



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een normatief toetsingskader voor gegevensverwerking

van Eijk, N.

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Eijk, N. (2016). Een normatief toetsingskader voor gegevensverwerking. *Nederlands Juristenblad*, 91(22), 1528-1533. [1072].

<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CBD0C3&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

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), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Een normatief toetsingskader voor gegevensverwerking

Nico van Eijk¹

Aan een zo rijk preadvies als dat van Moerel en Prins kan via een korte bespreking als deze geen recht worden gedaan. Met de proeve van een nieuw toetsingskader voor gegevensverwerking, wordt de vinger op de zere plek gelegd: de bestaande en toekomstige Europese regelgeving schiet te kort: te inflexibel en statisch in een omgeving met hoge dynamiek. Er moet gezocht worden naar een alternatieve, meer normatieve aanpak die recht doet aan de complexiteit van 'big data' en die legitimiteit herstelt. Het voorstel om bij de vraag naar de geoorlooftheid van gegevensverwerking primair de aanwezigheid van een gerechtvaardigd belang uitgangspunt te laten zijn, daagt uit.

Een bespreking van het preadvies van prof. mr. E.M.L. Moerel & prof. mr. J.E.J. Prins 'Privacy voor de homo digitalis: Proeve van een nieuw toetsingskader voor gegevensbescherming in het licht van big data en Internet of Things' voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging, 10 juni 2016 te Haarlem, Handelingen NJV, 146e jaargang/2016-1, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 9-136.

De auteurs van het preadvies starten met een citaat van James Whitman uit zijn spraakmakende artikel 'The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty', dat in 2004 werd gepubliceerd in de Yale Law School Journal.² Whitman ontving vorig jaar een eredoctoraat van de Universiteit van Leuven.³ In het artikel staat het verschil tussen de Europese en Amerikaanse benadering van privacy centraal. De Europese benadering is meer op 'dignity' gebaseerd (bijvoorbeeld ten opzichte van de media: 'respecteer mijn privacy'), terwijl bij de Amerikaanse zienswijze 'liberty' (ten opzichte van de overheid: 'blijf van mijn gegevens af') meer voorop staat. Whitman schetst een realistisch, maar daarmee ook niet altijd even optimistisch beeld over de mogelijkheden om deze verschillen in benadering te overbruggen. Het is in dit verband buitengewoon interessant om te lezen hoe door hem het beroemde artikel 'The Right to Privacy'⁴ van Warren & Brandeis, dat wordt gezien als de inspiratiebron

voor het huidige privacy-begrip, wordt neergezet als een (mislukte) poging om Europese concepten naar de Verenigde Staten te halen.⁵ Een en ander doet niet af aan de kernboodschap uit het citaat: 'we have to identify the fundamental values that are at stake in the "privacy" question as it is understood in a given society'. Een boodschap die zichtbaar is in het voorstel van de preadviseurs om een 'gerechtvaardigd belang'-toets meer centraal te stellen.

Gerechtvaardigd belang

Het huidige regulieringskader is primair gebaseerd op de Europese privacyrichtlijn. Deze richtlijn wordt vervangen door een onlangs aangenomen verordening, die in 2018 in werking treedt.⁶ Kort samengevat kunnen onder de richtlijn persoonsgegevens alleen worden verwerkt wanneer algemene principes in acht worden genomen zoals doelbinding (wat is het doel van het verzamelen), dataminimalisatie (niet meer of langer verzamelen dan strikt noodzakelijk) en een grondslag. Tot de grondslagen behoren onder andere het geven van toestemming, een contractuele relatie, verenigbaarheid bij verdere verwerking maar ook het behartigen van een gerechtvaardigd belang. Dat gerechtvaardigd belang is het gerechtvaardigde belang van degene die de gegevens verzamelt 'tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert'. Oftewel het 'dignity'-belang, zoals Whitman het benoemt, vormt de begrenzing van hetgeen een gegevensverzamelaar kan doen met persoonsgegevens.

