

Gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid en Facebook

Mr. C.R.F. Plaizier*

188

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) heeft op 5 juni een langverwacht arrest gewezen in een zaak tussen een Duitse regionale privacytoezichthouder enerzijds, en Facebook en de beheerder van een Facebook-fanpagina anderzijds.¹ Het Hof stond voor de vraag welke rolverdeling Facebook en de beheerder van de fanpagina toekomt onder Richtlijn 96/45/EC – Facebook is een verantwoordelijke, maar is de beheerder dat ook, waardoor sprake is van gezamenlijke verantwoordelijken? Dit arrest heeft gevolgen voor alle organisaties die een Facebookfanpagina beheren en biedt ook aanknopingspunten voor een bredere toepassing op vergelijkbare diensten.

1 Het arrest

Deze bijdrage beperkt zich tot een behandeling van de eerste twee prejudiciële vragen, die zien op de gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid. Dat deel van het arrest heeft de meeste impact op de uitleg van huidige privacywetgeving en kan verreikende gevolgen hebben. Het overige deel van dit arrest ziet op institutionele vraagstukken omtrent de bevoegdheden van privacytoezichthouders.²

Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein is de beheerder van een gelijknamige fanpagina op Facebook. Op de fanpagina worden educatie- en trainingsservices aangeboden aan eenieder die de fanpagina bezoekt, ongeacht of hij of zij een Facebookaccount heeft. Facebook biedt de beheerder van een fanpagina de *Facebook Insights*-tool aan, waarmee de beheerder toegang heeft tot anonieme statistische informatie over bezoekers van de fanpagina. Facebook verzamelt die informatie door ten minste één cookie te plaatsen, waarmee Facebook individuele bezoekers van de fanpagina kan volgen. Als een bezoeker ook een Facebookaccount heeft, kan Facebook de verbindingsgegevens matchen met de gegevens die ze al heeft over haar gebruiker.

Een Duitse regionale privacytoezichthouder, het Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) beval de Wirtschaftsakademie in 2011

om haar fanpagina te deactiveren. De reden hiervoor was dat de Wirtschaftsakademie noch Facebook bezoekers inlichtte over het plaatsen van de cookie(s) op hun randapparatuur en de verwerking van hun persoonsgegevens aan de hand van deze cookie(s). Wirtschaftsakademie verweerde zich door te stellen dat ze niet verantwoordelijk is voor de verwerking van persoonsgegevens door Facebook, en ook niet voor het plaatsen van de cookie(s). Facebook stelde zich op het standpunt dat niet de Duitse maar de Ierse toezichthouder bevoegd is om zich uit te laten over de verwerking van persoonsgegevens via fanpagina's, omdat Facebook Ireland de verantwoordelijke is voor de verwerking van persoonsgegevens binnen het Facebookconcern. Uiteindelijk komt het geschil bij de hoogste bestuursrechter, die besluit prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.³ De eerste twee daarvan zien in feite op de vraag wat de rolverdeling is tussen Facebook en de beheerder van een fanpagina onder de Duitse implementatie van Richtlijn 95/46/EG.

Het Hof herinnert er allereerst aan dat het begrip 'verantwoordelijke' ruim moet worden geïnterpreteerd, dat het niet noodzakelijk betrekking heeft op één enkele entiteit en dat het betrekking kan hebben op meerdere actoren die bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken zijn. Daarom moet worden onderzocht of en in welke mate een beheerder bijdraagt aan de vaststelling van het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens.

Wanneer iemand de fanpagina op Facebook bezoekt, worden zijn persoonsgegevens verwerkt om Facebook in staat te stellen zijn advertentiesysteem te verbeteren en de beheerder in staat te stellen statistieken te verkrijgen van bezoekers van de fanpagina. Deze verwerking van persoonsgegevens vindt plaats omdat de beheerder ervoor heeft gekozen Facebook te gebruiken als platform voor het verlenen van deze dienst. De beheerder geeft Facebook de mogelijkheid om via een cookie persoonsgegevens van alle bezoekers te verwerken, ongeacht of ze een Facebookaccount hebben.

* Cees Plaizier is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1 HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16 (*Wirtschaftsakademie*).

2 Zie voor een bespreking van die institutionele aspecten: C. Ducuing, 'Institutional aspects of the Wirtschaftsakademie case: focus on the independence of data protection supervision', *CiTiP Blog*, 16 augustus 2018, beschikbaar op: www.law.kuleuven.be/citip/blog/institutional-aspects-of-the-wirtschaftsakademie-case-focus-on-the-independence-of-data-protection-supervision/.

3 Zie voor een bespreking van de nationale procedures: conclusie van A-G Y. Bot van 24 oktober 2017, C-210/16, punt 19-37 (*Wirtschaftsakademie*).

Het Hof overweegt dat de beheerder ‘instellingen vastlegt’ voor de verwerking van persoonsgegevens, bijvoorbeeld door het kiezen van een doelgroep en het beheren en promoten van de activiteiten op de fanpagina.⁴ De beheerder wijst zelfs de categorieën personen aan van wie persoonsgegevens door Facebook zullen worden verwerkt. Dit houdt onder meer in dat de beheerder bij Facebook aangeeft welk publiek hij wil bereiken op basis van kenmerken als leeftijd, geslacht, relationele status, beroep, levensstijl, interesses, koopgedrag en geografische gegevens.

