikt. Daarbij geldt immers dat alle leden hetzelfde worden behandeld, behoudens zij die hun wettelijke rechten hebben ingeroepen. Om een parallel te trekken: moeten de tennissleden die in 1950 lid zijn geworden het tennisspel blijven spelen volgens de regels uit die tijd?

3.7 *Gerechvaardigd belang: een radicaal eigen koers*

Een ander opmerkelijk element van het boetebesluit is de visie van de Autoriteit Persoonsgegevens op de grondslag van het gerechvaardigd belang als bedoeld in artikel 6 lid 1 sub f AVG. De visie die overigens ook terugkomt in de normuitleg van de AP van november 2019.⁷⁴

Zoals ik hiervoor al kort beschreef is de grondslag van gerechvaardigd belang geïntroduceerd bij het herziene voorstel voor de privacyrichtlijn van de Europese Commissie in 1992. De bedoeling was altijd al dat een breed scala aan verwerkingen onder de grondslag zou vallen. Dat volgt meest illustratief uit de toenmalige toelichting: *“ends with a clause allowing private interests to be weighed against others. This balance-of-interest clause is likely to concern very different kinds of processing, such as direct-mail marketing and the use of data which are already a matter of public record.”*⁷⁵

In de opinie van de toenmalige artikel 29-werkgroep is ook terug te lezen dat *“het begrip ‘gerechvaardigd belang’ een breed scala aan belangen kan omvatten, in meer of mindere mate zwaarwegend, duidelijk of omstreden”*.⁷⁶ De toezichthouders benadrukken dat een belang al snel gerechvaardigd is, behoudens wettelijke verboden, en dat in de belangenafweging die in het artikel besloten ligt vervolgens de juiste balans moet worden gevonden. In de WP29-opinie wordt langs die lijn onder meer uitdrukkelijk aangenomen dat *“artikel 7, onder f), een geschikte rechtsgrond [kan] zijn voor sommige soorten marketingactiviteiten, zowel online als offline, mits er passende waarborgen bestaan”*.⁷⁷ Zie ook overweging 47 van de AVG, waarin letterlijk staat dat *“de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing kan worden beschouwd als uitgevoerd met het oog op een gerechvaardigd belang”*. De ene Nederlandse uitspraak waaruit volgt dat direct marketing gericht op een betrokkene op wie de Wet schuldsanering natuurlijke personen (WSNP) van toepassing is verklaard niet is toegestaan, doet hieraan m.i. niets af.⁷⁸ In die uitspraak lijkt vooral zwaar te wegen dat ver-

weerder niet zou hebben onderbouwd waarin het gerechtvaardigd belang gelegen is.⁷⁹ Bovendien past de rechtbank ook daar gewoon een belangenafweging toe, hetgeen overbodig zou zijn geweest als direct marketing per definitie niet gerechtvaardigd zou zijn.⁸⁰

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de grondslag van het gerechtvaardigd belang een open norm is, die van geval tot geval moet worden toegepast. Zo wordt in het *Asnef*-arrest benadrukt dat de lijst van grondslagen limitatief is, dat er geen nationale eisen mogen worden gesteld aan het gerechtvaardigd belang en er hooguit richtsnoeren uitgevaardigd kunnen worden.⁸¹ In het *Breyer*-arrest wordt dit open karakter andermaal benadrukt door te overwegen dat het niet is toegestaan *“de uitkomst van de afweging van de tegengestelde rechten en belangen (...) definitief vaststellen, zonder ruimte te bieden voor een afwijkende uitkomst wegens de bijzondere omstandigheden van een concreet geval”*.⁸² Dit wordt andermaal bevestigd in het *Rigas*-arrest.⁸³ In dat *Rigas*-arrest noemt het Hof ook de drie eisen waaraan bij de grondslag “gerechvaardigd belang” moet worden voldaan: (i) gerechvaardigd belang, (ii) noodzaak en (iii) geen prevalentie belangen betrokkene.⁸⁴ Dit wordt later in *Fashion ID* herhaald.⁸⁵

