



Datum van inontvangstneming : 04/10/2021

Zaak C-446/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

20 juli 2021

Verwijzende rechter:

Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

23 juni 2021

Verzoeker:

■■■■■■ ■■■■■■

Verweerster:

Facebook Ireland Ltd

Voorwerp van het hoofdgeding

Algemene verordening gegevensbescherming – Facebook – Algemene gebruiksvoorwaarden – Gegevensverwerking – Toestemming – Gepersonaliseerde reclame – Persoonsgegevens die de betrokkene kennelijk openbaar heeft gemaakt – Vraag hoe dergelijke gegevens kennelijk openbaar moeten zijn gemaakt

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 6, lid 1, onder a) en b), AVG aldus worden uitgelegd dat de rechtmatigheid van contractuele bepalingen in algemene gebruiksvoorwaarden van platformovereenkomsten zoals die in het hoofdgeding (in het bijzonder contractuele bepalingen zoals: „In plaats van te betalen [...], stem je er door het

gebruik van de Facebook-producten waarop deze Voorwaarden van toepassing zijn, mee in dat we je advertenties kunnen laten zien [...] We gebruiken je persoonsgegevens [...] om je advertenties te laten zien die relevanter zijn voor jou.”), die de verwerking van persoonsgegevens voor de samenvoeging en analyse van gegevens met het oog op gepersonaliseerde reclame inhouden, dient te worden getoetst aan de vereisten van artikel 6, lid 1, onder a), juncto artikel 7 AVG, en dat in een dergelijk geval artikel 6, lid 1, onder b), AVG niet kan worden ingeroepen om die toetsing achterwege te laten?

2. Moet artikel 5, lid 1, onder c), AVG (minimale gegevensverwerking) aldus worden uitgelegd dat alle persoonsgegevens waarover een platform als in het hoofdgeding beschikt (met name via de betrokkene of via derden op en buiten het platform), mogen worden samengevoegd, geanalyseerd en verwerkt met het oog op gerichte reclame, zonder enige beperking met betrekking tot de duur of de aard van de gegevens?

3. Moet artikel 9, lid 1, AVG aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is op de verwerking van gegevens die het mogelijk maakt bijzondere categorieën van persoonsgegevens zoals politieke opvattingen of seksuele gerichtheid gericht te filteren (bijvoorbeeld voor reclame), ook al maakt de verwerkingsverantwoordelijke geen onderscheid tussen deze gegevens?

4. Moet artikel 5, lid 1, onder b), juncto artikel 9, lid 2, onder e), AVG aldus worden uitgelegd dat een verklaring over de eigen seksuele gerichtheid in het kader van een forumdiscussie de verwerking van andere gegevens over de seksuele gerichtheid toestaat met het oog op de samenvoeging en analyse van gegevens met het oog op gepersonaliseerde reclame?

Aangehaalde Unierechtelijke bepalingen

Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), met name artikel 5, lid 1, onder b) en c), artikel 6, lid 1, onder a) en b), artikel 7 en artikel 9.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Verweerster is een vennootschap naar het recht van de Republiek Ierland en is gevestigd te Dublin (Ierland). Zij heeft geen nevenvestiging in Oostenrijk. Facebook is een onlineplatform en een sociaal netwerk voor het delen van inhoud waarmee gebruikers verschillende inhoud (bijvoorbeeld tekstberichten, foto's, video's, evenementen, notities of persoonlijke informatie) kunnen uploaden en met andere gebruikers kunnen delen naargelang van de gekozen instellingen. Deze inhoud kan tevens door andere gebruikers worden verrijkt met aanvullende inhoud

(bijvoorbeeld door commentaar, „likes” of markeringen in foto’s of andere inhoud toe te voegen). Gebruikers kunnen ook rechtstreeks met andere gebruikers communiceren en met hen „chatten” of gegevens uitwisselen via rechtstreekse berichten en e-mails.