In het licht van het bovenstaande onderzoekt het Hof vervolgens de mogelijkheid dat de beheerder en Facebook gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de verwerking van persoonsgegevens. Ten eerste herhaalt het Hof dat gezamenlijke verantwoordelijkheid niet betekent dat alle partijen toegang moeten hebben tot de persoonsgegevens die worden verwerkt. Het is daarom niet noodzakelijkerwijs relevant dat de beheerder slechts geanonimiseerde gegevens van Facebook ontvangt. Er wordt meer gewicht toegekend aan het feit dat de beheerder de instellingen vaststelt waarmee de doelgroep wordt bepaald van wie Facebook vervolgens de persoonsgegevens verwerkt. Ten tweede benadrukt het Hof dat een Facebook-fanpagina bezocht kan worden door personen die geen Facebookaccount hebben, in welk geval de verantwoordelijkheid van de beheerder nog groter is omdat de gegevens van deze personen voor het eerst door Facebook verwerkt worden zodra zij de fanpagina bezoeken.

Het Hof concludeert dat de beheerder van een Facebook-fanpagina gezamenlijk met Facebook verantwoordelijk is voor de verwerking van persoonsgegevens. Het Hof voegt er echter aan toe dat gezamenlijke verantwoordelijkheid niet per se gelijke verantwoordelijkheid inhoudt, en dat de verantwoordelijken in verschillende mate verantwoordelijk kunnen zijn, afhankelijk van de specifieke omstandigheden.

2 Commentaar

De feiten van dit arrest speelden zich af in 2011, onder Richtlijn 95/46/EG. Die richtlijn is inmiddels vervangen door de AVG, maar dat maakt voor de relevantie van het hiervoor samengevatte deel van het arrest weinig verschil. De betekenis van het begrip ‘verantwoordelijke’ (nu ‘verwerkingsverantwoordelijke’) is namelijk, anders dan een taalkundige aanscherping, niet wezenlijk veranderd. De AVG kent wel een speciaal artikel dat ziet op gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken, waar in

de richtlijn slechts een verwijzing staat in de definitie van ‘verantwoordelijke’.⁵ In dit artikel staat onder meer dat gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken in een onderlinge regeling moeten vaststellen hoe verplichtingen uit de AVG worden nagekomen, met name verplichtingen met betrekking tot de uitoefening van rechten door betrokkenen en het adequaat informeren van betrokkenen. De essentie van deze onderlinge regeling moet ook aan betrokkenen beschikbaar worden gesteld. Het is te verwachten dat, mede dankzij dit arrest, gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid ook nu onder de AVG een meer gangbare rolverdeling wordt dan voorheen.

Met dit arrest is een eerste stap gezet richting een duidelijker kader voor de kwalificering en rolverdeling van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken. Het Hof heeft het *defining-parameters*-criterium ingericht als indicatie voor gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid. Wirtschafstakademie voldeed aan dat criterium door controle te hebben over de doelgroep die Facebook voor haar zou bereiken, en door zelf haar activiteiten en promotie in te kunnen richten.⁶ Verder heeft het Hof uitgemaakt dat toegang tot de persoonsgegevens die verwerkt worden geen vereiste is voor kwalificering als gezamenlijke verantwoordelijke, en dat de verantwoordelijkheid onderling niet gelijk verdeeld hoeft te zijn.⁷ Tot slot is sprake van verhoogde verantwoordelijkheid wanneer een beheerder van een fanpagina bezoekers aantrekt waar Facebook nog geen relatie mee heeft.⁸ In samenhang bieden deze overwegingen enige houvast aan potentiële gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken in andere situaties.

Wanneer deze uitspraak wordt toegepast in het kader van de AVG ontstaat het volgende beeld: beheerders van fanpagina’s voldoen op drie punten niet aan de AVG; er wordt onvoldoende geïnformeerd over de verwerking van de persoonsgegevens, er wordt geen rechtsgeldige toestemming verkregen voor de verwerking van persoonsgegevens van bezoekers en er is geen onderlinge regeling gesloten met Facebook die ziet op hun beider rollen als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken.⁹ Deze drie pijnpunten zijn gesignaleerd in een document dat Duitse toezichthouders opstelden na het *Wirtschafstakademie*-arrest.¹⁰ Het is maar de vraag of beheerders van fanpagina’s deze problemen kunnen oplossen. De beheerder zou kunnen proberen te voldoen aan de informatieverplichting op de fanpagina, maar omdat de fanpagina onder het domein en dus de controle van Facebook valt heeft de beheerder sowieso geen controle over de toe-

4 In de Engelse versie van het arrest is dit ‘instellingen-vastleggen’-criterium in mijn optiek duidelijker opgeschreven, als ‘defining parameters’.