In geen van de arresten stelt het Hof nadere concrete eisen aan wat dan gerechvaardigd is. Wel is uit rechtspraak van het Hof af te leiden dat het Hof de grondslag van gerechvaardigd belang zelf ruim ziet. Zo volgt uit het *Breyer*-arrest dat het bewaren van persoonsgegevens om de goede werking van een website te borgen gerechvaardigd kan zijn, volgt uit het *Rigas*-arrest dat het zelfs “geen twijfel” lijdt dat het gerechvaardigd is om adresgegevens van de veroorzaker van schade te verkrijgen en volgt uit het (door een directmarketingorganisatie geïnitieerde) *Asnef*-arrest uitdrukkelijk dat het voor een gerechvaardigd belang een te beperkte eis is om louter gegevens uit openbare bronnen te mogen hergebruiken.

De lijn tot op heden zou dus kunnen worden samengevat als volgt: behoudens wettelijke verboden bestaat snel een gerechvaardigd belang; vervolgens moet in de belangenafweging een juist evenwicht worden gevonden.

In het boetebesluit inzake de KNLTB kiest de Autoriteit Persoonsgegevens een radicaal eigen koers. De Autoriteit Persoonsgegevens haalt geen van deze uitspraken aan en

74 Te vinden op https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_gerechvaardigd_belang.pdf.

75 COM 1992/422, p. 4.

76 WP217, p. 30.

77 WP217, p. 31.

78 Rb. Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700.

79 Zo overweegt de rechtbank onder meer: *“hieromtrent heeft verweerder niets naar voren gebracht”* (r.o. 4.10), en dat omtrent de noodzaak van direct marketing *“niet is gesteld of onderbouwd”* (r.o. 4.11).

80 Zie r.o. 4.11, slot: *“gelet op het belang van verzoekster (...) niet evenredig is aan het doel van verweerder”*.

81 HvJ EU 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*Asnef*).

82 HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, r.o. 62 (*Breyer*).

83 HvJ EU 4 mei 2017, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336 (*Rigas*).

84 HvJ EU 4 mei 2017, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336, r.o. 28 (*Rigas*).

85 HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 95 (*Fashion ID*).

stelt, ogenschijnlijk uit het niets, dat een belang alleen gerechtvaardigd is, indien het een belang is dat “ook in rechte beschermd wordt, dat beschermingswaardig wordt geacht en dat in beginsel gerespecteerd moet worden en ‘afgedwongen’ kan worden”.⁸⁶ Even later stelt de AP dat het “in beginsel ieder materieel of immaterieel belang [kan] zijn”, overigens zonder hierbij de eis van afdwingbaarheid te herhalen.⁸⁷

Vervolgens stelt de AP dat het belang om “persoonsgegevens te gelde te kunnen maken c.q. daar winst mee te kunnen maken” niet kwalificeert als een gerechtvaardigd belang.⁸⁸ Dit wordt nader onderbouwd door te stellen dat bij verwerkingen onder het gerechtvaardigd belang sprake is van verwerkingen buiten de wil van betrokkene om.⁸⁹ Ook wordt gesteld dat de gegevensbescherming zou worden uitgehouden indien commerciële belangen mogen meewegen, nu dit zou betekenen dat, indien er veel geld mee gemoeid is, de inbreuk ook verder zou mogen strekken.⁹⁰

Ik kan de koers van de AP lastig verenigen met het hiervoor geschetste (historische) kader. Voorop staat dat de grondslag nota bene o.m. voor directmarketingdoeleinden is geïntroduceerd. Waarom een belang alleen gerechtvaardigd is bij juridische afdwingbaarheid is een raadsel en past niet in de aangehaalde rechtspraak. Ik zou althans niet weten hoe je het verwerken van persoonsgegevens voor de correcte werking van je eigen website in rechte zou kunnen afdwingen (*Breyer*-arrest) of de verwerking van persoonsgegevens voor directmarketingdoeleinden en kredietwaardigheidsdoeleinden (*Asnef*-arrest). Verder miskent de AP dat “aanvaardbaar volgens wetgeving” (dus: niet verboden) iets heel anders is dan de eis dat er een wettelijk erkend recht is om gegevens te mogen verwerken. Recht is geen wiskunde.⁹¹ Het categorisch verbod op het verdienen van geld met persoonsgegevens lijkt haaks te staan op het verbod van het HvJ EU om op voorhand categorische afwegingen te maken. En de AP miskent dat, ook indien de financiële belangen groot zijn, bij de belangenafweging het belang van de betrokkene en zijn redelijke verwachting voorop blijft staan. De AP lijkt hier met een soort absurdistisch argument de eigen redenering kracht bij te willen zetten, maar laat daarmee m.i. eerder zien dat zij ogenschijnlijk krampachtig op zoek is geweest naar argumenten.