- 2 Verweerster genereert zelf geen inhoud, maar ontvangt deze voor haar diensten van particuliere en commerciële gebruikers zonder hen daarvoor te betalen. Zij biedt haar diensten gratis aan haar gebruikers aan en behaalt inkomsten door gebruikersgegevens te verwerken om adverteerders de mogelijkheid te bieden op bepaalde doelgroepen toegesneden en gerichte reclame te maken. Naast betrekkelijk statische reclame (die gelijkelijk aan elke gebruiker wordt getoond) biedt verweerster „gepersonaliseerde” reclame aan, waarmee de adverteerder zich nauwkeurig kan richten op individuele groepen mensen (bijvoorbeeld op basis van locatie, leeftijd, geslacht, interesses) of zelfs op individuen. Zij biedt adverteerders dus de mogelijkheid om hun advertenties aan een specifiek publiek te presenteren. Meer dan 2,2 miljard gebruikers wereldwijd (november 2018) hebben zich ingeschreven bij Facebook. Bedrijven kunnen hun inhoud ook financieel ondersteunen („sponsoring”) en er zo voor zorgen dat deze inhoud aan meer gebruikers wordt getoond.
- 3 Verweerster stelt commerciële gebruikers zogenoemde Facebook Business Tools ter beschikking. Haar rating- en analysediensten stellen adverteerders in staat om de doeltreffendheid van hun reclame te achterhalen of vast te stellen hoe gebruikers omgaan met inhoud op hun websites. De analysesystemen gebruiken algoritmen om grote hoeveelheden gegevens te onderzoeken, zoeken correlaties en patronen en trekken daaruit passende conclusies. Voor de benutting van die tools gelden specifieke gebruiksvoorwaarden.
- 4 Vóór de inwerkingtreding van de AVG gaven Facebook-gebruikers uitdrukkelijk toestemming voor de verwerking van hun gegevens in overeenstemming met verweersters toenmalige gebruiksvoorwaarden (getiteld „Verklaring van rechten en verantwoordelijkheden”). Potentiële nieuwe gebruikers werden vóór het verstrekken van persoonsgegevens in kennis gesteld van het feit dat hun registratie impliceerde dat zij instemden met de verklaring van rechten en verantwoordelijkheden en dat zij de richtsnoeren inzake het gegevensbeleid, waaronder het cookiebeleid, hadden gelezen. Zij konden hun toestemming te allen tijde wijzigen of intrekken door hun instellingen te wijzigen, hun persoonsgegevens te verwijderen of hun account te sluiten. Een gebruiker kon bijvoorbeeld te allen tijde beslissen dat verweerster zijn activiteiten op Facebook niet mocht gebruiken om gepersonaliseerde advertenties te optimaliseren.
- 5 Naar aanleiding van de volledige inwerkingtreding van de AVG op 25 mei 2018 heeft verweerster haar eerdere gebruiksvoorwaarden en haar eerdere richtsnoeren inzake het gebruik van gegevens volledig herschreven en ter goedkeuring voorgelegd aan de gebruikers van Facebook. Verzoeker heeft, nadat zijn account eerder was geblokkeerd, de nieuwe gebruiksvoorwaarden van 19 april 2018 aanvaard door er (actief) op te klikken, opdat hij Facebook kon blijven gebruiken.

De toestemming was nodig om toegang te blijven hebben tot het account en gebruik te blijven maken van de diensten.

- 6 Verweerster heeft verschillende instrumenten (tools) opgezet om gebruikers in staat te stellen hun opgeslagen gegevens te bekijken en te controleren. Deze hulpmiddelen tonen niet alle verwerkte gegevens, maar alleen die welke verweerster als interessant en relevant voor de gebruikers beschouwt. Verzoeker ziet daar bijvoorbeeld dat hij een app op Facebook heeft geopend, een website heeft bezocht, iets heeft opgezocht, iets heeft gekocht, iets aan een verlanglijstje heeft toegevoegd of op een advertentie heeft geklikt. De tools zijn gecreëerd om gebruikers toegang te geven tot actuele gegevens in een – volgens verweerster – redelijk kader.
- 7 Verweerster maakt gebruik van cookies, social plug-ins en pixels. Zij kan de bron van de oproepen via de cookies toewijzen. Zonder activering van de cookiefunctie kunnen veel van haar diensten niet worden gebruikt. De social plug-ins van verweerster worden door websitebeheerders „ingebouwd” in hun pagina’s. De zogenoemde „Like Button” van verweerster komt het vaakst voor. Technisch gezien wordt hierbij een „venster” (iframe) in een website ingebouwd, en dit venster wordt vervolgens door verweerster gevuld met de sociale plug-in. Telkens wanneer dergelijke websites die een „Like Button” van verweerster bevatten, worden opgeroepen, worden de opgeslagen cookies, de URL van de bezochte pagina en diverse loggegevens (bijvoorbeeld IP-adressen, tijdsgegevens) aan verweerster doorgegeven. Het is niet noodzakelijk dat de gebruiker interactie heeft met de „Like Button” (bijvoorbeeld door erop te klikken of iets dergelijks) of deze heeft opgemerkt. Het laden van een pagina met een dergelijke social plug-in is voldoende opdat deze gegevens aan verweerster worden doorgegeven.
- 8 Net zoals social plug-ins zijn pixels software die een websitebeheerder in de website kan integreren en waarmee relevante informatie over de websitegebruikers kan worden verzameld. Pixels worden vaak gebruikt om websites te helpen reclame te meten en te optimaliseren. Wanneer bijvoorbeeld een Facebook-pixel in de eigen website wordt geïntegreerd, kunnen websitebeheerders rapporten van verweerster ontvangen over het aantal personen dat hun advertentie op Facebook heeft gezien en vervolgens naar de eigen website is gegaan om een aankoop te doen of een bepaalde vooraf gedefinieerde handeling uit te voeren.
- 9 Gebruikers kunnen kiezen of zij verweerster toestaan om gegevens die zij van adverteerders en andere partners ontvangt over activiteiten die geen verband houden met de Facebook-producten, te gebruiken met het oog op de aanpassing van advertenties („advertenties op basis van gegevens van partners”). Omdat verzoeker hiervoor geen toestemming heeft gegeven, verwerkt verweerster geen hem betreffende persoonsgegevens die zij van partners heeft verkregen en die betrekking hebben op activiteiten die geen verband houden met de Facebook-producten, om verzoeker gepersonaliseerde reclame te tonen. Verzoekers gegevens die zijn verkregen via cookies, social plug-ins en vergelijkbare

