



Aanbeveling nr. 04/2015 van 13 mei 2015

Betreft: Aanbeveling uit eigen beweging met betrekking tot 1) Facebook, 2) de gebruikers van internet en/of Facebook alsook 3) de gebruikers en aanbieders van Facebook diensten, inzonderheid social plug-ins

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, hierna 'de Commissie';

Gelet op de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna WVP), inzonderheid artikel 30;

Gelet op de verschijning van de Facebook groep ter zitting van 29 april 2015;

Gelet op het verslag van dhr. Willem Debeuckelaere en dhr. Stefan Verschuere;

Brengt op 13 mei 2015 de volgende aanbeveling uit:

1. Inleiding

1. Dit is een aanbeveling van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, kortweg de Privacycommissie. Met een aanbeveling richt de Commissie zich tot alle betrokken stakeholders die op de een of andere manier gebruik maken of het voorwerp zijn van verwerkingen van persoonsgegevens. De huidige aanbeveling maakt geen beslissing uit. De Commissie meent evenwel dat haar aanbevelingen en de argumenten waarop zij zich baseert, voldoende duidelijk en onderbouwd zijn, teneinde een geheel van regels te vormen die de naleving van de wet kunnen waarborgen.

2. Meer in het bijzonder wil de Commissie waken over de bescherming van de burger, de betrokkene. Zij richt zich tot de verantwoordelijken voor de verwerking, de uitvoerders of verwerkers, de aanbieders van diensten en producten en de betrokkenen zelf. Daarom is deze aanbeveling gericht en uitgesplitst in drie onderscheiden aanbevelingen naar verschillende bestemmingen:

1. De Facebook groep zelf;
2. De gebruikers van internet in het algemeen, zowel de niet-gebruikers van Facebook als de gebruikers;
3. Diegenen die op de een of andere wijze diensten of producten van Facebook gebruiken en aanbieden op webpagina's, onder meer de plug-ins.

3. Deze eerste aanbeveling gaat in op de voor de hand liggende problematieken. Ten overstaan van Facebook focust zij op de preliminaire kwesties zoals het toepasselijke recht en de bevoegde jurisdictie, op de medewerkingsplicht bestaande uit het al dan niet effectief beantwoorden van de vragen van de Commissie en de eerste bevindingen betreffende de tracking door onder meer social plug-ins en cookies.

4. In een tweede aanbeveling wil de Commissie de overige problematieken aanpakken. Deze tweede aanbeveling volgt later dit jaar.

5. Deze aanbevelingen zijn voor aanvulling, wijziging en aanpassing vatbaar, in het bijzonder wanneer:

- *rebus sic stantibus* of de feitelijke situatie wordt gewijzigd;
- voortschrijdend inzicht dit vergt;
- wijzigingen in de "*gebruiksvoorwaarden*" en praktijken en diensten van Facebook dit wettigen;
- ervaringen en raad van gebruikers en aanbieders van Facebook-diensten dit ondersteunen;

- Europese samenwerking, inzonderheid in het kader van de Werkgroep 29¹, dit aanreikt.

En telkens wanneer het nuttig en raadzaam voorkomt kan de Commissie deze aanbevelingen aanpassen.

2. Voorgeschiedenis

6. Facebook heeft op 27 november 2014 aangekondigd zijn Verklaring van rechten en verantwoordelijkheden, gegevensbeleid en cookiebeleid (hierna nieuwe gebruiksvoorwaarden) vanaf 1 januari 2015 globaal te herzien². Op 25 december 2014 heeft Facebook de inwerkingtreding van deze nieuwe gebruiksvoorwaarden uitgesteld naar 30 januari 2015, sinds welke datum ze dan ook van kracht zijn geworden.

7. Naar aanleiding van deze nieuwe gebruiksvoorwaarden werd de Commissie meermaals bevestigd door zowel bezorgde Facebook gebruikers, de media, het Federale parlement als door de Staatssecretaris onder meer bevoegd voor Privacy. Gelet op het voorgaande, heeft de Commissie dan ook beslist om over te gaan tot een onderzoek van deze nieuwe gebruiksvoorwaarden, om na te gaan wat de draagwijdte is van deze wijziging voor de Belgische gebruikers, en deze wijziging tevens te toetsen aan de WVP. Hiervoor werd tevens een beroep gedaan op de technische expertise van onderzoekers van de KULeuven en VUB, welke in het kader van de SPION en EMSOC onderzoeksprojecten reeds uitvoering onderzoek naar onder andere Facebook hadden verricht. Voor een overzicht van de inhoudelijke knelpunten met betrekking tot de nieuwe gebruiksvoorwaarden wordt verwezen naar de laatste versies van het rapport vanwege de KULeuven/VUB³. Met betrekking tot tracking via social plug-ins wordt verwezen naar hoofdstuk 8 (p. 52-62) van het hierboven vermelde rapport en naar het technische rapport in Annex 1 ervan "Facebook tracking through social plug-ins" (raadpleegbaar via https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/fb_tracking/fb_plugins.pdf). De technische bevindingen werden ook samengevat op een aparte webpagina (in de vorm van "Frequently Asked Questions"): https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/fb_tracking/.

8. De Commissie maakt ook deel uit van een contactgroep gevormd met de gegevensbeschermingsautoriteiten van Hamburg, Nederland, Spanje en Frankrijk.

¹ De Werkgroep 29 is een onafhankelijke Europese werkgroep die kwesties op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens en privacy behandelt. De privacycommissies van de 28 lidstaten van de Europese Unie zijn hierin vertegenwoordigd. De Privacycommissie maakt er dus eveneens deel van uit. Naast de EU-lidstaten, maakt ook de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming deel uit van de Werkgroep 29.

² https://www.facebook.com/legal/terms?locale=nl_NL

³ <https://www.law.kuleuven.be/icri/en/news/item/icri-cir-advises-belgian-privacy-commission-in-facebook-investigation>

3. Procedureverloop

A) Briefwisseling

9. Naar aanleiding van het voormelde onderzoek door de Commissie heeft tussen 16 januari 2015 en 15 april 2015 briefuitwisseling plaatsgevonden tussen de Commissie en Facebook Belgium BVBA.

10. De Commissie heeft op 16 januari 2015 Facebook Belgium BVBA aangeschreven, met de melding dat zij wenst na te gaan wat de draagwijdte is van de wijziging van de nieuwe gebruiksvoorwaarden voor de Belgische gebruikers, en deze wijziging tevens te toetsen aan de WVP. Hiertoe maakte zij aan Facebook een vragenlijst over, met de vraag om binnen 20 dagen een antwoord erop te verschaffen, en intussen de voorziene wijziging van de gebruiksvoorwaarden uit te stellen. Facebook heeft tot op heden geen afdoende antwoord gegeven op deze vragenlijst.

11. Facebook heeft op 2 februari 2015 medegedeeld dat het Facebook Ireland Limited zou zijn die als verantwoordelijke voor de verwerking dient te worden beschouwd en de contactpersoon is voor het onderzoek. Op het uitstelverzoek werd niet inhoudelijk gereageerd.

12. Op 9 februari 2015 heeft de Commissie hierop gesteld dat overeenkomstig artikel 3bis, lid 1, 1° van de WVP de Belgische privacywetgeving van toepassing is op de activiteiten van Facebook in België. Daarnaast werd Facebook in gebreke gesteld aangaande de inwerkingtreding van de nieuwe gebruiksvoorwaarden, en om alsnog te antwoorden op de vragen uit het schrijven van 16 januari 2015.

13. Facebook heeft hierop vervolgens geantwoord op 20 februari 2015, met informatie over de overkoepelende structuur van Facebook, de identiteit van de vennootschap die volgens haar de verantwoordelijke voor de verwerking van Belgische gebruikersgegevens is, alsook een toelichting van haar standpunt over het toepasselijke recht.

14. Op 25 februari 2015 heeft de Commissie hierop gereageerd, aangaande het toepasselijke recht, de bevoegdheid van de Commissie, en met twee ingebrekestellingen, namelijk tot dringende informatieverlening (zie brief 16 januari 2015) en tot stopzetting van het volgen van internetgebruikers via de zogenaamde 'social plug-ins'.

15. Via een schrijven van 2 maart 2015 heeft Facebook een antwoord verstrekt aangaande deze social plug-ins.

16. Op 3 maart 2015 heeft de Commissie een bijkomend schrijven gericht aan Facebook, aangaande de verwerking van Facebook van gevoelige persoonsgegevens en het gebruik ervan voor advertentiedoeleinden.

17. Facebook heeft hierop op 6 maart 2015 geantwoord dat géén gevoelige gegevens werden verwerkt.

18. De Commissie heeft vervolgens op 20 maart 2015 Facebook aangeschreven stellende dat zij nog steeds geen antwoord had ontvangen op de vragen uit het schrijven d.d. 16 januari 2015, en dat Facebook voor het overige de andere door de Commissie aangehaalde elementen niet had weerlegd. Tevens bleef Facebook de toepassing van de Belgische privacywet en de bevoegdheid van de Commissie afwijzen. De Commissie hield zich dan ook alle rechten voor, en nodigde Facebook uit voor een hoorzitting op 29 april 2015 in het kader van een aanbeveling overeenkomstig artikel 31 van de WVP.

19. Op 31 maart 2015 heeft de Commissie Facebook aangeschreven om meer toelichting te verschaffen aangaande de geplande hoorzitting op 29 april 2015.

20. Facebook heeft op het schrijven van de Commissie van 20 maart 2015 geantwoord bij middel van een schrijven d.d. 2 april 2015. Hierin stelde Facebook wel degelijk te hebben geantwoord op de vragen van de Commissie, en stelt zij een antwoord te geven op de vragen uit het schrijven van de Commissie d.d. 16 januari 2015.

21. De Commissie heeft hierop geantwoord op 15 april 2015, stellende dat er nooit een relevant antwoord werd verstrekt door Facebook. Ook de antwoorden op het schrijven van de Commissie d.d. 16 januari 2015 zijn niet relevant, aangezien deze geen antwoord bieden op de vragen aan het geheel van de Facebook groep, waarvoor Facebook Belgium BVBA als een vestiging op Belgisch grondgebied optreedt. Er werd dan ook aan Facebook gevraagd om alsnog te antwoorden op de vragen in de brief van 16 januari 2015. Hieraan niet voldoen, betekent een inbreuk op artikel 17, § 4 en artikel 32 van de WVP⁴.

B) Hoorzitting van de Commissie op 29 april 2015

22. Facebook werd gehoord ter zitting van de Commissie d.d. 29 april 2015. Ter voorbereiding van de zitting werd aan de Commissieleden en aan Facebook een voorlopig onderzoeksrapport overgemaakt. Tijdens de zitting werden de vertegenwoordigers van Facebook hieromtrent gehoord,

⁴ Strafbaar gesteld door artikel 39, 7°, 8° en 13° van de WVP.

en konden zij hun bevindingen meedelen omtrent het rapport vanwege de KULeuven/VUB. Er werd tevens een presentatie gehouden door de onderzoekers van de KULeuven/VUB aangaande hun bevindingen inzake social plug-ins (zie ook randnummers 57 en volgende).