3.8 *Gerechtvaardigd belang, vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid*

De AP slaat dus uit het niets een radicaal andere koers inzake de uitleg van het gerechtvaardigd belang in. Hoe de

tennisbond hierop bedacht had kunnen zijn is mij een raadsel.

De KNLTB voelde zich kennelijk ook overvallen en heeft onder meer een beroep gedaan op het vertrouwensbeginsel. Daarbij wordt specifiek verwezen naar een informatieblad uit 2014 van de Autoriteit Persoonsgegevens zelf.⁹² Dit beroep wordt door de Autoriteit Persoonsgegevens verworpen. De Autoriteit Persoonsgegevens stelt in dat kader onder meer dat het op de weg van de KNLTB zelf had gelegen om zich ervan te vergewissen of dit informatieblad met de inwerkingtreding nog steeds relevant was, en stelt bovendien dat de KNLTB aan de hand van de WP29-opinie over het gerechtvaardigd belang, overigens eveneens uit 2014, had kunnen constateren dat ze niet meer mocht vertrouwen op de inhoud van het informatieblad.

Hoe de KNLTB uit een opinie waarin, zoals hiervoor geciteerd, nota bene letterlijk staat dat marketingdoeleinden gerechtvaardigde doeleinden kunnen zijn, had moeten afleiden dat de inhoud van een ongeveer even oud informatieblad niet langer juist is, is mij een raadsel. Hoe de KNLTB anderszins had kunnen vaststellen dat de AP van koers is veranderd inzake het gerechtvaardigd belang overigens ook.

Dat laat overigens onverlet dat een beroep op het vertrouwensbeginsel hier vermoedelijk inderdaad niet opgaat. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling moet een beroep op het vertrouwensbeginsel aan de hand van drie stappen worden getoetst: (1) de kwalificatie van de uitlating, (2) toerekening aan het bestuursorgaan en (3) de betekenis van het gewekte vertrouwen.⁹³ Daarbij overweegt de Raad van State uitdrukkelijk dat sprake moet zijn van een “welbewuste standpuntbepaling” in een “concrete situatie” en dat “algemene voorlichting” niet voldoende is om van gerechtvaardigd vertrouwen te spreken. Daarop stuit het beroep van de KNLTB vermoedelijk al af.

De kwestie doet meer denken aan het beginsel van het (formeel) rechtszekerheidsbeginsel. Van een overheid mag worden verwacht dat regels helder en voorspelbaar zijn. Vergelijk in dat kader ook het nulla-poena-sine-lege-beginsel van artikel 7 EVRM en het daaruit voortvloeiende beginsel van voorzienbaarheid.⁹⁴ Dat klemmt te meer, nu het privacyrecht – in de woorden van de Raad van State bij de introductie van de boetebevoegdheid in de Wbp – vooral bestaat uit “vage wettelijke normen”.⁹⁵

86 Boetebesluit, randnummer 131.

87 Boetebesluit, randnummer 133.

88 Boetebesluit, randnummer 134.

89 Boetebesluit, randnummer 135.

90 Boetebesluit, randnummer 136.

91 Anders dan in de wiskunde geldt in het recht zeker niet altijd dat je een minteken in een formule kunt verplaatsen om toch dezelfde uitkomst te krijgen.

92 Boetebesluit, randnummers 145-146. Uit het besluit wordt niet duidelijk op welk informatieblad wordt gedoeld, maar hoogstwaarschijnlijk betreft het hier ‘Verstrekken van uw gegevens uit de ledenadministratie’ van februari 2011.