Vijf pijlers

Door het gerechtvaardigd belang meer centraal te stellen kunnen bestaande begrenzings, die volgens de auteurs niet werken en daarmee de effectiviteit en legitimiteit ondergraven, komen te vervallen of minder centraal komen te staan. Zij formuleren een en ander als de vijf pijlers van hun voorstel.⁷ De eerste pijler betreft de constatering van een 'paradigm-shift'. Data waren in het verleden een bijproduct, nu is het verzamelen van data inclusief persoonsgegevens een doel op zich. De discussie over de inmiddels tot een cliché geworden term 'big data' is een zichtbaar voorbeeld. De tweede pijler raakt het vereiste van toestemming als grondslag voor verwerking. Betoogd wordt dat dit toestemmingsvereiste niet werkt omdat er sprake is van een dusdanige complexiteit dat de gemiddelde burger deze niet meer kan bevatten. Dit is een terechte constatering, die ook terug te vinden is in andere onderzoeken.⁸ Met name empirisch – veelal speltheoretisch – onderzoek wijst uit dat toestemming een buitengewoon complex fenomeen is of het nu gaat om het geven van toestemming als zodanig of om hetgeen waarvoor men toestemming geeft. Zo realiseren veel gebruikers van email niet dat zij door op een 'ok' knop te drukken in voorkomende gevallen toegang geven tot de inhoud van hun berichten en evenmin dat die berichten niet alleen hun informatie bevatten maar ook die van degenen waarmee zij corresponderen. Hierbij past niet een reguleringsmodel dat is 'verworden tot wat we hierna zullen aanduiden als "mechanisch proceduralisme"'.⁹ De derde pijler is de constatering dat burgers steeds minder 'in control' zijn en dat degene die de data verzamelt meer over jou weet dan jij over jezelf. Denk hierbij aan de klassieke cartoon van het jongetje dat tegen president Obama zegt 'Dad says you're spying us online', waarop Obama antwoordt 'He's not your dad'. De vierde pijler is de stelling dat het onderscheid tussen gewone en 'bijzondere' persoonsgegevens niet langer houdbaar is. Bijzondere persoonsgegevens betreft een – in de betreffende regelgeving opgenomen – lijst van gegevens die als gevoelig worden gezien, zoals ras, geloof, seksuele geaardheid of medische gegevens. Terecht wordt gesteld dat de gevoeligheid van gegevens niet langer automatisch gekoppeld kan worden aan het in een hokje plaatsen van bepaalde gegevens, maar veel meer wordt bepaald door een bredere context. Gegevens wisselen van karakter, bijvoorbeeld doordat ze gecombineerd worden met andere gegevens. De laatste, vijfde, pijler is gebaseerd op de stelling dat het bestaande reguleringssysteem van gegevensverwerking te complex is

en niet werkbaar, waardoor het wordt geridiculiseerd. Tja, als men zich realiseert dat de nieuwe Europese verordening 88 pagina's beslaat in het Publicatieblad en ook van toepassing is op een webwinkel die schoenveters verkoopt en op de website van een hockeyclub, is dit een terechte constatering. Voor grote ondernemingen ligt het natuurlijk wat genuanceerder, zij kunnen zich in meer of mindere mate veroorloven om over de nodige expertise en mankracht te beschikken.

Een normatieve toets

Op basis van de gesignaleerde tekortkomingen stellen de auteurs voor om een belangenafweging meer centraal te stellen.¹⁰ Deze resulteert in een voorstel tot een nieuwe 'gerechtvaardigd belang'-toets waaraan voldaan is 'indien de betreffende gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer prevaleert'.¹¹ Indien aan deze toets wordt voldaan mogen persoonsgege-

De gevoeligheid van gegevens kan niet langer automatisch gekoppeld worden aan het in een hokje plaatsen van bepaalde gegevens, maar wordt veel meer bepaald door een bredere context

vens worden verzameld en verwerkt. Het valt meteen op dat de toets tekstueel in hoge mate overeen komt met het gerechtvaardigd belang zoals dat in het bestaande kader reeds bestaat en hiervoor is aangehaald (toegevoegd is 'welbepaald, uitdrukkelijk omschreven'). Alleen is het niet meer een van de grondslagen, maar worden andere grondslagen ondergeschikt gemaakt aan deze nieuwe gerechtvaardigd belang-toets. Zo is toestemming niet langer een zelfstandi-

Auteur

1. Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR, Universiteit van Amsterdam).