4. Rol van Facebook Inc., Facebook Ireland Limited en Facebook Belgium BVBA

23. Facebook erkent uitsluitend de bevoegdheid van de Ierse Privacycommissie en betwist derhalve de bevoegdheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten van de andere Lidstaten. Daarnaast meent Facebook dat enkel het Iers nationaal gegevensbeschermingsrecht kan worden toegepast voor alle Europese gebruikers van haar sociaal netwerk. Facebook argumenteert dat niet Facebook Inc. – gevestigd in de Verenigde Staten – maar Facebook Ireland Limited moet worden beschouwd als verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens van Europese gebruikers.

24. De Commissie verwerpt deze argumentatie van Facebook om de hiervolgende redenen.

A) Facebook Inc. als verantwoordelijke voor de verwerking

25. Facebook heeft een bedrijfsmodel dat uitgaat van inkomsten uit gerichte advertenties⁵. Dit zijn advertenties die gericht zijn op de individuele interesses, leeftijd, geslacht, de locaties en het profiel van de Facebook-gebruiker. Facebook geeft adverteerders de mogelijkheid om specifieke doelgroepen te selecteren, en de advertenties hierop zeer gericht af te stemmen, ongeacht waar die gebruiker zich bevindt, zijnde op de Facebook website of een andere willekeurige website op het internet die gebruik maakt van de advertentiediensten van Facebook⁶.

26. Uit Facebooks jaarlijkse financiële rapport voor de Amerikaanse Securities and Exchange Commission (SEC)⁷ blijkt dat Facebook haar wereldwijde omzet vermeldt als omzet van Facebook Inc. Omtrent de beslissingsbevoegdheid stelt Facebook daarin dat deze gelegen is bij de CEO, en dat er daarom sprake is van één rapporterings- en één operationele eenheidsstructuur.

⁵ Zie de *Facebook Inc. Form 10-K voor de Amerikaanse SEC, neergelegd op 29 januari 2015, over de periode tot 31 december 2014, Part 1, Item 1* : 'We generate the substantial majority of our revenue from selling advertising placements to marketers. Our ads let marketers reach people on Facebook based on a variety of factors including age, gender, location and interests.'

⁶ Facebook heeft aan de Commissie de volgende informatie meegedeeld inzake haar bedrijfsmodel : '*Facebooks' underlying business model is based on advertising. ... Equally, advertisers prefer to present adverts that are relevant to their audience, because users respond more positively to relevant adverts, and there is less waste in their marketing efforts. To do this we use a variety of information about our users use of Facebook services in order to gauge which adverts will be of relevance.*'

⁷ Zie de *Facebook Inc. Form 10-K voor de Amerikaanse SEC, neergelegd op 29 januari 2015, over de periode tot 31 december 2014, p. 67* : '*Our chief operating decision-maker is our Chief Executive Officer who makes resource allocation decisions and assesses performance based on financial information presented on a consolidated basis. There are no segment managers who are held accountable by the chief operating decision maker, or anyone else, for operations, operating results, and planning for levels or components below the consolidated level unit. Accordingly, we have determined that we have a single reportable segment and operating unit structure.*'

27. Facebook Inc. stelt echter in haar algemene voorwaarden dat alle gebruikers buiten de Verenigde Staten van Amerika en Canada een contract dienen te sluiten met Facebook Ireland Limited. Facebook stelt dat Facebook Ireland de verantwoordelijke voor de verwerking is voor de gegevensverwerking van deze gebruikers. Nog volgens Facebook zou Facebook Inc. als verwerker optreden voor Facebook Ireland; hierbij zou Facebook Inc. persoonsgegevens verwerken waarvoor Facebook Ireland de verantwoordelijke voor de verwerking is, met inbegrip van de persoonsgegevens van Belgische gebruikers. Deze verwerkingen door Facebook Inc. zouden tevens de opslag en 'hosting' van gebruikersgegevens betreffen die vallen onder de verantwoordelijkheid van Facebook Ireland⁸. Facebook Ireland is een volwaardige dochter van Facebook Inc. en als zodanig opgenomen in de lijst van dochterondernemingen van Facebook Inc.⁹.

28. Volgens Facebook heeft Facebook Inc. slechts één vestiging in de EU, zijnde Facebook Ireland. Daarom is volgens Facebook het Ierse recht van toepassing op de verwerkingen van persoonsgegevens van alle Europese gebruikers. Facebook stelt dat artikel 4 (1) a van de Privacyrichtlijn 95/46/EG zo moet worden gelezen dat, indien een verantwoordelijke voor de verwerking een vestiging heeft in een Europese lidstaat (in dit geval Ierland), daaruit voortvloeit dat alleen het recht van die lidstaat mag worden toegepast. Volgens Facebook mogen toezichthouders in andere lidstaten geen belemmeringen opleggen aan de dienstverlening door Facebook Ireland, omdat het vrije gegevensverkeer binnen de Europese unie een fundamenteel beginsel is van de interne markt¹⁰.

29. De Commissie heeft in Facebooks jaarlijkse financiële rapport aan de SEC vastgesteld dat Facebook Inc. het heeft over één enkele bedrijfsvoeringseenheid, zijnde Facebook Inc. in de Verenigde Staten van Amerika, en dat de beslissingsbevoegdheid voor alle verrichtingen exclusief gelegen is bij de CEO, en niet bij een andere persoon. Facebook heeft tevens bevestigd dat Facebook Inc. instaat voor de opslag van alle verzamelde gebruikersgegevens. Het blijkt volgens de Commissie niet dat Facebook Ireland zelfstandig beslissingen zou kunnen nemen voor wat betreft het bepalen van het doel en de middelen aangaande de verwerkingen van persoonsgegevens van Belgische burgers. De door Facebook Ireland aangehaalde voorbeelden¹¹ van vermeende beslissingen waaruit haar hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking zou blijken, geven eerder blijk van een louter adviserende rol ten aanzien van Facebook Inc. Trouwens, de nieuwe gebruiksvoorwaarden van Facebook werden gelijktijdig wereldwijd doorgevoerd. Er was hierbij geen sprake van een verschillend privacybeleid ten aanzien van Europese burgers; integendeel, er is in dit privacybeleid nergens sprake van de Europese wetgevingstechnische term 'persoonsgegevens', maar

⁸ Brief van 20 februari 2015 vanwege Facebook aan de Commissie;

⁹ Zie Facebook Form 10-K, exhibit 21.1, List of subsidiaries;

¹⁰ Brief van 20 februari 2015 vanwege Facebook aan de Commissie;

¹¹ Ibid.

wel van 'gegevens' en van 'persoonlijke informatie', waaronder Facebook enkel een naam of een emailadres verstaat dat kan worden gebruikt om met de betrokkene contact op te nemen of zijn/haar identiteit te kennen.

30. Vooreerst is het derhalve Facebook Inc. die heeft bepaald welke informatie aan de betrokkenen zou worden verstrekt inzake de nieuwe gebruiksvoorwaarden. Daarenboven heeft Facebook Inc. door deze invoering van de nieuwe gebruiksvoorwaarden bepaald welke persoonsgegevens voor welke doeleinden worden verwerkt en hoe lang deze worden bewaard. Al deze elementen tonen aan dat het Facebook Inc. is die de wezenlijke elementen van de gegevensverwerking bepaalt, en derhalve als de enige verantwoordelijke voor de verwerking dient te worden beschouwd¹².

31. Bovendien, ook indien men zou aannemen dat Facebook Ireland als een verantwoordelijke voor de verwerking kan worden beschouwd, dan nog heeft dat hoe dan ook geen invloed op de al dan niet toepasbaarheid van de Belgische privacywetgeving (cfr. punt c) infra). De toepassing van het nationale privacyrecht volgt immers niet het onderscheid verantwoordelijke voor de verwerking/verwerker, maar maakt het onderwerp uit van een andere test, namelijk of de gegevens worden verwerkt in het kader van de effectieve en daadwerkelijke activiteiten van een vaste vestiging van de verantwoordelijke voor de verwerking op het Belgisch grondgebied¹³.

B) De rol van Facebook Belgium BVBA

32. Facebook Belgium BVBA is opgericht onder de vorm van de BVBA Facebook Belgium¹⁴. In de jaarrekening van Facebook Belgium wordt Facebook Inc. vermeld als de 'entreprise mère consolidante'¹⁵ (geconsolideerde moederonderneming). Overeenkomstig haar maatschappelijk doel bepaald in de oprichtingsakte, kan Facebook Belgium onder andere het volgende:

- de BVBA kan haar activiteiten niet alleen uitvoeren "*pour son propre compte*" (voor eigen rekening) maar ook "*pour compte de tiers*" (voor rekening van derden), bijvoorbeeld voor Facebook Inc.

¹² Zie hieromtrent vooreerst de opinie van de Werkgroep 29 inzake het toepasselijke recht,

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_nl.pdf en tevens de uitspraak van het Kammergericht van Berlijn d.d. januari 2014, waarbij het Hof stelde dat alle beslissingen over de gegevensverwerking door Facebook feitelijk in de Verenigde Staten worden genomen en dat Facebook Ireland daarom niet als een verantwoordelijke voor de verwerking kan worden beschouwd (KG Berlin 5 Zivilsenat, 24/01/2014, 5 U 42/12, overwegingen 135-137);

¹³ Zie Lokke MOEREL, "Swift revisited-when do the directive and the proposed regulation apply?", in *Data Protection anno 2014: How to Restore Trust? Contributions in honour of Peter Hustinx, European Data Protection Supervisor (2004-2014)*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 159-172.

¹⁴ Zie hieromtrent de oprichtingsakte van BVBA Facebook Belgium in de bijlagen bij het Belgisch staatsblad van 24 juni 2011: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_tsv/tsv_rech.pl?language=nl&btw=0836948464&liste=Liste

¹⁵ Zie de jaarrekening Facebook Belgium BVBA van 2013, p. 22.