93 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, r.o. 11 e.v.

94 R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, onder 11.2.

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

De Raad van State heeft er in datzelfde advies overigens uitdrukkelijk op gewezen dat het – te meer bij vage normen – onwenselijk is dat “*de normstelling komt te liggen bij het orgaan dat vervolgens geacht wordt om dezelfde normen via punitieve sancties te handhaven*”. Dat laatste is precies wat er hier nu gebeurt. Sterker nog, niet alleen stelt de handhaver hier zelf de norm, ook blijkt hier eerst uit de handhavingsbeslissing – dus pas achteraf – dat de handhaver zijn visie heeft veranderd over hoe om te gaan met een gerechtvaardigd belang. Hoe dat voor de KNLTB te voorzien was, is mij een raadsel.

Ook brengt de Raad van State in herinnering dat juist bij handhaving wegens overtreding van open normen er een verzwaarde motiveringsplicht geldt. Zoals ik hiervoor geschetst heb, is de motivering van de AP echter uiterst summier en valt er bovendien het nodige op af te dingen.

Kort en goed: het vertrouwensbeginsel lijkt inderdaad niet het meest sterke beginsel, maar er lijken wel legio andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur en grondrechten in te roepen door de KNLTB. Hopelijk gaat straks blijken dat de *trias politica* hier zijn werk doet.⁹⁶

3.9 Overtredingen en hoogte boete

Bij het bepalen van de hoogte van de boete door de AP vallen ook enkele zaken op.

Hoewel de AP twee overtredingen van de AVG constateert, wordt bij het bepalen van de hoogte van de boete uitgegaan van een enkelvoudige overtreding. Waarom dat gebeurt, is niet duidelijk.

Verder valt op dat de AP niet alle in artikel 83 lid 2 AVG genoemde omstandigheden in de overweging betreft. Voor zover de AP meent dat dit (impliciet) gebeurt door de verwijzing naar de eigen boetebeleidsregels, is dat niet kenbaar uit het besluit. Nu de AVG het meenemen van die omstandigheden dwingend voorschrijft, althans in ieder geval op een wijze die “naar behoren is”, lijkt me dit een motiveringsgebrek.⁹⁷

De AP lijkt bovendien haar eigen boetebeleidsregels niet consequent toe te passen, door enerzijds allerlei argumenten aan te dragen voor de ernst van de overtreding en anderzijds de hoogte van de boete vervolgens niet naar boven bij te stellen.

96 Anders dan Aleid Wolfsen onlangs in de *NRC* liet optekenen staat de AP niet boven de wet en kan zij geen wetten buiten werking stellen (<https://www.nrc.nl/nieuws/2020/05/25/van-je-schulden-hoeft-de-ggd-niet-te-weten-a4000607>).

97 Ik zou althans menen dat artikel 83 lid 2 AVG niet voor niets deze vereisten stelt; artikel 83 lid 2 AVG zou althans een dode letter worden, indien in de praktijk de in het sanctierecht ontwikkelde reguliere maatstaf voor motivering van boetebesluiten zou volstaan.

3.10 Rol functionaris gegevensbescherming

Er is kennelijk een flinke discussie gevoerd tussen partijen over de rol van de functionaris gegevensbescherming (FG).

De KNLTB stelt zich op het standpunt dat de AP ten onrechte de FG niet in het onderzoek heeft betrokken.⁹⁸ De AP stelt daar tegenover dat hij bevoegd is bij een ieder inlichtingen op te vragen, dat de verwerkingsverantwoordelijke de normadressaat is van de AVG en dat het niet zo kan zijn dat de AP afhankelijk is van een goede verstandhouding tussen FG en verwerkingsverantwoordelijke.⁹⁹

Voorop staat dat het mij niet helemaal duidelijk is wat de KNLTB met deze discussie tracht te bereiken. De regels omtrent de FG hebben immers niet een *fair trial*-karakter of iets dergelijks. Het lijkt me dus dat – ook als de KNLTB gelijk zou hebben op dit punt – die regels aan (de hoogte van) de boete niets af kunnen doen.