Noten

2. J.Q. Withman, 'The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty', *Yale Law Journal*, vol. 113, april 2004 (beschikbaar via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=476041>).

3. www.youtube.com/watch?v=bJssbPsDA7s.

watch?v=bJssbPsDA7s.

4. S.D. Warren & L.D. Brandeis, 'The right to privacy', 4 *Harvard Law Review*, 1890, 193.

5. Whitman, p. 1202-1211. Veel van zijn argumenten zijn ook relevant voor de lopende discussie over de uitwisseling van gegevens tussen Europa en de Verenigde Staten.

6. Richtlijn 95/49/EG, *Publ L* 281 23 november 1995; Verordening (EU) 2016/679, *Publ L* 119 4 mei 2016.

7. Preadvies, p. 18-24.

8. O.a. F. Zuiderveen Borgesius, *Improving data protection in the area of behavioural targeting* (diss. UVA Amsterdam), 2014 (<http://dare.uva.nl/record/1/434236>).

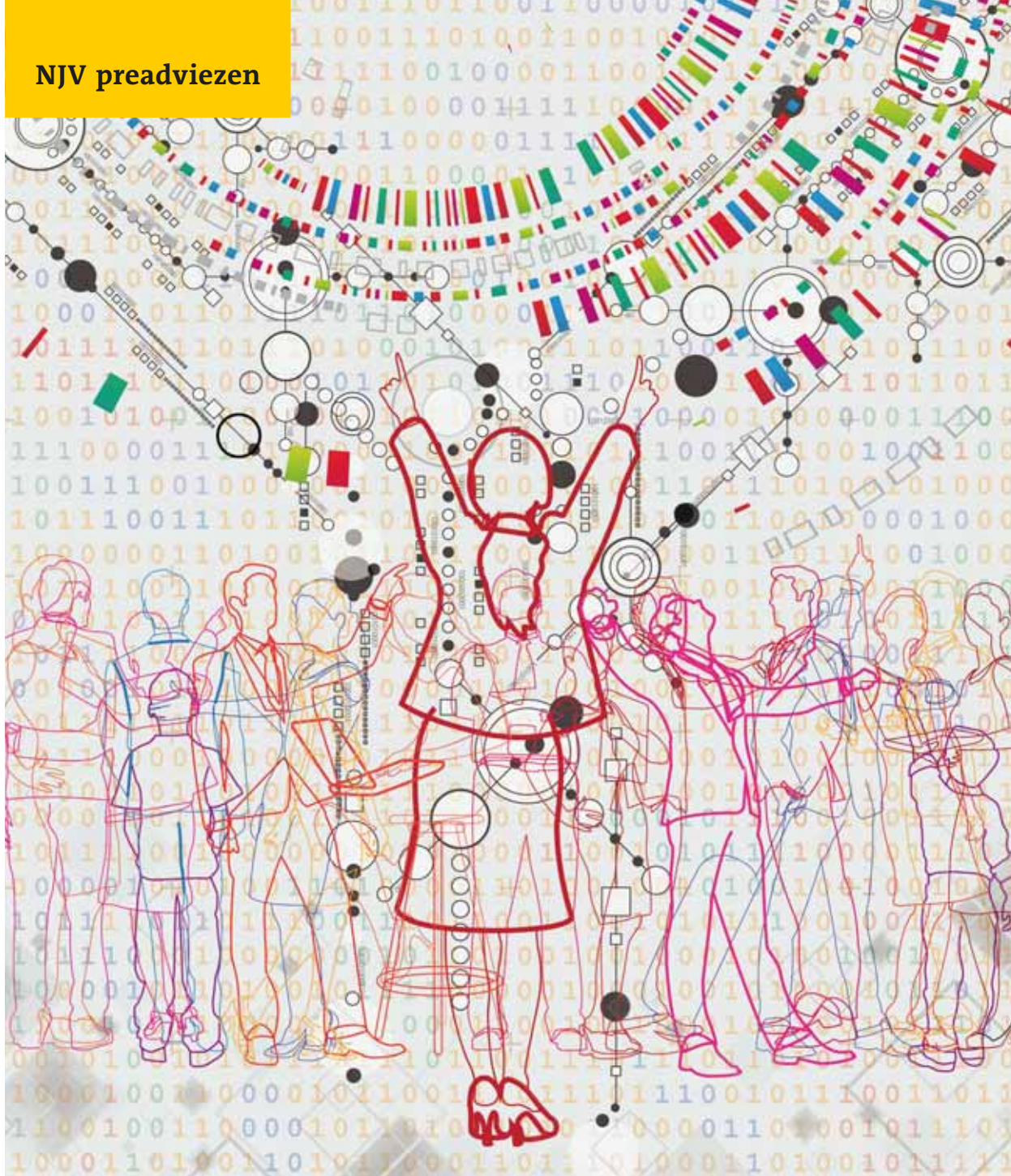
Toestemming als element van de vrije wil krijgt ook veel aandacht in de cognitieve wetenschappen. Zie voor een mooi overzicht: W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken, de psychologie van het beslissen*, (www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-overige_uitgaven/Hoe_mensen_keuzes_maken.pdf).