- "toute activité se rapportant au domaine des affaires publiques et du lobbying, et spécialement : l'analyse des systèmes d'influence, les stratégies de communication d'influence, l'identification des interlocuteurs clés (tels que décideurs, relais, alliés), la création d'alliances et de partenariats, la prise de contacts avec le Gouvernement, le Parlement, les administrations, les institutions européennes et internationales, l'établissement de propositions d'aménagements réglementaires ou législatifs (tels que les amendements) ainsi que l'élaboration d'argumentaires et d'outils de communication", (iedere activiteit (uit te oefenen) die betrekking heeft op het gebied van openbare aangelegenheden en lobbying en in het bijzonder: de analyse van beïnvloedingsystemen, strategieën voor beïnvloedingscommunicaties, identificering van strategische gesprekspartners (zoals besluitmakers, aanspreekpunten, bondgenoten), oprichten van bondgenootschappen en partnerschappen, contactname met de Regering, het Parlement, de administraties, Europese en internationale instellingen, indienen van voorstellen voor reglementaire en wettelijke vernieuwingen (zoals amendementen)" (nvdv. vrije vertaling))

33. Deze activiteiten hebben vanzelfsprekend tot doel de commerciële belangen en activiteiten van Facebook Inc. en het gehele Facebook-concern omtrent hun sociale netwerk- en advertentie-activiteiten te behartigen en te promoten:

- Ten eerste wordt dit in de jaarrekening van 2013 van Facebook Belgium BVBA zelf expliciet aangegeven (p. 29) : "*L'activité principale de la société en 2013 a consisté à apporter du soutien en matière de "public policy" au Groupe Facebook.*" (de hoofdactiviteit van de onderneming in 2013 erin bestond de Facebook Groep inzake "public policy" bij te staan (nvdv. vrije vertaling)).
- Ten tweede gaf Facebook Belgium BVBA aan de pers de melding dat deze vestiging vooral lobbywerk zou doen en dat dit lobbywerk zich zou richten op de in herziening zijnde Europese privacywetgeving¹⁶. Gezien de datum van oprichting van Facebook Belgium BVBA (31 mei 2011) en de datum waarop de Europese Commissie haar voorstellen voor herziening van het Europese privacyrecht uitbracht (25 januari 2012), lijkt dat inderdaad heel plausibel.
- Ten derde bevestigt een thans openstaande vacature "Manager Public Policy" bij Facebook in België dat deze vennootschap tot doel heeft de gehele Facebook-groep te ondersteunen, vertegenwoordigen en adviseren¹⁷:

¹⁶ <http://facebookblog.nl/nieuws/facebook-opent-kantoor-in-belgie> : "Facebook Belgium, zoals het bedrijf in België heet, zal vanuit het kantoor in Brussel nog sterker kunnen lobby-en. Het lobby-en zal zich met name richten op de privacywetgeving waarmee de Europese Unie zich momenteel bezig houdt. [...] Hoe de privacywetgeving er exact uit gaat zien is nog onbekend, maar Facebook hoopt met het kantoor in België hier aan bij te kunnen dragen."

¹⁷ <https://nl-nl.facebook.com/careers/department?dept=grad&req=a0IA000000G2RSIMA3>

- *"Monitor legislation and regulatory matters affecting Facebook and advise company with respect to policy challenges"*: Het gaat hier uiteraard niet om legislation en matters affecting Facebook Belgium BVBA maar Facebook Inc. en het gehele Facebook-concern.
 - *"Represent Facebook in meetings with government officials and elected members"*: Het is uiteraard niet het vertegenwoordigen van Facebook Belgium BVBA maar Facebook Inc. en het gehele Facebook-concern.
 - *"Develop public policy positions with other team members at Facebook"*: Het gaat uiteraard over het ontwikkelen van de public policy van Facebook Inc. en het gehele Facebook-concern, en o.a. in samenwerking met of wellicht zelfs op instructie van public policy-medewerkers van Facebook Inc.
 - *"Advise Facebook teams on public policy matters to guide development of products, services and policies"*: Volgens de jaarrekening van Facebook Belgium BVBA waren er in 2013 slechts 4 werknemers¹⁸. Het is daarom heel onwaarschijnlijk dat de teams waarvan hier sprake (uitsluitend) teams van Facebook Belgium BVBA betreffen. Het gaat meer dan waarschijnlijk om het adviseren van teams binnen het gehele Facebook-concern.
- Ten vierde zijn de zaakvoerders van Facebook Belgium BVBA topmanagers van Facebook Inc.:
- T.U. (vanaf de oprichting op 31 mei 2011 tot 19 oktober 2012): Hij was tussen september 2008 en juli 2013 de General Counsel (hoofdbedrijfsjurist) van Facebook Inc. en dus het gehele Facebook-concern. Hij woont in Californië.
 - C.H. (vanaf de oprichting op 31 mei 2011 tot 19 oktober 2012): Zij was tot oktober 2012 de Vice President of Finance van Facebook Inc., aldus de nummer 2 op de Finance-afdeling van het Facebook-concern. Ze heeft indertijd een belangrijke rol gespeeld in Facebooks IPO. Ze woont in Californië.
 - D.K. (vanaf oktober 2012 tot op vandaag): Hij is de Deputy General Counsel (zijnde de bedrijfsjurist net onder de hoofdbedrijfsjurist) en Vice President van Facebook Inc. en dus van het Facebook-concern. Hij woont in Californië.
 - D.S. (tussen oktober 2012 en april 2014): Hij was in die periode de Chief Accounting Officer van Facebook Inc. en dus van het Facebook-concern. Hij woont in Californië.
 - J.A. (vanaf april 2014 tot op vandaag): Hij is de opvolger van D.S. als Chief Accounting Officer van Facebook Inc.

Het voorgaande toont aan dat Facebook Belgium BVBA bestuurd wordt vanuit Facebook Inc. en bovendien door hooggeplaatste personen binnen Facebook Inc.

¹⁸ Tijdens de hoorzitting werd door een vertegenwoordiger van Facebook toegelicht dat er inmiddels 5 werknemers zijn, waarvan 'a couple of people who are marketing specialists who market Facebook advertisement products'.

- Ten vijfde staat in de jaarrekening van Facebook Belgium BVBA van 2013 zelf dat één van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee deze vennootschap geconfronteerd wordt, bestaat uit "*des problèmes liés à la protection de la vie privée pouvant impliquer une réduction du nombre d'utilisateurs*" (p. 29). (problemen die in verband staan met de bescherming van de privacy en die een verminderd aantal gebruikers tot gevolg zou kunnen hebben (nvdv. vrije vertaling)). Er wordt aldus toegegeven dat Facebook Belgium BVBA geïmpacteerd wordt door privacyproblemen van het sociale netwerk. Het gaat daarbij uiteraard om het aantal gebruikers van het sociale netwerk van het gehele Facebook-concern.

34. Volgens Facebook is Facebook Belgium BVBA een verwerker voor Facebook Ireland. Hiertoe zouden beiden een verwerkingsovereenkomst hebben afgesloten¹⁹. Zoals hierboven onder punt A) werd aangetoond, kan Facebook Ireland niet als een enige verantwoordelijke voor de verwerking worden beschouwd, maar kan enkel Facebook Inc. als dusdanig worden aangewezen. De Commissie zal hiernavolgend onder punt C) toelichten dat Facebook Belgium BVBA een vaste vestiging van Facebook Inc. op Belgisch grondgebied uitmaakt.

5. Toepasselijk recht en bevoegdheid van de Belgische Privacycommissie

35. Zoals hierna wordt aangetoond, blijkt onbetwistbaar dat de Commissie de bevoegdheid heeft - haar verleend bij de WVP en Richtlijn 95/46/EG - om maatregelen te treffen tegen de verwerkingen van persoonsgegevens door Facebook die het voorwerp uitmaken van deze aanbeveling, aangezien de WVP het toepasselijk recht is in het licht van artikel 4, § 1, a) van Richtlijn 95/46/EG en het arrest van 13 mei 2014 van het Europees Hof van justitie (HVJEU) in de zaak *Google Spain SL en Google Inc. tegen Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en Mario Costeja González (C-131/12)*.

36. Mocht de toepasbaarheid van de WVP al worden betwist op grond van de toepassing van artikel 4, § 1, a) van de Richtlijn 95/46/EG en van artikel 3bis, 1^{ste} lid van de WVP, dan nog blijft de WVP van toepassing gelet op artikel 4, § 1, c) van de Richtlijn dat in ondergeschikte orde wordt onderzocht.

A) De toepassing van artikel 4, § 1, a) van de Privacyrichtlijn 95/46/EG en artikel 3bis, lid 1, 1° WVP

37. De Commissie kiest ervoor om de regeling over het toepasselijke nationaal recht bepaald in artikel 4, § 1, a) van Richtlijn 95/46/EG te analyseren, omdat dit de analyse vergemakkelijkt van het onderzoek dat hierover is gebeurd in het arrest van het HVJEU van 13 mei 2014. Hoewel de

¹⁹ Brief van 20 februari 2015 vanwege Facebook aan de Commissie.

Commissie artikel 3bis, 1ste lid, 1^o²⁰ zelf (dat de omzetting is naar het Belgisch recht van artikel 4, § 1, a) van Richtlijn 95/46/EG) niet analyseert, vestigt zij er wel de aandacht op dat de redeneringen uit de hierna volgende analyse van artikel 4, § 1, a) van de Richtlijn ook op dit artikel van toepassing zijn en bijgevolg ook in die zin moeten begrepen worden.

38. Artikel 4, § 1 van de Richtlijn bepaalt: *"Elke Lidstaat past zijn nationale, ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen toe op de verwerking van persoonsgegevens indien :*

a) die wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging op het grondgebied van de Lidstaat van de voor de verwerking verantwoordelijke ; wanneer dezelfde verantwoordelijke een vestiging heeft op het grondgebied van verscheidene Lidstaten, dient hij de nodige maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat elk van die vestigingen voldoet aan de verplichtingen die worden opgelegd door de toepasselijke nationale wetgeving,".

39. Artikel 2, d) van de Richtlijn definieert de "verantwoordelijke voor de verwerking" als *"de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam die , respectievelijk dat, alleen of te samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; wanneer het doel van en de middelen voor de verwerking worden vastgesteld bij nationale of communautaire wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, kan in het nationale of communautaire recht worden bepaald wie de voor de verwerking verantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen".*

40. Zoals hierboven al werd aangehaald, moet de vraag of Facebook Ireland in het licht van de Richtlijn kan aanzien worden als verantwoordelijke voor de verwerking, hier niet worden onderzocht omdat ze geen invloed heeft op de toepasselijkheid van het Belgisch recht en de bevoegdheid van de Belgische Privacycommissie, gelet op de interpretatie die het HVJEU geeft aan artikel 4, § 1, a) in zijn arrest van 13 mei 2014 dat, gezien de gelijksoortige vragen die voorkomen in deze aanbeveling, volledig van toepassing is. De vraag of de verantwoordelijke voor de verwerking al dan niet in de Europese unie is gevestigd is in dit kader niet pertinent.

41. Buiten Facebook Ireland beschikt Facebook Inc. ook nog over vestigingen in andere EU-Lidstaten. Bij weten van de Belgische Privacycommissie is dit het geval in Nederland, Duitsland, Spanje, Frankrijk en België. Deze vestigingen worden voor die landen niet voorgesteld als de verantwoordelijke voor de verwerking en hierover is er geen betwisting. Het gaat voornamelijk over ondersteunende activiteiten, meer bepaald publicitaire activiteiten, aankoop van commerciële ruimte, lobbying activiteiten, enz.