■■■■■

technologieën op websites van derden, worden echter door verweerster opgeslagen en tevens gebruikt met het oog op de personalisering en verbetering van de Facebook-producten, „ter bevordering van de bescherming, integriteit en veiligheid” en ook om verzoeker evenementen aan te bieden.

- 10 Verweerster gebruikt de haar door verzoeker verstrekte gegevens en de gegevens die zij over hem verkrijgt ten gevolge van zijn handelingen, ook om hem naar haar inschatting relevante gepersonaliseerde inhoud, waaronder gepersonaliseerde reclame, te tonen. Dit omvat het gebruik van verzoekers leeftijd, interesses en Facebook-gebruik. Hieronder valt ook het gebruik van informatie over de locatie van verzoeker om in te schatten waar deze zich mogelijk bevindt, teneinde inhoud weer te geven die relevant is voor die locatie.
- 11 Verzoeker krijgt ook gepersonaliseerde reclame te zien dankzij de tool „Custom Audience”. Om Custom Audience te mogen gebruiken, moet een adverteerder de gebruiksvoorwaarden voor Custom Audience accepteren. Daarin wordt uiteengezet dat de adverteerder optreedt als de „verwerkingsverantwoordelijke” (in de zin van de AVG) en verweerster als de „verwerker” (eveneens in de zin van de AVG) van de adverteerder.
- 12 Het is niet duidelijk of, wanneer en op welke wijze adverteerders die gebruikmaakten van „Custom Audience” of de andere Business Tools, van verzoeker toestemming hebben gekregen om in het kader van deze tools gegevens aan verweerster door te geven.
- 13 Facebook volgt verzoekers „klikgedrag” en „weet” dus wanneer er een interactie is tussen hem en een advertentie of video. Verweerster volgt zijn muisbewegingen om zich er bijvoorbeeld van te vergewissen dat een mens en niet een bot de Facebook-dienst gebruikt. Zo ontving verzoeker het bericht „U bent tijdelijk geblokkeerd” en werd hij ook daadwerkelijk korte tijd geblokkeerd, omdat hij snel en/of herhaaldelijk op de functie „Why Am I Seeing This Ad” had geklikt. Verweerster verhindert dat bepaalde functies overmatig worden aangeklikt, omdat zij dit noodzakelijk acht om de veiligheid van de gegevens te waarborgen. Zij gebruikt de muisbewegingen niet om reclame te personaliseren. De inhoud van de berichten wordt niet geanalyseerd met het oog op gepersonaliseerde reclame.
- 14 Verzoeker heeft geen gevoelige gegevens aan zijn profiel toegevoegd. Alleen zijn „vrienden” kunnen zijn berichten op zijn tijdlijn zien. Zijn „vriendenlijst” is niet openbaar. Hij heeft er tevens voor gekozen verweerster niet toe te staan informatie over zijn relatiestatus, werkgever, functie en opleiding te gebruiken voor gerichte reclame.
- 15 Verweerster heeft persoonsgegevens van verzoeker (bijvoorbeeld het IP-adres) verwerkt om zijn verblijfplaats zo nauwkeurig mogelijk te bepalen en te verwerken („Last Location”). In 2011 heeft zij de exacte lengte- en breedtegraad opgeslagen voor de berekening van verzoekers „Last Location”.