maken.pdf).

9. Preadvies, p. 19.

10. Zie hierover ook een bijdrage van co-auteur Prins in de afscheidsbundel voor Peter Hustinx, de voormalige European Data Protection Supervisor, met de mooie titel 'Adverse from hair-splitting: a process-based framework to balance privacy and other interests'. H. Hijmans & H. Kranenburg (eds.), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?*, 2014, p. 19-29.

11. Preadvies, p. 108.



ge grondslag, maar dient toestemming binnen de nieuwe toetsing te worden gewogen naar de bijdrage die het levert aan het grotere geheel, bijzondere persoonsgegevens hebben geen speciale status meer, enz. Gezien de vijf pijlers is dit een logische weg. Niet langer 'ticking boxes' maar een meer normatieve c.q. functionele benadering. Binnen deze aanpak kan er ook meer gewicht worden toegekend aan meer abstracte collectieve belangen, zoals uit de jurisprudentie volgt aldus het preadvies.¹²

Betekenis van de jurisprudentie

Het kiezen voor een meer normatieve/functionele benadering sluit inderdaad aan bij belangrijke ontwikkelingen in de jurisprudentie. Het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens heeft via recente uitspraken van het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nieuwe impulsen gekregen. In Luxemburg oordeelde het Hof over de rechtmatigheid van de Datarentie-richtlijn en in de *Schrems*-zaak over

het besluit van de Europese commissie over de vraag of de Verenigde Staten een afdoend beschermingsniveau bieden om Europese gegevens in de Verenigde Staten te mogen verwerken.¹³ In Straatsburg zette het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de *Zakharov*-zaak zijn in de afgelopen decennia opgebouwde jurisprudentie nog eens op een rijtje, herhaalde het eerdere uitgangspunten en bracht het verdere finetuning aan.¹⁴

Alle drie de zaken hebben gemeen dat ze betrekking hebben op het verzamelen en verwerken van gegevens door overheden in de context van traditionele rechtshandhaving en de bescherming van de nationale veiligheid. In de *Datarentie*-zaak verklaarde het Hof een richtlijn ongeldig op grond waarvan telecom-aanbieders grootschalig en langdurig gegevens moesten gaan verzamelen, onafhankelijk van de vraag of het ging om gegevens die noodzakelijk waren voor de reguliere bedrijfsvoering. Het Hof stelde met name vast dat op diverse onderdelen waarborgen ontbraken en er sprake