5 Art. 26 AVG en art. 2 sub d Richtlijn 96/46/EG.

6 HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, r.o. 36 (*Wirtschafstakademie*).

7 HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, r.o. 38 en 43 (*Wirtschafstakademie*).

8 HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16, r.o. 41 (*Wirtschafstakademie*).

9 Verplichtingen uit respectievelijk art. 13, 7 en 26 AVG.

10 Datenschutzkonferenz, ‘Die Zeit der Verantwortungslosigkeit ist vorbei: EuGH bestätigt gemeinsame Verantwortung von Facebook und Fanpage-Betreibern’, 6 juni 2018, beschikbaar op: www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/publikationen/DSK/2018/2018-DSK-Fanpages_EuGH_Urteil.pdf.

stemmingsvraag. Daarnaast zal voor een onderlinge regeling over de verdeling van verantwoordelijkheden ook de handtekening van Facebook nodig zijn. Dit plaatst de beheerders in een penibele situatie, omdat gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken beide hoofdelijk aansprakelijk zijn voor eventuele schade die een betrokkene lijdt ten gevolge van een inbreuk op de AVG.¹¹ Om die reden is gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid een stuk minder aantrekkelijk dan de 'oude' situatie waarin de beheerder zich geen partij bij de verwerking waande.

Het arrest heeft geleid tot een golf van speculaties. Zijn beheerders van andere Facebookdiensten zoals *Lookalike Audiences* of *Social Plugins* ook verwerkingsverantwoordelijken gezamenlijk met Facebook? En hoe zit het met het gebruik van cookies en vergelijkbare technologieën? Wanneer het gaat om andere diensten op de eigen website van een beheerder daarvan is het in ieder geval mogelijk om toestemming te vragen en informatie te verschaffen. Een onderlinge regeling over de verdeling van verantwoordelijkheden blijft echter lastig. Een lage drempel voor gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid kan tevens ingrijpende gevolgen hebben voor digital advertising. In die markt heeft de gedachtegang van het Hof in dit arrest al tot onrust geleid omdat de kwalificatie van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke, en de daarmee verband houdende verplichtingen en hoofdelijke aansprakelijkheid, nu voor een aantal partijen in die markt dichterbij komt.¹² De advocaat-generaal heeft in zijn opinie gepleit voor een brede uitleg van het begrip 'gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken'. Hij verwijst naar de aanhangige *Fashion ID*-zaak bij het Hof die ziet op de kwalificatie van de beheerder van een Facebook *like button*. In zijn optiek is bij een website waarop de beheerder een *like button* plaatst ook sprake van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid met Facebook.¹³

3 Conclusie

Het arrest heeft een situatie van limbo gecreëerd voor Facebookfanpagina's. Beheerders kunnen deze niet opheffen zonder hulp van Facebook. Duitse toezichthouders, waaronder het ULD, legden in juni de bal dan ook bij Facebook om ervoor te zorgen dat de AVG wordt nageleefd bij gebruik van haar diensten.¹⁴ Facebook heeft tot op heden nog geen concrete stappen gezet richting compliance, zoals het beschikbaar maken van een onderlinge regeling voor de verdeling van verantwoordelijkheden. Begin september hebben de Duitse toezichthouders in een gezamenlijk document aangegeven dat ze daarom werken aan een gecoördineerde aanpak van Facebook

op Europees niveau.¹⁵ In afwachting daarvan, en de volgende stap die Facebook zet, zal dit arrest waarschijnlijk in bredere context gevolgen hebben. Er zijn tal van andere diensten waarbij toepassing van de criteria die het Hof heeft neergelegd kan leiden tot een gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid. Of dit zal gebeuren is nog niet met zekerheid te zeggen, het arrest roept namelijk ook veel vragen op. Het begrip 'defining parameters' dient nader uitgewerkt te worden, en hoewel het nu duidelijk is dat gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken geen gelijke verantwoordelijkheid hoeven te dragen, is nog niet duidelijk hoe ieders verantwoordelijkheid dan vastgesteld moet worden. In de aanhangige *Fashion ID*-zaak buigt het Hof zich weer over dit vraagstuk en krijgt het de kans meer duidelijkheid te verschaffen.

11 Art. 82 lid 2 AVG.

12 J. Ryan, 'Europe's top court signals new risk for marketers from ad tech', *Brave.com*, 15 juli 2018, beschikbaar op: <https://brave.com/marketers-adtech-risk/>.

13 Conclusie van A-G Y. Bot van 24 oktober 2017, C-210/16, punt 66 e.v. (*Wirtschaftsakademie*); HvJ EU 26 januari 2017, C-40/17 (*Fashion ID*).

14 Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, 'Handlungsbedarf für Facebook-Fanpage-Betreiber, Handlungsbedarf für Facebook', 8 juni 2018, beschikbaar op: www.datenschutzzentrum.de/artikel/1244-Handlungsbedarf-fuer-Facebook-Fanpage-Betreiber-Handlungsbedarf-fuer-Facebook.html.

15 Datenschutzkonferenz, 'DSK decision regarding Facebook Fan Pages', 4 september 2018, beschikbaar op https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/DSK-decision_regarding_Facebook_Fan_Pages.pdf.