- 16 Verweerster maakt bij de verwerking van gegevens geen onderscheid tussen „eenvoudige” persoonsgegevens en „gevoelige” gegevens. Zij verwerkte (ook bij verzoeker) de interesse in „gevoelige onderwerpen” zoals gezondheidskwesaties, seksuele gerichtheid, etnische groepen en politieke partijen. Het is mogelijk om ook op basis van deze interesses een doelgroep voor reclame te definiëren.
- 17 Verzoeker werd bijvoorbeeld een advertentie voor een politica getoond op basis van de analyse dat hij leek op andere „klanten” die deze politica hadden „geliket”. Verzoeker ontving regelmatig voor homoseksuele personen bestemde advertenties en uitnodigingen voor overeenkomstige evenementen, hoewel hij vooraf geen belangstelling had getoond voor het specifieke evenement en de locatie van het evenement niet kende. Deze advertenties en uitnodigingen waren niet rechtstreeks gebaseerd op de seksuele gerichtheid van verzoeker of zijn „vrienden”, maar op de analyse van hun interesses.
- 18 Verzoeker gaf opdracht tot een analyse waaruit conclusies konden worden getrokken op basis van zijn vriendenlijst. Uit deze analyse bleek dat hij de vervangende dienstplicht bij het Rode Kruis in Salzburg heeft vervuld en homoseksueel is.
- 19 Verzoeker kon en kan (zelfs met het gewenste behoud van het account) bepaalde inhoud, zoals berichten en foto’s, van zijn account verwijderen door een verwijderingsprocedure in gang te zetten. Uitgezonderd hiervan zijn bijvoorbeeld naam en e-mailadres alsook afgewezen vriendschapsverzoeken en verwijderde vrienden, die pas worden verwijderd wanneer het account wordt verwijderd. Ook oude wachtwoorden en oude namen worden niet verwijderd, althans niet voordat het account is verwijderd.
- 20 Met „verwijderen” (bij een bestaand account) bedoelt verweerster dat de gegevens worden losgekoppeld van het account, dat wil zeggen dat de gegevens worden „geanonimiseerd”. Naast de optie om te verwijderen, is er ook de optie om te wissen en te verbergen. Wanneer iemand een bericht via Messenger verstuurt, kan hij dit bericht binnen tien minuten weer wissen. Hierdoor wordt het bericht voor iedereen onzichtbaar, ook voor de ontvanger. Na deze tien minuten kan de betrokkene dit bericht uit zijn eigen berichten verwijderen, maar het bericht blijft zichtbaar voor de ontvanger. Een bericht dat iemand anders heeft geplaatst, kan niet worden verwijderd, maar alleen worden verborgen.
- 21 Voor oude berichten of posts is alleen de individuele verwijdering van elk item of de deactivering van het volledige account mogelijk. Verzoeker wil geen gebruik maken van de mogelijkheid om zijn account definitief te verwijderen, omdat hij Facebook wil blijven gebruiken.
- 22 Wat het verwijderen van gegevens betreft, verklaart verweerster in punt 3.1 van haar Servicevoorwaarden:

„Je kunt inhoud afzonderlijk verwijderen of alles in een keer door je account te verwijderen. [...] Wanneer je inhoud verwijdert, is deze niet langer zichtbaar voor

■■■■■

andere gebruikers, maar het kan nog wel op andere plekken op onze systemen aanwezig blijven, wanneer:

. onmiddellijke verwijdering niet mogelijk is als gevolg van technische beperkingen (in dat geval wordt je inhoud verwijderd binnen negentig (90) dagen nadat je deze hebt verwijderd);

. je inhoud is gebruikt door anderen in overeenstemming met deze licentie en zij de inhoud niet hebben verwijderd (in dat geval blijft deze licentie van toepassing totdat die inhoud is verwijderd); of

. onmiddellijke verwijdering ons zou beperken in onze mogelijkheden om:

. illegale activiteiten of schending van onze voorwaarden en beleidsregels te onderzoeken of op te sporen (bijvoorbeeld om misbruik van onze Producten of systemen op te sporen en te onderzoeken);

. te voldoen aan een wettelijke verplichting, zoals het bewaren van bewijs; of

. te voldoen aan een verzoek van een rechterlijke of administratieve instantie, wetshandhavende autoriteiten of een overheidsinstantie, in dat geval wordt de inhoud niet langer bewaard dan noodzakelijk voor de doeleinden waarvoor deze wordt bewaard (de exacte duur verschilt per geval).

In elk van bovenstaande gevallen blijft de licentie van kracht totdat de inhoud volledig is verwijderd.”