was van disproportionaliteit. In de *Schrems*-zaak ging de beschikking van de Europese Commissie onder meer onderuit omdat – zoals de Europese Commissie zelf had geconstateerd – de Verenigde Staten bij het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens van Europeanen een onvoldoende gelijkwaardige bescherming konden garanderen zoals Europese burgers in Europa genieten. Verwerking van persoonsgegevens vergt een degelijke onderbouwing (nut en noodzaak), maar dient bovenal te voldoen aan hoge eisen van proportionaliteit, waarbij bijvoorbeeld een heldere doelomschrijving/onderbouwing een belangrijke wegingsfactor is. Het Hof in Straatsburg oordeelt in de *Zakharov*-zaak onder meer over de mogelijkheden om claims ‘in abstracto’ te kunnen indienen en sluit het gat waardoor het mogelijk zou kunnen zijn dat er geen effectieve rechtsbescherming is vanwege het ontbreken van een voldoende concreet belang. Samenvattend kiezen beide hoven – in lijn met hun eerdere jurisprudentie – voor een functionele benadering gericht op het daadwerkelijk bieden van bescherming aan burgers bij het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens.

Beide hoven kiezen voor een functionele benadering gericht op het daadwerkelijk bieden van bescherming aan burgers bij het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens

Deze recente ontwikkeling in de jurisprudentie is eenvoudig te verklaren. Het fenomeen van ‘big data’ is nog relatief nieuw en het kost nu eenmaal enige tijd voordat zaken in Luxemburg of Straatsburg belanden. Daar komt voor wat betreft Luxemburg bij dat pas sinds 2009 de Europese Unie via het ‘Handvest van de grondrechten van de Europese Unie’ (Handvest) een eigen normatief toetsingskader heeft voor fundamentele rechten. Uit de drie uitspraken wordt tevens zichtbaar hoe beide hoge rechtscolleges interacteren. Waar het Hof van Justitie dus nog maar sinds kort te maken heeft met traditionele fundamentele rechten-vragen, kent Straatsburg een rijke historie waar het gaat om het beschermen van privacy en de ver-

werking van persoonsgegevens. Dat wordt ook door het Europese Hof van Justitie onderschreven. Zo is de *Datarentie*-uitspraak in hoge mate onderbouwd met verwijzingen naar Straatsburgse jurisprudentie, terwijl in *Zakharov* door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de Luxemburgse *Datarentie*-zaak wordt genoemd. Deze verwevenheid is voor wat betreft het Hof in Luxemburg voor de hand liggend omdat het Handvest in artikel 52 lid 3 het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) min of meer als ondergrens dicteert voor de bescherming van fundamentele rechten binnen de Europese Unie.¹⁵

De impact is ook zichtbaar in Nederland. Op basis van de Europese jurisprudentie is de nationale implementatie van de *Datarentie*-richtlijn, de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, buiten werking gesteld en is door Rechtbank en Hof Den Haag bepaald dat er voorafgaand onafhankelijk toezicht moet zijn op het afluisteren van de communicatie tussen advocaten en hun cliënten.¹⁶

Wat is de relevantie van deze jurisprudentie voor het voorstel van de preadviseurs om een gerechtvaardigd belang-toets meer centraal te stellen? Gesteld zou kunnen worden dat de drie zaken niet gaan over het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens in een private context. Dat is klassieke kritiek bij de interpretatie van jurisprudentie. Mijns inziens wordt in de uitspraken een normatief kader bevestigd en uitgewerkt dat primair betrekking heeft op algemene uitgangspunten voor het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens, zoals neergelegd in artikel 7 en 8 van het Handvest en in artikel 8 EVRM en is het daarom gerechtvaardigd een bredere context aan de uitspraken toe te kennen. Daar komt bij dat het onderscheid tussen verzamelen/verwerken in het publieke en private domein ernstig onder druk komt te staan wanneer het publieke domein zich in het kader van de uitoefening van legitieme overheidstaken toegang kan verschaffen tot data in het private domein. Er is geen zwart/wit meer in deze discussie, zoals de Snowden-ontkenningen duidelijk hebben gemaakt.