²⁰ Art. 3bis, lid 1,: *"1° op de verwerking van persoonsgegevens die wordt verricht in het kader van de effectieve en daadwerkelijke activiteiten van een vaste vestiging van de verantwoordelijke voor de verwerking op het Belgisch grondgebied of op een plaats waar de Belgische wet uit hoofde van het internationaal publiekrecht van toepassing is".*

42. Zoals blijkt uit de statuten die gepubliceerd werden in het Belgisch Staatsblad, is een van de doelen van de Facebook Belgium BVBA de uitoefening voor eigen rekening of voor rekening van derden van « *toute activité se rapportant au domaine des affaires publiques et du lobbying, et spécialement : l'analyse des systèmes d'influence, les stratégies de communication d'influence, l'identification des interlocuteurs clés (tels que les décideurs, relais, alliés), la création d'alliances et de partenaires, la prise de contact avec le Gouvernement, le Parlement, les administrations, les institutions européennes et internationales, l'établissement de propositions d'aménagements réglementaires ou législatifs (tels que les amendements) ainsi que l'élaboration d'argumentaires et d'outils de communication ; (...)* »²¹. « *Elle peut accomplir d'une manière générale toutes opérations industrielles et commerciales²², financières et civiles, mobilières et immobilières ayant un rapport direct ou indirect avec son objet et pouvant en faciliter directement ou indirectement, entièrement ou partiellement, la réalisation. Elle peut s'intéresser par voie d'association, d'apport, de fusion, d'intervention financière ou autrement dans toutes sociétés, associations ou entreprises dont l'objet est analogue ou connexe au sien ou susceptible de favoriser le développement de son entreprise ou de constituer pour elle une source de débouchés* »²³. Daarenboven vermeldt de jaarrekening van 2013 van Facebook Belgium BVBA uitdrukkelijk het feit dat « *l'activité principale de la société en 2013 a consisté à apporter du soutien en matière de « public policy » au Groupe Facebook* ».

43. Door te kiezen voor de formulering van artikel 4,§ 1, a) van de Richtlijn zoals die vandaag gekend is, heeft de Europese wetgever er opzettelijk voor gekozen dat - in het geval waarin een verantwoordelijke voor de verwerking meerdere vestigingen heeft binnen de Europese Unie - de verschillende nationale wetgevingen inzake privacybescherming van toepassing zijn op de verwerkingen van persoonsgegevens van inwoners van de betrokken Lidstaten zodat een daadwerkelijke en doeltreffende bescherming binnen die Lidstaten gewaarborgd is.

44. Considerans 19 van de Richtlijn bevestigt dit: "Overwegende dat de vestiging op het grondgebied van een Lidstaat het effectief en daadwerkelijk uitoefenen van activiteiten door een vaste vestiging veronderstelt; dat de rechtsvorm van een dergelijke vestiging, of het nu gaat om een bijkantoor of om een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid, hier niet doorslaggevend is; dat, wanneer een en dezelfde voor de verwerking verantwoordelijke gevestigd is op het grondgebied

²¹ Vrije vertaling : " *iedere activiteit die betrekking heeft op het gebied van openbare aangelegenheden en lobbying en in het bijzonder: de analyse van beïnvloedingssystemen, strategieën voor beïnvloedingscommunicaties, het identificeren van strategische gesprekspartners (zoals beslissingsmakers, aanspreekpunten, bondgenoten), het oprichten van bondgenootschappen en partnerschappen, contactname met de Regering, het Parlement, de administraties, Europese en internationale instellingen, het opstellen van voorstellen voor reglementaire of wetswijzigingen (zoals amendementen) en het uitwerken van argumenten en communicatiemethodes; (...)*".

²² (eigen onderlijning).

²³ "Zij (Facebook Belgium) kan in brede zin alle industriële en commerciële, financiële, civiele, roerende en onroerende handelingen uitvoeren die in rechtstreeks of onrechtstreeks verband staan met haar doel en die rechtstreeks of onrechtstreeks, volledig dan wel gedeeltelijk de verwezenlijking ervan kan vergemakkelijken. Zij kan zich interesseren voor alle ondernemingen of bedrijven met een gelijkaardig of aanverwant doel of die haar onderneming kunnen bevorderen of voor haar een afzetmarkt zou kunnen zijn door hen medewerking te verlenen, een bijdrage te leveren, te fusioneren of een financiële of enige andere tussenkomst".

van verscheidene Lidstaten, met name door middel van een dochteronderneming, hij dient te waarborgen, in het bijzonder om elke vorm van wetsontduiking te voorkomen, dat elk van de vestigingen voldoet aan de verplichtingen die het nationale recht aan de activiteiten stelt".

45. Mochten er al twijfels zijn geweest of het nationale recht van een Lidstaat waarin zich een vestiging van een verantwoordelijke voor de verwerking bevindt, moet worden toegepast omdat het moeilijk is te weten op welke manier de aard van de activiteiten van die vestiging al dan niet de toepasselijkheid van het nationale recht zou kunnen beïnvloeden, schepte het HVJEU in zijn arrest van 13 mei 2014 met zijn interpretatie hierover, volledige klaarheid. Het Hof oordeelde immers dat het nationaal gegevensbeschermingsrecht van een Lidstaat van toepassing is als de activiteiten van een vestiging, opgericht in die Lidstaat, onlosmakelijk verbonden zijn met de activiteiten van de verantwoordelijke voor de verwerking, en dit los van de vraag of die vestiging al dan niet zelf gegevensverwerkingsactiviteiten verricht.

46. Het Hof bouwt dit argument als volgt op:

"52. Zoals met name de Spaanse regering en de Commissie hebben benadrukt, vereist artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 95/46 echter niet dat de betrokken verwerking van persoonsgegevens wordt verricht „door“ de betrokken vestiging zelf, maar enkel dat die wordt verricht „in het kader van de activiteiten“ van deze vestiging.

53. Bovendien mag, gelet op de doelstelling van richtlijn 95/46 om in verband met de verwerking van persoonsgegevens een adequate en volledige bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, inzonderheid van het recht op persoonlijke levenssfeer, te waarborgen, laatstgenoemde zinsnede niet restrictief worden uitgelegd (zien naar analogie arrest L'Oréal e.a., C 324/09, EU:C:2011:474, punten 62 en 63).

54. In deze context moet worden opgemerkt dat met name uit de punten 18 tot en met 20 van de considerans van richtlijn 95/46 en uit artikel 4 ervan blijkt dat de Uniewetgever, door te voorzien in een bijzonder ruime territoriale werkingssfeer, wenste te vermijden dat een persoon van de door deze richtlijn gewaarborgde bescherming zou worden uitgesloten en dat deze bescherming zou worden omzeild.

55. Gelet op deze doelstelling van richtlijn 95/46 en de bewoordingen van artikel 4, lid 1, sub a, ervan, moet worden geoordeeld dat de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van een dienst van een zoekmachine zoals Google Search, die wordt geëxploiteerd door een onderneming die haar maatschappelijke zetel heeft in een derde land maar beschikt over een vestiging in een lidstaat, wordt verricht „in het kader van de activiteiten“ van deze vestiging indien die vestiging bestemd is om in die lidstaat de promotie en de verkoop te verzekeren van door deze zoekmachine aangeboden advertentieruimte, die de door deze machine aangeboden dienst rendabel moet maken.

56. In dergelijke omstandigheden zijn de activiteiten van de exploitant van de zoekmachine en die van zijn in de betrokken lidstaat gevestigde vestiging immers onlosmakelijk met elkaar verbonden,

daar de activiteiten inzake de advertentieruimtes het middel vormen om de betrokken zoekmachine economisch rendabel te maken en deze machine tegelijkertijd het middel is waardoor deze activiteiten kunnen worden verricht."

47. En concludeert:

"60. Uit het voorgaande volgt dat op de eerste vraag, sub a, moet worden geantwoord dat artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 95/46 aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van een verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging van de voor de verwerking verantwoordelijke op het grondgebied van de lidstaat, in de zin van deze bepaling, wanneer de exploitant van een zoekmachine in een lidstaat ten behoeve van het promoten en de verkoop van door deze zoekmachine aangeboden advertentieruimte een bijkantoor of een dochteronderneming opricht waarvan de activiteiten op de inwoners van die lidstaat zijn gericht."

48. In overeenstemming met deze redenering van het Hof in zijn arrest - redenering die overigens geldt ongeacht of de verantwoordelijke voor de verwerking in een derde land dan wel binnen de EU is gevestigd - en gelet op de activiteiten²⁴ van Facebook Belgium BVBA, die onlosmakelijk verbonden zijn met de activiteiten van de verantwoordelijke voor de verwerking, bestaat er geen enkele twijfel over de toepasbaarheid van de Belgische privacywetgeving en de bevoegdheid van de Belgische Privacycommissie.

49. Bovendien pleit de interpretatie van het HVJEU stellig voor een daadwerkelijke bescherming van het fundamenteel recht op privacy voor de betrokken personen door hun eigen nationaal gegevensbeschermingsrecht en daarom zijn de desbetreffende opdrachten die aan de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten werden toebedeeld, daadwerkelijk gewaarborgd en verzekerd. Het is bijgevolg evident dat op de nieuwe gebruiksvoorwaarden van Facebook en de moeilijkheden voor de privacybescherming die daaruit kunnen voortvloeien voor alle Europese burgers, meerdere nationale wetten ter zake van toepassing zijn.

50. Naast deze manifeste wens van het Hof moet overigens ook gewezen worden op het fundamenteel recht voorzien in artikel 13 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens: *Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie".* Dit is een statelijke verplichting die door de Belgische wetgever werd geconcretiseerd door jurisdictie te geven aan de hoven en rechtbanken en aan de Commissie (artikel 30, § 1 WVP).

²⁴ Zie randnummers 32-33.

51. Gelet op wat voorafgaat, bestaat er geen twijfel over dat de Commissie bevoegd is en dat het Belgisch privacyrecht van toepassing is, aangezien Facebook verwerkingen verricht als beschreven in deze aanbeveling en beschikt over een vestiging in België waarvan de activiteiten onlosmakelijk verbonden zijn met haar activiteiten. Facebook moet dus alle maatregelen nemen opdat het Belgisch gegevensbeschermingsrecht wordt toegepast en nageleefd op het Belgisch grondgebied.

B) In ondergeschikte orde : De toepassing van artikel 4, § 1, c) van de Privacyrichtlijn 95/46/EG en artikel 3bis, lid 1, 2° WVP

52. Ook al zouden de gegevensverwerkingen als bedoeld in deze aanbeveling, niet beschouwd worden als verricht in het kader van de activiteiten van BVBA Facebook Belgium zoals bedoeld in de interpretatie van het Hof van Justitie in zijn arrest van 13 mei 2014, *quod non*, dan nog blijft artikel 4, § 1, c) van de Richtlijn van toepassing op de gegevensverwerkingen die Facebook verricht op het Belgische grondgebied.