- 23 Verweerster verklaart (in haar huidige voorwaarden) dat zij niet eerder dan 30 dagen na de verwijdering van een account overgaat tot de definitieve verwijdering van gegevens van de servers. Zij rechtvaardigt dit met het argument dat een verwijderd account niet opnieuw kan worden geactiveerd en dat dit leidt tot het permanente verlies van inhoud die de gebruiker op Facebook heeft geüpload, en daarom staat zij de gebruiker een wachttijd van 30 dagen toe om van gedachten te veranderen en zijn verzoek te annuleren, met dien verstande evenwel dat het verwijderingsverzoek tot gevolg heeft dat de persoonsgegevens van de gebruiker niet langer toegankelijk zijn voor andere gebruikers. Vervolgens begint verweerster na de wachttijd van 30 dagen met het verwijderingsproces en worden de persoonsgegevens van de gebruiker binnen 90 dagen definitief van haar servers verwijderd, waarbij die gegevens definitief worden verwijderd maar de resterende metagegevens slechts worden gede-identificeerd en geanonimiseerd. Enkele gegevens kunnen nog gedurende een beperkte periode na 90 dagen in ontoegankelijke back-ups voor hersteldoeleinden in het geval van een ramp worden bewaard.
- 24 Verzoeker heeft op de website „Europe versus Facebook” persoonsgegevens openbaar gemaakt als voorbeeldgegevens, onder meer – om de functie „Last Location” te illustreren – de GPS-gegevens van zijn universiteit, van waaruit hij

heeft ingelogd. Verzoeker is homoseksueel en komt daar openlijk voor uit. Hij heeft zijn seksuele gerichtheid echter niet op zijn profiel vermeld.

25 In de onderhavige procedure is al eens een verzoek om een prejudiciële beslissing gericht aan het Hof van Justitie. Na het arrest van het Hof van 25 januari 2018, ██████████ (C-498/16, EU:C:2018:37), heeft verzoeker zijn vordering gewijzigd. Met zijn vorderingen 4 tot en met 9 verzoekt hij thans in wezen onder meer om

- (4) verweerster te veroordelen met verzoeker een schriftelijke overeenkomst aan te gaan die voldoet aan de vereisten van artikel 28, lid 3, AVG en die wordt gesloten tussen verzoeker als verwerkingsverantwoordelijke en verweerster als verwerker met betrekking tot de datatoepassingen die verzoeker zelf via het portaal facebook.com gebruikt voor zijn persoonlijke doeleinden (profiel, tijdlijn – daaronder begrepen „likes” en opmerkingen – evenementen, foto’s, video’s, groepen, persoonlijke berichten, vriendenlijst en applicaties);
- (4.1.) subsidiair, tussen verweerster en verzoeker bindend vast te stellen dat er geen sprake is van een geldige overeenkomst die voldoet aan de vereisten van artikel 28, lid 3, AVG en die is gesloten tussen verzoeker als verwerkingsverantwoordelijke en verweerster als verwerker met betrekking tot de datatoepassingen die verzoeker zelf via het portaal facebook.com gebruikt voor zijn persoonlijke doeleinden (profiel, tijdlijn – daaronder begrepen „likes” en opmerkingen – evenementen, foto’s, video’s, groepen, persoonlijke berichten, vriendenlijst en toepassingen);
- (5) tussen verweerster en verzoeker bindend vast te stellen dat verzoekers instemming met de verweersters gebruiksvoorwaarden in de versie van 19 april 2018 en in de versie van 31 juli 2019 samen met de bijbehorende richtsnoeren voor het beleid inzake het gebruik van gegevens (gegevensbeleid, cookiebeleid) alsook de toestemming voor (toekomstige) soortgelijke bepalingen in gebruiksvoorwaarden van verweerster (gekoppelde instemmingsverklaringen) geen geldige toestemming is voor de verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 6, lid 1, juncto artikel 7 AVG is jegens verweerster als verwerkingsverantwoordelijke;
- (5.1.) subsidiair, tussen verweerster en verzoeker bindend vast te stellen dat verzoekers toestemming voor verweersters gebruiksvoorwaarden in de versie van 19 april 2018 en in de versie van 31 juli 2019, samen met de bijbehorende richtsnoeren voor het beleid inzake het gebruik van gegevens (gegevensbeleid, cookiebeleid), geen geldige toestemming is voor de verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 6, lid 1, juncto artikel 7 AVG is jegens verweerster als verwerkingsverantwoordelijke;
- (6) verweerster te veroordelen de verwerking van persoonsgegevens van verzoeker voor gepersonaliseerde reclame alsook aggregatie en analyse van gegevens voor reclamedoeleinden te staken;