Het preadvies laat de jurisprudentie niet onbenoemd, maar baseert de onderbouwing van de gerechtvaardigd belang-toets regelmatig op interpretatieve documenten van de Artikel 29 Werkgroep. Deze werkgroep is een samenwerkingsverband van de EU-privacytoezichthouders dat niet bindende adviezen kan geven en aanbevelingen kan doen. Veel van de opinies zijn van hoge kwaliteit en dat is ook het geval met de zeer veelvuldig geciteerde opinie over het gerechtvaardigd belang als verwerkingsgrondslag.¹⁷ Maar uiteindelijk ligt de in het preadvies voorgestelde toets zeer dicht aan tegen een toetsing in concreto aan de bepalingen van het Handvest en het EVRM, al was het maar omdat Handvest en EVRM de

12. Preadvies, p. 120.

13. Respectievelijk HvJ EU 8 april 2015, C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*), en HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14 (*Maximilian Schrems vs. Data Protection Commissioner*).

14. EHRM 4 december 2015, appl. nr. 47143/06 (*Roman Zakharov vs. Russia*). Zie ook de hierbij aansluitende zaak, EHRM 12

januari 2015, appl. nr. 37138/14 (*Szabó and Vissy vs. Hungary*).

15. Art. 52 lid 3: “Voor zover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door

genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.”

16. Respectievelijk ECLI:NL:RBDHA:2015:2498 en ECLI:NL:RBDHA:2015:7436/ ECLI:NL:GHDHA:2015:2881.

17. De opinie van de Artikel 29 Werkgroep

(Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EG, d.d. 9 april 2014) refereert ook regelmatig naar jurisprudentie (o.a. p. 34/35), maar richt zich toch vooral op de uitleg van de bepalingen van de Privacyrichtlijn.

kern vormen van de voorgestelde toets. Hier had een wat uitgebreidere beschouwing direct ontleend aan de jurisprudentie bij gepast aangezien die een meer primaire interpretatiebron vormt (voor privacy als fundamenteel recht maar even zozeer voor de belangenafweging bij toetsing) en de eerder beschreven zaken dateren van na de opinie van de Artikel 29 Werkgroep.

Het falen van wet- en regelgeving

Wat het preadvies met het pleidooi voor een meer normatieve/functionele benadering en via de vijf pijlers aangeeft is het huidige falen van wet- en regelgeving. De in de Privacyrichtlijn en de nieuwe verordening neergelegde procesgedreven benadering is te instrumenteel en niet toekomstbestendig. Een en ander spreekt voor zich wanneer alleen al naar de tekst van de nieuwe verordening wordt gekeken.

Het Europese parlement, de Europese Raad, de Europese Commissie, de Nederlandse regering, de Tweede Kamer en de Eerste Kamer hebben ingestemd met regelgeving die in strijd is met de geldende fundamentele rechtenkaders

Een preambule met maar liefst 173 overwegingen en vervolgens 99 bepalingen: een verdrievoudiging ten opzichte van de Privacyrichtlijn. Voor praktijkjuristen 'a dream come true'. Tegelijkertijd een nieuw hoogtepunt in silodenken en compartimentisering die haaks staat op de meer normatieve insteek van de preadviseurs en hen leidt tot de constatering dat hun voorstel tenminste op onderdelen niet compatibel is met de verordening.

In de *Dataretentie*- en in de *Schrems*-zaak heeft het Europese Hof twee instrumenten van positief recht ongelukkig verklaard (een richtlijn en een beschikking van de Europese Commissie). Hetzelfde is gebeurd in Nederland met nationale (implementatie)instrumenten waar het eveneens gaat om het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens. Dit soort directe interventies van de rechter zijn zeldzaam. Zij geven immers aan dat de wetgever heeft gefaald: Het Europese parlement, de Europese Raad, de Europese Commissie, de Nederlandse regering, de Tweede Kamer en de Eerste Kamer hebben ingestemd met regelgeving die in strijd is met de geldende fundamentele rechtenkaders. Dit kan niet licht worden genomen en zou moeten leiden tot een substantiële herbezinning, die helaas node wordt gemist.