Dat de verwerkingsverantwoordelijke, en niet de FG, de adressant is onder de AVG lijkt me juist. Toch lijkt de AP er wel iets te gemakkelijk aan voorbij te gaan dat expliciet in artikel 39 lid 1 sub e AVG staat dat “*optreden als contactpunt voor de toezichthoudende autoriteit inzake met verwerking verband houdende aangelegenheden*” tot de taken van de FG behoort. Het is op zijn minst opmerkelijk te noemen dat de FG van de wetgever een taak krijgt opgedragen die vervolgens door de toezichthouder op die wetgeving volledig wordt gegeneerd. De AP had die wettelijke taak op zijn minst toch in de motivering moeten betrekken.

Naar mijn inschatting schiet de AP zichzelf met dit standpunt over de rol van de FG ook in de voet. Bedrijven en instellingen weten nu dat de AP de FG in feite niet serieus neemt. Dat doet daarmee logischerwijs intern bij die bedrijven en instellingen ook afbreuk aan het gezag van de FG. Voor FG’s zal de animo om een (warme) band met de AP te onderhouden er op deze manier vermoedelijk ook bepaald niet groter op worden.

3.11 Belang bij handhaving?

Het laatste thema dat ik kort aansnijdt is het belang bij handhaving door de AP. Zoals hiervoor uitgewerkt, is immers maar zeer de vraag of de betrokkenen, gelet op de bel-me-niet- en antisпамregels, überhaupt door de sponsors benaderd hadden mogen worden. En als dit wel had gemogen, dan komt de betrokkenen een absoluut recht van bezwaar toe.¹⁰⁰ Nog daargelaten de interne verenigingsrechtelijke routes die bewandeld hadden kunnen worden. De AP had de klagers daar ook met een kort briefje of ander voorlichtingsmateriaal op kunnen wijzen, in plaats van hier kostbare onderzoekscapaciteit aan te spen-

98 Boetebesluit, randnummer 78.

99 Boetebesluit, randnummers 79-82.

100 Artikel 21 lid 2 en 3 AVG.

deren. In plaats daarvan gaan we ongetwijfeld zien dat hier nog jaren over geprocedeerd gaat worden. Een *love game* voor de AP wat mij betreft.

4. Conclusie

Hiervoor heb ik aan de hand van enkele thema's getoetst in hoeverre de door de AP opgelegde boete in lijn is met het systeem van de AVG en met de bestaande rechtspraak. Mijn conclusie is dat daar nog wel het nodige op af te dingen is.

Ik constateer dat de botsing van grondrechten niet uit de verf komt (3.1), dat de overwegingen over de grondslag "uitvoering overeenkomst" niet lijken te kloppen (3.2), dat onduidelijk is of, en zo ja waarom wel/niet, een vereniging al dan niet namens de leden toestemming zou kunnen geven (3.3), dat geen onderscheid is gemaakt in het niveau van verantwoordelijkheid van partijen en daarmee ook niet voldoende deugdelijk is gemotiveerd wat hun rol is (3.4), dat de keuze voor de jaren 2017/2018 inzake schending van doelbinding wat opportunistisch lijkt en vragen oproept (3.5), dat de uitleg van doelbinding – behalve dat hij onpraktisch is – ook niet aansluit bij opvattingen van de WP29/EDPB en de rechtspraak (3.6), dat de uitleg van gerechtvaardigd belang niet te verenigen is met wetshistorie en rechtspraak (3.7), dat die uitleg bovendien schuurt met het rechtszekerheidsbeginsel (3.8), dat de vraag is of de hoogte van de boete wel voldoet aan de motiveringseisen die de AVG stelt (3.9), dat de AP gelijk lijkt te hebben over de rol van de FG, maar zichzelf met dat standpunt wel in de voet lijkt te schieten (3.10), en ten slotte werp ik de vraag op of er een redelijk belang met deze handhaving is gediend (3.11).

Naar mijn idee zijn er dan ook meerdere gronden waarop de boete geen stand zou moeten houden. De KNLTB heeft ongetwijfeld beroep ingesteld, dus we gaan zien of de rechter daar ook zo over denkt.