- (7) tussen verweerster en verzoeker bindend vast te stellen dat er geen sprake is van een geldige toestemming van verzoeker voor de verwerking, voor verweersters eigen doeleinden, van hem betreffende persoonsgegevens die verweerster van derden heeft ontvangen;
- (8) verweerster te veroordelen voortaan het gebruik van verzoekers gegevens met betrekking tot het bezoek aan of het gebruik van sites van derden (met name door het gebruik van social plug-ins en soortgelijke technieken) te staken, tenzij technische gegevens uitsluitend worden verwerkt met het oog op de weergave van website-elementen en tenzij verzoeker vooraf zonder enige twijfel, vrijelijk, met kennis van zaken en ondubbelzinnig heeft ingestemd met een specifieke verwerking („opt-in”; bijvoorbeeld door te klikken op een social plug-in);
- (9) verweerster te veroordelen voortaan af te zien van de verwerking voor eigen doeleinden van persoonsgegevens van verzoeker die zij van derden heeft ontvangen, tenzij verzoeker vooraf zonder enige twijfel, vrijelijk, met kennis van zaken en ondubbelzinnig heeft ingestemd met een specifieke verwerking („opt-in”).

26 Bij vonnis van 30 juni 2020 heeft de rechter in eerste aanleg de vordering afgewezen. Volgens die rechter is verzoeker wegens zijn privégebruik geen „verwerkingsverantwoordelijke” in de zin van de AVG, omdat deze verordening niet op hem van toepassing is. Wat de vorderingen 5 en 7 betreft, had verzoeker geen procesbelang bij de gevraagde vaststelling. Ook verzoekers vorderingen tot staking (vorderingen 6 en 8 tot en met 10) zijn volgens de rechter in eerste aanleg niet voor toewijzing vatbaar. De personalisering alsook de gepersonaliseerde reclame als essentieel onderdeel van de door verweerster aangeboden dienst vloeien voort uit de gebruiksvoorwaarden en de bijbehorende richtsnoeren, die deel uitmaken van de overeenkomst. Artikel 9 AVG is niet geschonden. Volgens deze rechter valt het te bezien of de geconstateerde uitnodigingen voor evenementen en advertenties de verzoekers homoseksualiteit onthulden, aangezien verzoeker dit zelf openbaar heeft gemaakt, zodat er een uitzondering op het vereiste van uitdrukkelijke toestemming gold [artikel 9, lid 2, onder e), AVG]. Uit verzoekers „interesse” in verschillende partijen en politici blijkt enkel zijn belangstelling voor politiek, maar niet zijn politieke mening.

27 De appelrechter heeft verzoekers hoger beroep, voor zover hier van belang, verworpen. Volgens die rechter is de overeenkomst tussen partijen een atypische, in de Oostenrijkse rechtsorde niet uitdrukkelijk geregelde overeenkomst. De inhoud ervan bestaat er in wezen in dat verweerster de Facebook-gebruiker een „gepersonaliseerd” platform ter beschikking stelt, dat wil zeggen een op zijn interesses en instellingen individueel afgestemd platform waarop hij met andere Facebook-gebruikers kan communiceren. De Facebook-gebruiker is weliswaar geen geld verschuldigd voor de toegang tot dit forum, maar moet dulden dat verweerster alle haar ter beschikking staande persoonsgegevens van de gebruiker exploiteert. De verwerking van deze gegevens heeft tot doel de gebruiker

gepersonaliseerde reclame toe te zenden. Daartoe geeft verweerster de gegevens van haar gebruikers niet zonder hun uitdrukkelijke toestemming door aan derden, maar zendt zij in opdracht van de adverteerders reclame aan bepaalde, voor de adverteerders anoniem blijvende doelgroepen die zij uit de gegevens filtert. De essentie van dit Facebook-businessmodel wordt in de voorwaarden uiteengezet op een manier die gemakkelijk te begrijpen is voor elke lezer met ook maar een gemiddelde oplettendheid. Dit model is volgens de appelrechter niet in strijd met de goede zeden of ongebruikelijk. De verwerking van persoonsgegevens van gebruikers is een centrale pijler van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Derhalve is de verwerking van verzoekers persoonsgegevens „noodzakelijk” voor de uitvoering van de overeenkomst in de zin van artikel 6, lid 1, onder b), AVG.