Withman zei het al: 'We have to identify the fundamental values that are at stake in the "privacy" question

as it is understood in a given society', maar bij de formulering van hun voorstel doen de preadviseurs ook een beroep op onder meer het theoretisch werk van Selznick voor het vinden van een oplossing.¹⁸ Selznick is de vader van het 'Responsive Law'-concept, waarbinnen interactieve processen (met de praktijk, met de daadwerkelijke beleving van burgers) moeten bijdragen aan het verhogen van de legitimiteit.¹⁹ Dit impliceert bijvoorbeeld meer flexibiliteit in plaats van het dicht timmeren op detailniveau of zoals het preadvies stelt: 'Daarvoor is meer nodig dan formele regelgeving die in procedurele zin het recht op transparantie of een vereiste van toestemming biedt, maar in materiële zin dat niet (langer) bewerkstelligt'. De complexiteit van de materie en de snelle technologische ontwikkelingen maken de noodzaak tot meer flexibiliteit en een meer normatieve/functionele toetsing in concreto alleen maar groter.²⁰

Operationaliseren van open normen

Om een systeem van meer open normen toch te operationaliseren via de voorgestelde gerechtvaardigd belang-toets zonder weer te vervallen in te strakke regulering, geeft het preadvies ter overweging om van een ex ante- naar een ex post-systeem te gaan. Niet meer vooraf regels stellen waaraan gegevensverwerking moet voldoen, maar misbruik bestraffen. Een vergelijking met de regulering van reclame en verkoopmethoden dringt zich hierbij op, zo stellen de auteurs: 'Het is immers ondoenlijk om alle denkbare vormen van reclame en handelspraktijken (die bovendien voortdurend wijzigen) in regels voor toegestane reclame te vatten. Wanneer precies reclame als misleidend en handelspraktijken als oneerlijk worden beoordeeld, heeft zich in de loop van de tijd in de rechtspraak ontwikkeld. Deze benadering toegepast op gegevensverwerking zou resulteren in een regelgevend kader waarbij gegevensverwerking is toegelaten tenzij deze als "oneerlijk" of "ongerechtvaardigd" kwalificeert (als een "unfair processing" moet worden aangemerkt) en aldus onrechtmatig is.'²¹ En eerder stellen de auteurs dat regels van consumentenrecht gebruikt zouden kunnen worden bij de handhaving.²² Deze intrigerende observaties vragen om nadere uitwerking, en het is hier dat een uitgelezen kans in het preadvies blijft liggen, al was het maar om het mogelijke verwijt te pareren dat de voorgestelde toets te algemeen is.

Een voorzet mijnerzijds: in de Verenigde Staten wordt door de Federal Trade Commission (FTC) het min of meer open normen-stelsel van oneerlijke handelspraktijken gebruikt om vraagstukken van privacy en gegevensverwerking te reguleren en handhaven. De oorsprong hiervan ligt deels bij de eerdere ervaringen met misleidende reclame.²³ De betreffende bepaling in de Federal Trade Act blinkt uit in eenvoud en sluit aan bij het soort van inkadering dat het preadvies beoogt. Section 5 van de wet stelt '*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful*'. De FTC heeft in de afgelopen jaren een interessante praktijk ontwikkeld waarbij met bedrijven (inclusief leidende internetbedrijven zoals Facebook en Google) na geconstateerd ongeoorloofd gedrag zogenaamde consent agreements zijn overeengekomen, die de verdere basis vormen voor handhaving. In deze overeenkomsten worden afspraken

Een oneerlijke handelspraktijken-perspectief sluit goed aan bij de kern van veel van de in het preadvies gesignaleerde problemen die in belangrijke mate consument-gerelateerd zijn

gemaakt over interne compliance (hoe wordt ervoor gezorgd dat binnen het bedrijf ook daadwerkelijk privacy tussen de oren komt te zitten) en transparantie zoals een verplichting om gedurende twintig jaar door een onafhankelijke partij te laten rapporteren over de naleving van de gemaakte afspraken. Aldus wordt vanuit een normatief perspectief gestreefd naar een tailormade oplossing, waarbij het wel zaak blijft om effectief te handhaven.²⁴