53. Artikel 4 , § 1, c) van de Richtlijn bepaalt: "*Elke Lid-Staat past zijn nationale, ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen toe op de verwerking van persoonsgegevens indien:*

c) de voor de verwerking verantwoordelijke persoon niet gevestigd is op het grondgebied van de Gemeenschap en voor de verwerking van persoonsgegevens gebruik maakt van al dan niet geautomatiseerde middelen die zich op het grondgebied van genoemde Lid-Staat bevinden, behalve indien deze middelen op het grondgebied van de Europese Gemeenschap slechts voor doorvoer worden gebruikt".

54. Dit artikel kan op het eerste zicht niet van toepassing lijken te zijn omdat er verschillende Facebookvestigingen zijn op het grondgebied van de Unie. Dit is evenwel niet het geval: opdat dit artikel niet langer van tel zou zijn, zouden deze verschillende vestigingen moeten worden beschouwd als verantwoordelijke voor de verwerking. Welnu, zoals werd aangetoond, is dat niet het geval aangezien de echte verantwoordelijke voor de verwerking, namelijk, Facebook Inc., niet gevestigd is op het grondgebied van de Europese Unie maar wel degelijk gebruik maakt van geautomatiseerde middelen voor doeleinden van verwerkingen van persoonsgegevens op het grondgebied, zoals bijvoorbeeld de cookies²⁵.

²⁵ De Commissie verwijst ook naar *de adviezen van de Werkgroep Artikel 29 betreffende gegevensbescherming nr. 8/2010 van 16 december 2010 over toepasselijk recht en nr. 8/2014 over de recente ontwikkelingen van het internet der dingen, van 16 september 2014 en het Werkdocument betreffende de internationale toepassing van de gegevensbeschermingswetgeving van de EU op de verwerking van persoonsgegevens op internet door websites van buiten de EU, goedgekeurd op 30 mei 2002.*

55. Zoals eerder als werd gezegd, is niet aangetoond dat Facebook Ireland beschouwd kan worden als verantwoordelijke voor de verwerking zoals de Richtlijn het heeft bedoeld, op zijn minst toch niet aangaande de Belgische gebruikers van het Facebooknetwerk.

56. Dit gezegd zijnde, ook al zou artikel 4, § 1, a) van de Richtlijn niet van toepassing zijn, dan nog blijft de Belgische privacywetgeving van toepassing en de Commissie bevoegd voor de gegevensverwerkingen die Facebook Inc. verricht op de persoonsgegevens van de Belgische gebruikers, gelet op artikel 4, § 1, c) van de Richtlijn.

6. Tracking door middel van social plug-ins²⁶

A) Achtergrond en technische beschrijving

57. Eén van de grote bezorgdheden die speelde bij zowel het publiek, de media als beleidsmakers naar aanleiding van de invoering van Facebooks gewijzigde gebruiksvoorwaarden, is dat Facebook het surfgedrag van zowel gebruikers als niet-gebruikers van Facebook zou volgen op externe websites, dus buiten het domein van de sociale netwerksite. Volgen of "tracking" wordt hierbij begrepen als het verzamelen van informatie over het surfgedrag van internetgebruikers op verschillende websites. Deze tracking praktijken van Facebook zouden zich voltrekken door middel van social plug-ins die Facebook ter integratie aanbiedt aan eigenaars van externe websites.

58. Social plug-ins zijn websitecomponenten die ontworpen zijn om inhoud van een externe bron te delen met het sociale netwerk van Facebook en een zekere personalisatie van een externe website mogelijk maken. Voorbeelden van social plug-ins zijn de knop "Vind ik leuk" en de knop "Delen". Eigenaars van externe websites die zo'n social plug-in aan hun website toevoegen, bouwen als het ware een stukje Facebook in op hun website.²⁷ De manier waarop deze social plug-ins doorgaans geïmplementeerd worden op externe websites, dwingt de browser van de gebruiker met andere woorden om inhoud (zoals afbeeldingen of scripts) op te halen van de servers van Facebook, waardoor informatie over de door de gebruiker bezochte websites wordt vrijgegeven aan Facebook door middel van cookies (zogenaamde "third-party tracking").

59. Social plug-ins zijn bijzonder populair, daar website-eigenaars meer bezoekers aantrekken wanneer hun inhoud wordt gedeeld via het sociale netwerk van Facebook. De knop "Vind ik leuk", de meest populaire social plug-in van Facebook, is aanwezig op 32% van de top 10.000 meest

²⁶ Zie het technische rapport "Facebook tracking through social plug-ins" (raadpleegbaar via https://securehomes.esat.kuleuven.be/~qacar/fb_tracking/fb_plugins.pdf). De technische bevindingen werden ook samengevat op een aparte webpagina (in de vorm van "Frequently Asked Questions"): https://securehomes.esat.kuleuven.be/~qacar/fb_tracking/.

²⁷ Meer informatie over social plug-ins van Facebook vindt men bijvoorbeeld via <https://www.facebook.com/help/social-plugins>.

bezochte websites.²⁸ Deze omvatten zowat alle websitecategorieën, inclusief gezondheids- en overheidswebsites. De Commissie liet eveneens onderzoek uitvoeren naar het gebruik van social plug-ins in de top 100 van de meest bezochte websites door Belgische internetgebruikers door middel van een web crawler²⁹. De resultaten van dit onderzoek bevestigden het wijdverspreide gebruik van social plug-ins.

60. Het wijdverspreide gebruik van social plug-ins zorgt ervoor dat Facebook het surfgedrag van haar gebruikers kan volgen op een groot aantal websites. Het dient daarenboven opgemerkt te worden dat Facebook zich hierbij in een unieke positie bevindt, daar zij het surfgedrag van haar gebruikers makkelijk kan linken aan hun werkelijke identiteit, sociale netwerkinteracties, en gevoelige gegevens zoals medische informatie en religieuze, seksuele en politieke voorkeuren. Dit impliceert dat tracking door Facebook meer invasief is in vergelijking met de meeste andere gevallen van zogenaamde "third-party tracking".

61. Gelet op de bezorgdheid rond Facebooks tracking praktijken door middel van social plug-ins en de eerdere vaststellingen daaromtrent in het onderzoeksrapport van de KULeuven en VUB heeft de Commissie gevraagd deze praktijk verder te onderzoeken. Dit mondde uit in een technisch onderzoeksrapport "Facebook Tracking Through Social Plug-ins" (raadpleegbaar via https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/fb_tracking/fb_plugins.pdf), dat als annex werd toegevoegd aan het eerste onderzoeksrapport "From social media service to advertising network. A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms". De Commissie baseert zich in haar aanbeveling op de resultaten uit deze rapporten, waarvan ze de voornaamste technische vaststellingen hierna kort beschrijft.

62. De tracking praktijken door Facebook door middel van social plug-ins verschillen naargelang de omstandigheden. Daarom worden de technische vaststellingen opgesplitst volgens enerzijds de betrokkenen, met name gebruikers en niet-gebruikers van Facebook, en anderzijds de verschillende scenario's (aangemeld, afgemeld, gedeactiveerd of opted-out).

B) Voornaamste vaststellingen ten aanzien van gebruikers van Facebook

63. Met betrekking tot de gebruikers van Facebook gebruikt Facebook cookies voor uiteenlopende doeleinden³⁰. Facebook eigent zich principieel³¹ ook de mogelijkheid toe om al de gegevens die ze ontvangt, aan te wenden voor verschillende doeleinden, bijvoorbeeld advertentiedoeleinden.

²⁸ Volgens Quantcast ranking: <http://trends.builtwith.com/widgets/Facebook-Like>

²⁹ Uit de resultaten van dit onderzoek bleek dat 35 van de 100 onderzochte websites social plug-ins van Facebook bevatten.

³⁰ <https://www.facebook.com/help/cookies/> : waaronder verificatie, beveiliging en site integriteit, advertenties, inzichten en metingen, lokalisatie, functies en services op de site, prestaties, statistieken en onderzoek.

- *Aangemelde gebruikers*

64. In het geval een gebruiker aangemeld is bij Facebook en een webpagina bezoekt met een social plug-in, ontvangt Facebook tot 11 cookies samen met de URL van de bezochte pagina. De ontvangen cookies omvatten de volgende 4 uniek identificerende cookies:

- c_user (bevat de Facebook ID van de gebruiker);
- datr (bevat een unieke browser ID);
- fr (bevat de geëncrypteerde Facebook ID en browser ID³²); en
- lu (bevat de geëncrypteerde ID van de laatste gebruiker).

65. Deze vaststellingen bevestigen dat Facebook door middel van social plug-ins het surfgedrag van aangemelde gebruikers volgt buiten het domein van het sociale netwerk van Facebook.

- *Afgemelde gebruikers*

66. In het geval een gebruiker afgemeld is bij Facebook en een webpagina bezoekt met een social plug-in, ontvangt Facebook in totaal 4 cookies samen met o.a. de URL van de bezochte pagina. De ontvangen cookies omvatten onder meer de uniek identificerende "fr" en "datr" cookies.

67. Deze vaststellingen bevestigen dat Facebook door middel van social plug-ins het surfgedrag van afgemelde gebruikers volgt buiten het domein van het sociale netwerk van Facebook.

- *Gedeactiveerde gebruikers³³*

68. In het geval een gebruiker zijn account heeft gedeactiveerd en een webpagina bezoekt met een social plug-in, ontvangt Facebook in totaal 4 cookies samen met o.a. de URL van de bezochte pagina. De ontvangen cookies omvatten de uniek identificerende "fr" en "datr" cookies.

69. Deze vaststellingen bevestigen dat Facebook door middel van social plug-ins het surfgedrag van gedeactiveerde gebruikers volgt buiten het domein van het sociale netwerk van Facebook.

³¹ In het gegevensbeleid staat onder meer : `We gebruiken gegevens in ons bezit om onze systemen voor advertenties en metingen te verbeteren [...]` zie <https://www.facebook.com/about/privacy/update#what-kinds-of-information-do-we-collect>

³² Volgens de verklaring van Facebook in het Audit Rapport van de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit wordt de "fr" cookie gebruikt voor advertentiedoelinden (zie https://dataprotection.ie/documents/press/Facebook_Ireland_Audit_Review_Report_21_Sept_2012.pdf).

³³ Dit zijn gebruikers die hun account tijdelijk hebben gedeactiveerd, maar niet permanent hebben verwijderd. Hun profiel is niet zichtbaar voor andere mensen op Facebook en is niet zichtbaar in de zoekresultaten. Gebruikers die hun account hebben gedeactiveerd kunnen hun profiel steeds volledig herstellen door hun account opnieuw te activeren. Voor meer informatie: zie <https://www.facebook.com/help/214376678584711>.