- 28 Verzoeker heeft tegen het arrest van de appelrechter beroep in *Revision* ingesteld bij het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk). Daarbij heeft hij zijn vorderingen 4 tot en met 9 gehandhaafd.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 29 Verzoeker betoogt dat verweerster thans weliswaar erkent dat hij geen toestemming voor gegevensverwerking heeft gegeven in de zin van de artikelen 6 e.v. AVG, en zich weliswaar beroept op de contractuele noodzaak van de verwerking, maar dat hij met name wegens de gekoppelde instemmingsverklaringen in de gebruiksvoorwaarden belang heeft bij een vaststelling overeenkomstig de vorderingen 5 en 7. De gegevensverwerking door verweerster is in meerdere opzichten in strijd met de AVG. Er bestaat een gevaar voor herhaling en dus kan met succes de staking worden gevorderd. In het bijzonder stelt verzoeker dat gegevens niet daadwerkelijk worden verwijderd ofschoon een verwijderingsproces in gang is gezet, dat het mogelijk is om zonder zijn toestemming zijn gegevens op te zoeken, en dat gegevens als bedoeld in artikel 9 AVG worden verwerkt zonder toestemming in de zin van artikel 7 AVG. Volgens verzoeker is het onzeker of eerder gekochte gegevens van verzoeker intussen zijn verwijderd, alsmede of verweerster niet over zijn biometrische gegevens beschikt en zijn muisbewegingen volgt.
- 30 Verzoeker stelt dat verweersters partners verzoeker niet om toestemming hebben gevraagd voor de doorgifte van gegevens aan verweerster en/of voor het verdere gebruik van deze gegevens door haar. Verweerster heeft volgens hem ook niet voldaan aan haar verplichting om inzage te geven.
- 31 Verweerster verzet zich tegen de vordering. De verwerking van verzoekers gegevens wordt volgens haar uitgevoerd overeenkomstig de overeengekomen richtsnoeren en voorwaarden, die in overeenstemming zijn met de AVG. Zij stelt dat de gegevensverwerking rechtmatig is en niet gebaseerd is op verzoekers toestemming in de zin van de artikelen 6 e.v. AVG, maar op andere rechtvaardigingsgronden, voornamelijk de contractuele noodzaak.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 32 Artikel 6 AVG regelt de gevallen die de verwerking van gegevens rechtvaardigen. Verweerster beroept zich niet op verzoekers toestemming (artikel 7 AVG), maar op het feit dat de gegevensverwerking een essentieel onderdeel is van het doel van de overeenkomst, te weten de „personalisering”, en noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst. Volgens haar heeft verzoeker de overeenkomst gesloten met kennis van deze inhoud, zodat de gegevensverwerking geoorloofd is zolang verzoeker zijn account niet verwijderd en aldus de overeenkomst met verweerster beëindigt.
- 33 Op grond van artikel 6, lid 1, onder b), AVG is de verwerking van persoonsgegevens geoorloofd indien zij noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst in ruime zin (dus ook voor de nakoming van nevenverplichtingen). Beslissend zijn het doel van de overeenkomst zoals dat voortvloeit uit de inhoud van de overeenkomst, en datgene wat noodzakelijk is voor de nakoming van de contractuele verplichtingen dan wel de uitoefening van rechten of de uitvoering van precontractuele maatregelen.
- 34 Volgens de rechter in hoger beroep is de verwerking van de persoonsgegevens van gebruikers een centrale pijler van de tussen de partijen gesloten overeenkomst. Alleen dit gebruik van gegevens maakt op bepaalde doelgroepen toegesneden reclame mogelijk, die de door verweerster verschuldigde „gepersonaliseerde ervaring” wezenlijk vormgeeft en verweerster tegelijkertijd de inkomsten verschaft die nodig zijn om het platform in stand te houden en winst te maken. Die gegevensverwerking is volgens die rechter dan ook „noodzakelijk” voor de uitvoering van de overeenkomst in de zin van artikel 6, lid 1, onder b), AVG.
- 35 Volgens de verwijzende rechter is deze opvatting echter geenszins dwingend. Een cruciale vraag in de onderhavige procedure is of de wilsverklaring betreffende de verwerking van de gegevens door verweerster onder artikel 6, lid 1, onder b), AVG kan vallen, waardoor de aanzienlijk grotere bescherming die de rechtsgrondslag „toestemming” (artikel 7 AVG) verzoeker biedt, te ondermijnen.
- 36 In zijn huidige richtsnoeren betreffende artikel 6 AVG gaat het Europees Comité voor gegevensbescherming (EDPB) er in beginsel van uit dat de verwerking van persoonsgegevens voor advertenties op basis van surfgedrag niet noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst voor onlinediensten (EDPB-richtsnoeren 2/2019, punt 52). Wat onlinediensten betreft, erkent het EDPB echter dat de personalisatie van inhoud een intrinsiek en verwacht element van bepaalde onlinediensten kan vormen – wat echter niet altijd het geval is – en daarom in sommige gevallen kan worden beschouwd als noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst met de gebruiker van de dienst.
- 37 In die zin is in punt 30 van de EDPB-richtsnoeren 2/2019 overwogen dat een verwerking op grond van artikel 6, lid 1, onder b), AVG alleen voor bepaalde verplichtingen van een overeenkomst in aanmerking komt. Het louter vermelden

van verwerkingsactiviteiten „in de kleine lettertjes van de overeenkomst” volstaat niet. De „noodzakelijkheid” dient niet slechts te worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de verwerkingsverantwoordelijke, maar ook vanuit het gezichtspunt van de betrokkene. Tot de verplichtingen kunnen weliswaar ook contractuele nevenverplichtingen worden gerekend, maar hieronder mag juist niet de opslag van gegevens voor marketingdoeleinden vallen. Er werd uitdrukkelijk gesteld dat „advertenties op basis van surfgedrag niet noodzakelijk zijn voor onlinediensten”. Ook in de literatuur wordt hierover een restrictief standpunt ingenomen.