De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (OHP) maakt een vergelijkbare benadering mogelijk in Europa.²⁵ Zo kan de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die in Nederland toeziet op de handhaving van de richtlijn, een eigen praktijk ontwikkelen ten aanzien van handelingen bij het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens die als oneerlijke handelspraktijken kunnen worden aangemerkt. In formele zin is er geen belemmering want de Privacyrichtlijn en -verordening sluiten de toepassing van de algemene regels van de richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken niet uit. Bovendien sluit een oneerlijke handelspraktijken-perspectief goed aan bij de kern van veel

van de in het preadvies gesignaleerde problemen (de vijf pijlers) die in belangrijke mate consument gerelateerd zijn en zien op het ontbreken van een level playing field tussen aanbod en vraag. Zo biedt het verbod op misleiding (onder meer relevant voor de vraag of daadwerkelijk toestemming is verkregen), maar ook het vereiste van professionele toewijding aan betrokken ondernemingen de gelegenheid om een vertrouwensvolle relatie met de consument te realiseren.²⁶ De 'producent' is degene die de beste kennis heeft over zijn producten en hoort te kunnen inschatten wat de verwachtingen zijn van gebruikers.

Kortom, mijns inziens laten veel vraagstukken rond de verwerking van persoonsgegevens zich waarschijnlijk beter eerst framen als algemene vragen van productaansprakelijkheid, eerlijke handelspraktijken en consumentenbescherming, voordat privacy met een grote 'P' aan de orde is. Of om te eindigen met de laatste twee regels uit het artikel van Whitman: 'There is no such thing as privacy as such. The battle, if it is to be fought, will have to be fought over more fundamental values than that.' ●

18. Preadvies, p. 58-65. Rechtssocioloog Van Seters, die de opvattingen van Selznick naar Tilburg haalde – de thuisbasis van de preadviseurs – formuleerde het deficiet in zijn inaugurale rede als de crisis van het liberaal legalisme: 'formeel-juridische rationaliteit, hoeksteen van de burgerlijk-liberale rechtsstaat, heeft de grenzen van haar mogelijkheden bereikt'. P. van Seters, *Ander recht*, Tjeenk Willink, 1981.

19. P. Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 1978.

20. Zoals ook ten aanzien van andere snelle

ontwikkelingen in de informatiesamenleving wordt geconstateerd zoals de media-sector en het fenomeen van digitale platformen. Zie W. Schulz & N.A.N.M. van Eijk, *Study on the Future of European Audiovisual Regulation*, Hamburg/Amsterdam, 2015, p. 49-63; 'Digital platforms: an analytical framework for identifying and evaluating policy options', TNO/Ecofys/IViR, 2015, p. 26-40.

21. Preadvies, p. 122.

22. Preadvies, p. 115.

23. C.J. Hoofnagle, *Federal Trade Commission, Privacy Law and Policy*, New York:

Cambridge University Press 2016, p. 120. Zie over de toepasbaarheid van het oneerlijke handelspraktijken-model in de context van privacy en persoonsgegevens: E. Kannekens & N.A.N.M. van Eijk, 'Oneerlijke handelspraktijken: alternatief voor privacy handhaving', *Mediaforum* 2016/4.

24. Over de effectiviteit van de handhaving is de nodige discussie, maar het weerhield de FTC er niet van om via de rechter aan Google een boete van \$ 22,5 miljoen op te leggen wegens het niet naleven van een bepaling uit het consent agreement (<https://www.ftc.gov/news-events/press-relea->

[ses/2012/08/google-will-pay-225-million-settle-ftc-charges-it-misrepresented](https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/google-will-pay-225-million-settle-ftc-charges-it-misrepresented)).

25. Richtlijn 2005/29/EG, *Publ* L 149 11 juni 2005. De richtlijn is verwerkt via aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken* 30928, *Stb.* 2008, 397).

26. De WRR gebruikt een vergelijkbare conceptualisering ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens door de overheid door te spreken van een 'zorgplicht': WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, 2016, p. 139-141.