- *Opted-out gebruikers*

70. In het geval een gebruiker zich heeft uitgeschreven voor gerichte advertenties van Facebook ("opted-out") via het door Facebook voorgestelde opt-out mechanisme van de European Interactive Digital Advertising Alliance (www.youronlinechoices.eu)³⁴ en een webpagina bezoekt met een social plug-in, ontvangt Facebook de uniek identificerende cookies "c_user", "datr", "lu" en "fr" samen met o.a. de URL van bezochte pagina. Eén van deze cookies, met name de "fr" cookie, wordt volgens de verklaring van Facebook in het Audit Rapport van de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit precies gebruikt voor advertentiedoeleinden.

71. Deze vaststellingen bevestigen dat Facebook door middel van social plug-in het surfgedrag van gebruikers die zich hebben uitgeschreven voor gerichte advertenties, volgt buiten het domein van het sociale netwerk van Facebook.

C) Voornaamste vaststellingen ten aanzien van niet-gebruikers van Facebook

72. Facebook plaatst een uniek identificerende "datr"-cookie met een levensduur van 2 jaar wanneer een niet-gebruiker van Facebook voor het eerst:

- een webpagina behorende tot het facebook.com domein bezoekt³⁵;
- bepaalde websites bezoekt waarin Facebook Connect of social plug-ins zijn geïntegreerd, hoewel Facebook hier als derde partij optreedt;³⁶
- zich uitschrijft op de European Interactive Digital Advertising Alliance opt-out website (www.youronlinechoices.eu) voor tracking in het kader van gerichte advertenties door (o.a.) Facebook.

73. Wanneer de betrokkene (browser) nadien een webpagina met social plug-ins van Facebook bezoekt, ontvangt Facebook deze uniek identificerende cookie in regel telkens opnieuw samen met o.a. de URL van de bezochte webpagina.

74. Deze vaststellingen bevestigen dat Facebook door middel van social plug-ins in staat is het surfgedrag van niet-gebruikers van Facebook te volgen buiten het domein van het sociale netwerk van Facebook.

D) Juridische analyse :WVP en WEC³⁷

³⁴ <https://www.facebook.com/about/ads/>

³⁵ Het hoeft m.a.w. niet de hoofdpagina van Facebook te zijn, maar kan gaan om bijv. een Facebook fanpagina, de Facebook pagina van een winkel, de Facebook pagina van een event (fuif, rommelmarkt, ...).

³⁶ Het betreft hier een beperkt aantal websites. Facebook heeft verklaard dat deze praktijk niet-intentioneel is en dat zij het probleem nader zal onderzoeken.

-WVP

75. Overeenkomstig de WVP is de ontvangst via cookies van informatie door Facebook in het kader van social plug-ins een "verwerking van persoonsgegevens" in de zin van artikel 1, § 1 en § 2 van de WVP.³⁸ Het argument van Facebook dat ze in bepaalde gevallen niet aan tracking doen omdat de verzamelde gegevens na verloop van enige tijd worden geanonimiseerd of vernietigd, is hier derhalve niet relevant; er heeft immers initieel – louter door de verzameling van cookies en websitegegevens via plug-ins – reeds een verwerking van persoonsgegevens plaatsgevonden.

76. Overeenkomstig artikel 5 WVP is een verwerking van persoonsgegevens slechts toelaatbaar indien er een legitieme grondslag voorhanden is. Voor het verzamelen van de gegevens via social plug-ins kan Facebook *de facto* enkel een beroep doen op (a) de toestemming van de betrokkene of (b) het feit dat de verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is.

77. Teneinde de bewuste verwerkingen te rechtvaardigen, kan Facebook moeilijk de noodzaak aanhalen om deze verwerkingen te verrichten om de uitvoering van de overeenkomst (in het bijzonder de in de gebruiksvoorwaarden beschreven contractuele bepalingen) waarbij de betrokkenen partij zijn te waarborgen :

- Voor wat betreft de niet-gebruikers van het sociale netwerk : er kan nooit sprake zijn van een overeenkomst waarvan de bepalingen op hen van toepassing zouden zijn;
- Voor wat betreft de gebruikers : de mogelijkheid die aan hen wordt gegeven (zelfs indien de modaliteiten ervan bekritiseerbaar zijn - cfr. infra) door Facebook zelf om het gebruik van de cookies te blokkeren of te weigeren is voldoende om het niet noodzakelijke karakter van dit gebruik om de uitvoering van de aansluitingsovereenkomst te waarborgen vast te stellen³⁹.

³⁷ *Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.*

³⁸ Artikel 1, §1 en §2 : "§1. Voor de toepassing van deze wet wordt onder "persoonsgegevens" iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon verstaan, hierna "betrokkene" genoemd; als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van één of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit.

§ 2. Onder "verwerking" wordt verstaan elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens."

In haar brief d.d. 2 maart 2015, geeft Facebook impliciet doch ten onrechte aan dat het verzamelen van informatie m.b.t. de browser van een eindgebruiker geen "persoonsgegeven" zou zijn omdat het geen individu maar een browser identificeert (Brief van Facebook d.d. 2 maart 2015, at p. 6 ("*If the person visited Facebook, but did not log in, the person would have received our "datr" cookie, which contains an alphanumeric string that uniquely identifies a browser — not a particular Facebook user*"))

³⁹ In haar brief d.d. 2 maart 2015 geeft Facebook aan dat het plaatsen van de Datr cookie noodzakelijk zou zijn om de veiligheid en integriteit van haar dienstverlening te waarborgen. Het argument dat het plaatsen en de ontvangst van cookies ook strikt noodzakelijk zou zijn om de veiligheid van Facebook gebruikers te waarborgen, mist zowel juridische als feitelijke grondslag. Vooreerst is het mogelijk om op minder indringende wijze de veiligheid van gebruikers te waarborgen. Bovendien

78. Facebook moet dus in eerste instantie zich baseren op artikel 5, a) WVP om de bewuste verwerkingen te rechtvaardigen, ongeacht de andere al dan niet ingeroepen wettelijke grondslagen, en in staat zijn om aan te tonen dat de vereisten van deze bepaling wel degelijk nageleefd zijn.

79. Uit het voorgaande volgt dat **de betrokkene steeds voorafgaand een ondubbelzinnige en specifieke toestemming dient te geven alvorens Facebook de cookie mag plaatsen of ontvangen in het kader van social plug-ins.**

80. Om rechtsgeldig te zijn, dient de toestemming van de betrokkene (1) vrij; (2) geïnformeerd; (3) specifiek en (4) ondubbelzinnig te zijn⁴⁰ :

- *Vrij*

81. De betrokkene moet de mogelijkheid krijgen om een "echte keuze" uit te oefenen. Er mag m.a.w. "geen sprake ... [zijn] van bedrog, intimidatie of dwang en de betrokkene ook niet het risico van aanzienlijke negatieve gevolgen loopt wanneer hij niet toestemt."⁴¹ In casu zijn er twee factoren die het geven van een "vrije" toestemming bemoeilijken. De eerste heeft betrekking op de dominante positie die Facebook inneemt op de markt van sociale netwerken. Een van de belangrijkste redenen je te registreren bij Facebook is juist omdat "iedereen er al op zit". Ten tweede wordt de mogelijkheid van individuen om geen toestemming te verlenen aanzienlijk beperkt. Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk om alleen toestemming te verlenen voor de basisfuncties van Facebook (bijv. het delen van info met je vrienden), zonder tegelijkertijd ook toestemming te verlenen voor het verwerken van je gegevens voor commerciële profilering. Deze praktijk is in strijd met de richtlijnen die de Werkgroep 29 heeft uitgevaardigd in haar advies over toestemming:

"Gezien het belang dat sommige sociale netwerken bij bepaalde categorieën van gebruikers hebben (zoals tieners), zullen gebruikers uit deze categorieën met de ontvangst van die advertenties instemmen om niet gedeeltelijk van sociale interacties te worden uitgesloten. De gebruiker moet zijn besluit over het al dan niet verlenen van toestemming voor de ontvangst van bedoelde advertenties, in vrijheid en gericht kunnen nemen, zodat er in voorkomend geval sprake is van een vrije en specifieke toestemming. Dat betekent onder meer dat zijn toegang tot het netwerk niet afhankelijk

zou het voor een potentiële "aanvaller" kinderspel zijn om cookies gewoon te blokkeren en/of verwijderen tijdens het lanceren van de aanval. Zelfs indien men dit argument m.b.t. de veiligheid zou aanvaarden, dan biedt dit uiteraard geen grondslag om de cookies voor andere doeleinden te gebruiken. Een dergelijk gebruik voor andere doeleinden zou dan ook als dusdanig expliciet dienen te worden uitgesloten in de gebruiksvoorwaarden.

⁴⁰ Werkgroep 29, Advies 15/2011 over de definitie van "toestemming", WP 187, 25 november 2011.

⁴¹ Ibid, p. 14.

wordt gesteld van die toestemming. De mogelijkheid om in te stemmen met de ontvangst van advertenties zou via een pop-up kunnen worden geboden."⁴²

- *Specifiek*

82. Zoals de Werkgroep 29 eveneens benadrukt in haar advies over toestemming:

"Aangezien het voor de werking van de applicatie niet nodig is dat de ontwikkelaar over de gegevens van de gebruiker beschikt, pleit de Groep voor gedifferentieerdheid bij het verkrijgen van toestemming van de gebruiker. Dat wil zeggen, dat van de gebruiker een afzonderlijke toestemming wordt verkregen voor de doorgifte van zijn gegevens aan de ontwikkelaar voor die uiteenlopende doeleinden. Er bestaan verschillende mechanismen, zoals pop-upmenu's, die de gebruiker de mogelijkheid geven om via selectie aan te geven voor welke doeleinden zijn gegevens gebruikt mogen worden (doorgifte aan de ontwikkelaar; diensten met toegevoegde waarde; behavioural advertising; doorgifte aan derden; enz.)."

- *Geïnformeerd*

83. Om voldoende geïnformeerd te zijn, moet de betrokkene minstens de informatie ontvangen zoals beschreven in artikel 9 WVP. Bovendien heeft het Europese Hof van Justitie reeds geoordeeld dat het louter aanbieden van een hyperlink (die gebruikers niet verplicht om de volledige tekst te lezen) niet voldoende is.⁴³

- *Ondubbelzinnig / eenduidig*

84. "Eenduidig" betekent dat de actie van de betrokkene alleen kan worden opgevat als een uitdrukking van zijn / haar akkoord dat persoonsgegevens met betrekking tot hem / haar zal worden verwerkt. Instellingen die vooraf geconfigureerd zijn op zo'n manier dat er onnodig informatie wordt vrijgegeven zonder de actieve betrokkenheid van de gebruiker, leveren geen "ondubbelzinnige" toestemming op. Zoals benadrukt door de Werkgroep 29, is een opt-out-mechanisme "*geen deugdelijke regeling voor het verkrijgen van geïnformeerde toestemming van de gemiddelde gebruiker*"; in het bijzonder met betrekking tot behavioural advertising.⁴⁴ Met andere woorden: Facebooks opt-out-aanpak met betrekking tot profilering voor reclamedoeleinden voldoet niet aan de voorwaarden voor rechtsgeldige toestemming.⁴⁵

⁴² Werkgroep 29, Advies 15/2011 over de definitie van "toestemming", p. 21.