- 38 Het objectieve doel van de overeenkomst is beslissend voor de uitlegging van de overeenkomst in het licht van de wetgeving inzake gegevensbescherming en voor de vraag of gegevensverwerking „noodzakelijk” is in de zin van artikel 6, lid 1, onder b), AVG. Kunstmatig of eenzijdig opgelegde prestaties kunnen hier niet onder vallen. De noodzakelijkheid van gegevensverwerking voor de uitvoering van een overeenkomst hangt af van het antwoord op de vraag of er een rechtstreeks objectief verband bestaat tussen de voorgenomen gegevensverwerking en het specifieke doel van de contractuele verbintenis. Artikel 6, lid 1, onder b), AVG moet in die zin restrictief worden uitgelegd en is niet van toepassing op situaties waarin de verwerking niet daadwerkelijk noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst. Dat de doeleinden van de verwerking worden bestreken door contractuele bepalingen die door de aanbieder zijn opgesteld, betekent niet automatisch dat de verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst.
- 39 In het geval van verzoeker worden bovendien gegevens over zijn politieke overtuiging en seksuele gerichtheid verwerkt. Hij ontvangt advertenties over evenementen die gericht zijn op homoseksuelen, op basis van een analyse van zijn „interesses” en niet van zijn seksuele gerichtheid of die van zijn vrienden. Zijn lijst van activiteiten omvat apps en websites die gericht zijn op homoseksuele gebruikers, of van politieke partijen.
- 40 Bij artikel 9, lid 1, AVG wordt een algemeen verbod op de verwerking van dergelijke gevoelige gegevens opgelegd, tenzij zich ten minste een van de in artikel 9, lid 2, AVG genoemde gevallen voordoet. Gevoelige gegevens zijn onder meer gegevens over ras en etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze overtuiging of seksuele gerichtheid.
- 41 Artikel 9, lid 2, onder e), AVG staat de verwerking van gevoelige persoonsgegevens over de betrokkene toe indien de betrokkene de gegevens kennelijk openbaar heeft gemaakt. De achtergrond van deze regeling is dat persoonsgegevens die de betrokkene uit vrije wil toegankelijk heeft gemaakt voor het publiek, geen aanzienlijk gevaar voor de persoonlijke levenssfeer vormen, zodat zij niet de verhoogde bescherming op grond van artikel 9 AVG behoeven. Die regeling is van toepassing op gegevens die vrijelijk beschikbaar zijn op het internet of in openbare registers en lijsten die voor iedereen toegankelijk zijn of via de media worden verspreid. Dat gegevens voor het publiek toegankelijk zijn,

■■■■■

volstaat op zichzelf echter niet om af te zien van de bescherming van artikel 9 AVG. De openbaarheid van de gegevens moet veeleer duidelijk het gevolg zijn van een wilshandeling van de betrokkene.

- 42 Vastgesteld is dat verzoeker (uit vrije wil) openlijk uitkomt voor zijn seksuele gerichtheid, maar dit niet heeft vermeld in zijn Facebook-profiel. Tijdens een forumdiscussie heeft verzoeker bijvoorbeeld verklaard dat hij weliswaar nooit op Facebook heeft vermeld dat hij homoseksueel is, maar dat zijn seksuele gerichtheid kan worden afgeleid uit zijn vriendenlijst. Hij spreekt er niet in het openbaar over omdat hij daar in de eerste plaats in verband wil worden gebracht met zijn strijd voor gegevensbescherming.
- 43 De verwijzende rechter maakt daaruit de gevolgtrekking dat verzoeker deze verklaring heeft afgelegd met de bedoeling de reeds door verweerster verrichte gegevensverwerking ter discussie te stellen en publiekelijk te bekritisieren. Uit deze verklaring kan dan ook geen toestemming in de zin van artikel 9 AVG worden afgeleid.
- 44 Derhalve rijst de vraag op welke wijze gevoelige gegevens van verzoeker openbaar moeten zijn gemaakt opdat artikel 9, lid 2, AVG van toepassing is.