⁴³ HvJ 5 juli 2012, *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer*, C - 49/11. Zie E. Wauters, E. Lievens en P. Valcke, "A legal analysis of Terms of Use of Social Networking Sites, including a practical legal guide for users: 'Rights & obligations in a social media environment'", EMSOC D1.2.4, 19 december 2013, beschikbaar op www.emsoc.be.

⁴⁴ Werkgroep 29, Advies 2/2010 betreffende online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising'), WP 171, 22 juni 2010, p. 15.

⁴⁵ Zie ook de brief van de Werkgroep 29, "Letter from the Article 29 Working Party addressed to Online Behavioural Advertising (OBA) Industry regarding the self-regulatory Framework", 23 augustus 2011, beschikbaar op

85. Ten slotte dienen krachtens artikel 4, § 1, 3^o van de WVP de verwerkte gegevens toereikend, ter zake dienend en niet overmatig te zijn. Dit betekent dat de gegevens van die verwerking moeten worden beperkt tot het strikt noodzakelijke om het/de welbepaalde doeleinde(n) te verwezenlijken.

86. Deze aanbeveling wil geen uitvoerige beschrijving geven van de doeleinden die Facebook nastreeft, die vermeld staan in hun algemene gebruiksvoorwaarden en waarnaar wij de lezer verwijzen⁴⁶. Zoals hierboven uiteengezet, zijn die gebruiksvoorwaarden overigens niet alleen van toepassing op de gebruikers omdat de gegevensverwerkingen die Facebook verricht en bijgevolg de nagestreefde doeleinden, zich niet uitsluitend beperken tot alleen de gebruikers van het sociale netwerk.

87. Het verzamelen van persoonsgegevens van de niet-gebruikers van Facebook die zich dus niet voor die dienst hebben ingeschreven en bijgevolg van deze gegevensverzameling niet werden ingelicht overeenkomstig artikel 9 van de wet (zie supra), kan in geen geval worden beschouwd als relevant voor de beheerder van een sociale netwerkdienst.

88. Voor wat de gebruikers van Facebook betreft: zelfs al hebben zij de gebruiksvoorwaarden van de dienst onderschreven, moet worden vastgesteld dat het overmatig is dat Facebook systematisch gegevens inzamelt over het bezoek aan websites die buiten haar domein vallen maar die de door haar ontwikkelde social plug-ins bevatten, zelfs al heeft het lid geen interactie gehad met die social plug-ins en heeft hij enkel de pagina bekeken waarop die social plug-ins zich bevinden.

Deze redenering blijft principieel geldig of het lid nu al of niet op Facebook is ingelogd op het ogenblik dat hij die websites bezoekt. Hetzelfde geldt eveneens voor de "gedeactiveerde" gebruikers en de gebruikers die zich hebben uitgeschreven voor de doelgerichte reclame van Facebook ("opted-out"). Enkel indien de inzameling van gegevens strikt noodzakelijk is voor een uitdrukkelijke gevraagde dienst (bijv. personalisatie), kan de systematische inzameling gerechtvaardigd worden. Maar voor zulke doeleinden kan men "sessiecookies" gebruiken: zij dienen een specifiek doel en hun levensduur moet eindigen wanneer de gebruiker zich "afmeldt" van het sociale netwerk platform of wanneer de browser gesloten wordt⁴⁷.

89. De Commissie wil dus alleen maar met klem benadrukken hoe belangrijk het is dat een verantwoordelijke voor de verwerking erover waakt dat de regel als omschreven in artikel 4, § 1, 3^o van de WVP wordt geëerbiedigd.

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article29/documentation/otherdocument/files/2011/20110803_letter_to_oba_annexes.pdf.

⁴⁶ Zie voetnoot nummer 2.

⁴⁷ Werkgroep 29, Advies 04/2012 over ontheffing van de toestemmingsverplichting voor cookies, WP194, 7 juni 2012 p. 9-10.

-WEC

90. Net zoals in haar aanbeveling uit eigen beweging nr. 01/2015 van 4 februari 2015 over het gebruik van cookies⁴⁸, vestigt de Commissie ook de aandacht op het wetgevend kader inzake elektronische communicaties omdat in sommige bepalingen ervan de toestemming van de gebruiker van internetdiensten specifiek wordt omkaderd.

91. De consideransen in de Richtlijn 2002/58/EG van het Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische Communicatie)⁴⁹ stellen dat de bepalingen van die laatste een rechtstreekse weerspiegeling zijn van de regels van de Richtlijn 95/46/EG die met name stelt dat "deze richtlijn, die een aanvulling vormt op Richtlijn 95/46/EG, de fundamentele rechten van natuurlijke personen beoogt, en in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en de rechtmatige belangen van rechtspersonen te beschermen"⁵⁰. Considerans 17 voegt daar in het bijzonder aan toe dat "in deze richtlijn „toestemming van een gebruiker of abonnee“, (...), dezelfde betekenis dient te hebben als „toestemming van de betrokkene“ zoals gedefinieerd en nader bepaald in Richtlijn 95/46/EG". Dit is een belangrijke verwijzing omdat die instaat voor de doeltreffendheid van de regels inzake privacybescherming als bedoeld in de Richtlijn 2002/58/EG.

92. De wet van 13 juni 2005 betreffende elektronische communicatie, die de omzetting is naar Belgisch recht van de Richtlijn 2002/58/EG, verwijst in artikel 129⁵¹ uitdrukkelijk naar de WVP.

93. Omdat de wet van 13 juni 2005 niet onderworpen is aan een strafrechtelijke sanctie in tegenstelling tot de wet van 8 december 1992, en zij tot doel heeft de gebruikers van een voor het publiek toegankelijke elektronische communicatiedienst te beschermen (zie artikel 2, 12° van de wet

⁴⁸ http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/aanbeveling_01_2015.pdf

⁴⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:nl:PDF>

⁵⁰ Zie considerans 12 van de Richtlijn 2002/58/EG van het Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

⁵¹ "De opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of een [1 gebruiker]1 is slechts toegestaan op voorwaarde dat : 1° de betrokken abonnee of gebruiker, overeenkomstig de voorwaarden bepaald in de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, duidelijke en precieze informatie krijgt over de doeleinden van de verwerking en zijn rechten op basis van de wet van 8 december 1992; 2° de abonnee of eindgebruiker zijn toestemming heeft gegeven na ingelicht te zijn overeenkomstig de bepalingen in 1°. Het eerste lid is niet van toepassing voor de technische opslag van informatie of de toegang tot informatie opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of een eindgebruiker met als uitsluitend doel de verzending van een communicatie via een elektronische-communicatienetwerk uit te voeren of een uitdrukkelijk door de abonnee of eindgebruiker gevraagde dienst te leveren wanneer dit hiervoor strikt noodzakelijk is. De toestemming in de zin van het eerste lid of de toepassing van het tweede lid, stelt de verantwoordelijke voor de verwerking vrij van de verplichtingen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens die niet opgelegd worden in dit artikel. De verantwoordelijke voor de verwerking biedt de abonnees of eindgebruikers gratis de mogelijkheid om op eenvoudige wijze de gegeven toestemming in te trekken".

van 13 juni 2005) tegen een verwerking van hun persoonsgegevens door die dienst, is het belangrijk dat de bevoegdheid van de Belgische toezichhoudende autoriteit gewaarborgd is. Die autoriteit moet onderzoeken of de regels van de wet van 8 december 1992 betreffende de verwerking van persoonsgegevens daadwerkelijk door de verantwoordelijke voor de verwerking worden nageleefd - zoals de bepaling van artikel 5 waarnaar de wet van 13 juni 2005 verwijst en die betrekking heeft op de toestemming van de gebruiker⁵² - en moet ze desgevallend artikel 39, 2° van de WVP toepassen, dat voorziet in een strafrechtelijke sanctie bij niet-naleving van de bepalingen van de wet.

94. Uit het voorgaande volgt dat de betrokkene steeds voorafgaandelijk een ondubbelzinnige en specifieke toestemming dient te geven alvorens Facebook de cookie mag plaatsen of ontvangen in het kader van social plug-ins.

95. Wat *niet-gebruikers* van Facebook betreft, betekent dit volgens de Werkgroep 29 dat sociale netwerk sites zoals Facebook in de regel geen aanpraak kunnen maken op één van de uitzonderingsgronden van artikel 5(3) van de e-Privacyrichtlijn 2002/58/EG (artikel 129 WEC).

96. Wat de Facebook *gebruikers* betreft, maakt de Werkgroep 29 nog een bijkomend *onderscheid naargelang de gebruiker al dan niet ingelogd* is bij Facebook:

"Bij dit gebruiksgeval is het van belang een onderscheid te maken tussen enerzijds gebruikers die via hun browser zijn "ingelogd" op een account bij een bepaald sociaal netwerk, en anderzijds gebruikers die "niet zijn ingelogd", bijvoorbeeld omdat zij geen lid zijn van het specifieke sociale netwerk of omdat zij niet zijn verbonden met hun account bij het sociale netwerk. Omdat sociale plug-ins per definitie bestemd zijn voor leden van een bepaald sociaal netwerk, hebben zij voor niet-leden geen nut, en voldoen zij voor die gebruikers dus niet aan criterium B.⁵³ Dit geldt ook voor personen die wel lid zijn van het sociale netwerk, maar uitdrukkelijk zijn "uitgelogd", en derhalve ervan uitgaan dat zij niet langer met het sociale netwerk "verbonden" zijn. Niet-leden en uitgelogde leden moet derhalve om toestemming worden gevraagd voordat de sociale plug-in een cookie mag plaatsen. Veel ingelogde leden verwachten daarentegen dat zij op websites van derden gebruik kunnen maken van en toegang kunnen krijgen tot sociale plug-ins. In dat geval is het cookie strikt noodzakelijk voor een functie waar de gebruiker uitdrukkelijk om heeft gevraagd en geldt dus criterium B. Dergelijke cookies zijn sessiecookies : om hun doel te vervullen, moet hun levensduur eindigen wanneer de gebruiker uit het sociale netwerk uitlogt of de browser wordt afgesloten. Sociale netwerken die cookies wensen te gebruiken voor andere doeleinden (of met een langere

⁵² Zie de randnummers 81 en volgende met betrekking tot de toestemming.

⁵³ "CRITERIUM B" verwijst hier naar de uitzondering vervat in artikel 129 WEC wanneer een cookie strikt noodzakelijk is voor "een uitdrukkelijk door de abonnee of eindgebruiker gevraagde dienst".

levensduur), waarvoor criterium B niet geldt, hebben via hun eigen platform ruim voldoende mogelijkheden om hun leden te informeren en hun toestemming te verkrijgen.”⁵⁴

97. Er bestaan reeds verscheidene tools die het mogelijk maken om onnodige inzameling van gegevens door Facebook te beperken. De “Social Share Privacy” tool, bijvoorbeeld, stelt websitebeheerders in staat om de social plug-ins uit te schakelen totdat de bezoeker zijn wens uitdrukt om die al dan niet te gebruiken.⁵⁵

98. De “Social Share Privacy” tool werkt als volgt: er wordt standaard een grijze afbeelding van de social plug-in zichtbaar. Het is pas wanneer de gebruiker op die afbeelding klikt dat de “echte” plug-in opgeladen wordt (en dat de informatie aan de OSN-provider doorgegeven wordt). Met een tweede klik kan de gebruiker gebruik maken van de plug-in.⁵⁶ De Franse Commissie voor de bescherming van persoonsgegevens (CNIL) heeft deze methode goedgekeurd als een manier om een geldige toestemming te bekomen.⁵⁷

99. Als verantwoordelijke voor de verwerking is **Facebook verantwoordelijk voor de inzameling en ontvangst van cookies en bijhorende informatie**. Deze verantwoordelijkheid staat los van eventuele bijkomende verantwoordelijkheden van de websitebeheerders. Meer bepaald dient Facebook haar social plug-ins dusdanig te ontwerpen en aan te bieden dat de website uitbaters deze componenten kunnen integreren zonder dat hiervoor onnodig gegevens aan Facebook worden verstrekt.

100. De Commissie herinnert eraan dat de beginselen inzake fundamentele rechten van toepassing zijn los van elke technische implementering. In die optiek en in het licht van zowel de Richtlijn 95/46 en haar aanbeveling 01/2005 betreffende de cookies, benadrukt de Commissie dat de beginselen die in deze aanbeveling beschreven staan, zich veralgemenen voor elke tracking-informatiegroep, ongeacht het technische middel (cookies, plug-ins, add-ons, ... dat hiervoor wordt gebruikt of de plaats van opslag (werkstation, bezochte websites, sociale netwerken, ...).

⁵⁴ Zie Werkgroep 29, Advies 04/2012 over ontheffing van de toestemmingsverplichting voor cookies, p. 9-10. Zie ook Werkgroep 29, Advies 2/2010 betreffende online reclame op basis van surfgedrag (“behavioural advertising”), p. 15: *“Uit de letterlijke verwoording van artikel 5, lid 3, blijkt dat: i) toestemming moet worden verkregen voordat de cookie is geplaatst en/of opgeslagen informatie in de eindapparatuur van de gebruiker is verzameld, wat normaal gesproken als voorafgaande toestemming wordt omschreven en ii) toestemming op basis van volledige en duidelijke informatie alleen kan worden verkregen als voorafgaande informatie over het versturen en het doel van aan de gebruiker is verstrekt. Het is in dat verband van belang te beseffen dat toestemming, onder welke omstandigheden ze ook wordt gegeven, alleen geldig is als ze een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting van de betrokkene is. Toestemming moet worden verkregen voordat de persoonsgegevens zijn verzameld, als een noodzakelijke maatregel om ervoor te zorgen dat betrokkenen volledig beseffen dat zij toestemming verlenen en waarvoor zij toestemming verlenen. Bovendien moet toestemming kunnen worden ingetrokken.”*

⁵⁵ Meer informatie vindt u op <http://panzi.github.io/SocialSharePrivacy/>

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Zie « Solutions pour les boutons sociaux », Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), beschikbaar op <http://www.cnil.fr/vos-obligations/sites-web-cookies-et-autres-traceurs/outils-et-codes-sources/les-boutons-sociaux>

OM DIE REDENEN,

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer,

Op grond van de haar verleende bevoegdheid, opdracht en het Belgische en EU recht,

Beveelt aan :

Aan Facebook

- Facebook moet volledige transparantie bieden over het gebruik van cookies. Facebook dient voor elke cookie afzonderlijk de inhoud (zoals unieke identificatoren, taalinstellingen enz.) en het doel (zoals advertenties, veiligheid enz.) te specificeren. Deze omschrijvingen moeten steeds up-to-date worden gehouden en op gemakkelijk toegankelijke wijze aangeboden worden aan de gebruikers van zijn diensten.
- Facebook dient af te zien van het systematisch plaatsen van langdurige en uniek identificerende cookies bij niet-gebruikers van Facebook, alsook van elke inzameling en gebruik van gegevens door middel van cookies en social plug-ins tenzij zij daartoe de ondubbelzinnige en specifieke toestemming via opt-in van de betrokkenen bekomt en in de mate dat dit strikt noodzakelijk is voor legitieme doeleinden. Zowel gedeactiveerde als afgemelde gebruikers dienen hierbij gelijkgesteld te worden met niet-gebruikers.
- Facebook dient af te zien van de verzameling en het gebruik van gegevens van gebruikers van Facebook door middel van cookies en social plug-ins behoudens wanneer (en enkel in de mate dat) dit strikt noodzakelijk is voor een door de gebruiker uitdrukkelijk gevraagde dienst of tenzij zij daartoe de ondubbelzinnige en, specifieke toestemming via opt-in van de betrokkenen bekomt. Werken met een opt-out levert immers geen ondubbelzinnige toestemming op.
- Facebook dient haar aanbod van integratiemogelijkheden van social plug-ins te beperken tot privacyvriendelijke varianten die voldoen aan de eisen inzake gegevensbescherming. Meer in het bijzonder beveelt de Commissie betreffende het ontwerp van social plug-ins aan dat:
 - De loutere aanwezigheid van een social plug-in op een externe website niet leidt tot de overdracht van gegevens naar Facebook. De Commissie verwijst daarbij als voorbeeld naar het concept van de "Social Share Privacy" tool, waarbij gegevens pas naar het betrokkene sociale netwerk worden verstuurd nadat de gebruiker door middel van een klik ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat hij gebruik wil maken van de sociale netwerknop. Andere oplossingen, zoals een integratie via een URL/link die tot maart 2015 door Facebook als integratiemogelijkheid werd aangeboden, worden daarbij evenwel niet uitgesloten.
 - Indien het laden van (niet-gepersonaliseerde) inhoud vanop de servers van Facebook vereist is, er geen cookies worden verzonden naar Facebook.

- Indien personalisatie noodzakelijk is, er slechts gebruik gemaakt wordt van sessie-cookies.
- De verzending van cookies die door Facebook gebruikt worden in het kader van beveiliging (zoals de "datr" cookie), beperkt wordt tot het aanmelden bij Facebook of op pagina's binnen het domein van facebook.com (maar niet op webpagina's van derde partijen met social plug-ins).
- Facebook dient haar gebruikersinterface zodanig aan te passen dat zij de ondubbelzinnige en specifieke toestemming verkrijgt van haar gebruikers door middel van een opt-in voor enige verzameling en aanwending van informatie bekomen door middel van cookies, in het bijzonder voor advertentiedoeleinden.

Aan eigenaars van websites

- Met betrekking tot eigenaars of uitbaters van websites die gebruik wensen te maken van de door Facebook aangeboden social plug-ins, verwijst de Commissie naar haar aanbeveling uit eigen beweging over het gebruik van cookies.⁵⁸ Daarin stipuleert zij dat de eigenaar de bezoeker van zijn website behoorlijk dient in te lichten en zijn specifieke toestemming dient te verkrijgen voor cookies en andere metabestanden waarvan hij mogelijk het hergebruik niet beheerst. De Commissie verwijst daarbij onder meer naar sociale netwerken en beveelt aan dat sociale netwerknoppen pas geactiveerd worden nadat de specifieke toestemming werd verkregen van de gebruiker. De huidige integratiemogelijkheden van social plug-ins aangeboden door Facebook voldoen hier echter niet aan. De Commissie beveelt daarom aan om gebruik te maken van instrumenten zoals "Social Share Privacy" (<http://panzi.github.io/SocialSharePrivacy/>) als een manier om de toestemming te verkrijgen van de gebruiker. Door gebruik te maken van een instrument als "Social Share Privacy" maken plug-ins van derde partijen pas een verbinding met de third-party servers (en worden er bijgevolg pas gegevens verstuurd naar derde partijen) nadat de gebruiker de social plug-in heeft aangeklikt.

Aan eindgebruikers

- Internetgebruikers die zich willen beschermen tegen tracking van Facebook door middel van social plug-ins, worden geadviseerd gebruik te maken van browser add-ons die tracking blokkeren. Voorbeelden van dergelijke browser add-ons zijn:
 - Privacy Badger (<https://www EFF.org/privacybadger>)
 - Ghostery (<https://www.ghostery.com>)

⁵⁸ http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/aanbeveling_01_2015.pdf

- Disconnect (<https://disconnect.me/disconnect>)
- Internetgebruikers kunnen zich eveneens beschermen door gebruik te maken van de incognito of "private navigation"-modus die recente versies van de meest courante browsers (Internet Explorer, Firefox, Chrome, Safari, enz.) als functionaliteit aanbieden. Deze functie dwingt de browser om sporen van uw surfgedrag (cookies, historiek, enz.) te wissen nadat het venster wordt gesloten en beschermt u aldus om door Facebook of anderen gevolgd te worden⁵⁹.
- Gebruikers van Facebook kunnen zich uitschrijven voor tracking in het kader van gerichte advertenties door Facebook via de opt-out website van de European Interactive Digital Advertising Alliance (www.youronlinechoices.eu). Het dient echter opgemerkt te worden dat Facebook momenteel ook nadat gebruikers zich hebben uitgeschreven voor gerichte advertenties, dezelfde informatie blijft verzamelen over de bezoeken van gebruikers aan externe websites. Facebook belooft evenwel niet langer gebruik te maken van deze informatie voor advertentiedoelinden. Gebruikers die zich tevens willen beschermen tegen de inzameling van deze informatie worden daarom geadviseerd om daarnaast ook gebruik te maken van de incognito-modus van hun browser of één van de bovenvermelde browser add-ons te gebruiken.

Voor de Wnd. Administrateur, afw.

De Voorzitter,

(get.) An Machtens
Wnd. Afdelingshoofd ORM

(get.) Willem Debeuckelaere

⁵⁹ Er bestaan ook speciale privacybeschermende browsers, bv. Epic Privacy Browser (www.epicbrowser.com).