

Het Meta-arrest van het Hof van Justitie: de versmelting van het toezicht op privacy en mededinging

Rechtspraak

Quinten Kroes en
Paul Kreijger*

Op 4 juli 2023 wees de Grote Kamer van het Hof van Justitie één van de belangrijkste arresten van het afgelopen jaar over gegevensbescherming, nota bene in een mededingingsrechtelijke zaak.¹ In antwoord op vragen van de Duitse rechter naar aanleiding van het beroep van Meta, het moederbedrijf van Facebook, Instagram en WhatsApp, tegen een interventie van de Duitse mededingingstoezichthouder, heeft het Hof in de eerste plaats de rolverdeling tussen mededingings- en privacytoezichthouders verduidelijkt. In de tweede plaats is het Hof ingegaan op de zogeheten bijzondere categorieën van persoonsgegevens, waarvoor de AVG een extra streng regime voorschrijft vanwege de risico's die de verwerking daarvan meebrengt voor het individu. In de derde plaats heeft het Hof zich uitgelaten over de grondslagen waarop Meta zich mag beroepen voor de verwerking van gegevens van gebruikers van haar sociale netwerkplatform Facebook voor uiteenlopende doeleinden, variërend van personalisatie van de dienst tot productverbetering. In deze bijdrage wordt ingegaan op het eerste en het laatste aspect² en wordt toegelicht dat het arrest potentieel verreikende gevolgen heeft, niet alleen voor Meta, maar ook voor andere onlinebedrijven die leunen op advertentie-inkomsten. Bovendien wijzen de ontwikkelingen sinds dit arrest erop dat mededingings- en privacytoezicht zich steeds meer in elkaars vaarwater begeven.

De steen des aanstoots

De aanleiding voor het geschil was dat Meta aan de vooravond van inwerkingtreding van de AVG de grondslag van een aantal belangrijke gegevensverwerkingen, waaronder die ten behoeve van op de individuele gebruiker gerichte advertenties, had gewijzigd van toestemming naar de noodzaak voor de uitvoering van de overeenkomst, met gelijktijdige aanpassing van haar algemene voorwaarden. Gebruikers van Facebook zagen zich op dat moment genoodzaakt om deze nieuwe overeenkomst en algemene voorwaarden te accepteren als zij het sociale netwerkplatform wilden blijven gebruiken. De nieuwe overeenkomst bepaalde dat Meta persoonsgegevens van gebruikers mocht verwerken voor onder meer het tonen van advertenties die waren gebaseerd op surfgedrag van de

gebruiker. Deze koerswijziging leidde niet alleen tot interventie van het Bundeskartellamt, de Duitse mededingingsautoriteit, maar is ook op andere fronten onder vuur komen te liggen. Zo diende privacy-activist Max Schrems in Oostenrijk een klacht in. Deze is uiteindelijk in behandeling genomen door de Ierse toezichthouder die bevoegd is ten aanzien van het Europese hoofdkantoor van Meta, onder het zogeheten one-stop-shop mechanisme dat voorziet in samenwerking tussen verschillende Europese privacytoezichthouders bij grensoverschrijdende verwerkingen. De toepassing daarvan in dit concrete geval heeft blootgelegd dat binnen de gelederen van de toezichthouders de meningen behoorlijk uiteen liepen, niet alleen over de vraag of Meta zich op de contractuele grondslag kan beroepen, maar ook over de hoogte van de boete die moest worden opgelegd bij het ontbreken van de vereiste

* Mr. Q.R. Kroes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof) en redacteur van dit blad. Mr. P.J. Kreijger is advocaat te Amsterdam (Visser Schaap & Kreijger) en redacteur van dit blad.

1 HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta c.s./Bundeskartellamt*), hierna opgenomen onder Jurisprudentie nr. 1.

2 Zie over het tweede aspect de noot van H.L.A. Kooijman en R. van Saane, *Computerrecht* 2023/259.

grondslag. Uiteindelijk is het Europese samenwerkingsorgaan van privacytoezichthouders, de EBDP, eraan te pas moeten komen om de geschilpunten te beslechten.³

Mag een mededingingstoezichthouder rekening houden met gegevensverwerkingspraktijken van een dominante onderneming?

De eerste vraag die de verwijzende rechter opwerpt is of het Bundeskartellamt bij de handhaving van de mededingingsregels (i.c. met name het verbod van misbruik van een economische machtspositie) mede de AVG in de beoordeling mocht betrekken. Simpel gesteld: kan overtreding van de AVG ook een overtreding van het mededingingsrecht opleveren? De korte versie van het antwoord is: ja dat kan.⁴

Achtergrond

De mededingingsrechtelijke norm die in deze zaak centraal staat, is het verbod op het misbruiken van een economische machtspositie. Dit is ook de enige norm, aangezien het om eenzijdige gedragingen van Meta ging, waarmee de andere pijlers van het mededingingsrecht in deze zaak geen rol spelen. Het gaat hier niet om de beoordeling van een voorgenomen fusie of overname. De regels van de concentratiecontrole zijn dus niet van toepassing. Evenmin gaat het om een situatie waarin onderlinge afstemming of afspraken tussen twee of meer ondernemingen aan de orde zijn.

Het Europese misbruikverbod is geregeld in artikel 102 VWEU. Hoewel het in deze zaak om de Duitse versie ging van het misbruikverbod, geregeld in paragraaf 19 van het *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, is de Duitse mededingingswet op dit punt (net als artikel 24 van onze Mededingingswet) inhoudelijk identiek aan het Europees misbruikverbod. Bovendien zijn nationale autoriteiten niet alleen gehouden om het nationale mededingingsrecht overeenkomstig het Europese recht toe te passen, tevens is sinds 2003 het uitgangspunt dat nationale autoriteiten óók het Europese recht zelf toepassen, naast de Europese Commissie (die overigens wel exclusief bevoegd is wanneer zij onderzoek doet).⁵ Het was dan ook niet meer dan logisch dat de Duitse rechter ook de mededingingsrechtelijke vragen aan het Hof van Justitie voorlegde. De essentie van deze regeling is dat het als zodanig niet verboden is een economische machtspositie⁶ te verkrijgen of te hebben, maar wel om die te *misbruiken*. Toepassing van de norm veronderstelt dan ook, ten eerste, dat wordt vastgesteld of er een machtspositie is. Daartoe is het noodzakelijk de relevante markt(en) af te bakenen: in de kern het geheel van de

producten en diensten dat concurreert met die van de onderzochte onderneming en het gebied waarbinnen die concurrentie plaatsvindt. Marktafbakening kan een ingewikkelde en omstreden exercitie zijn die beslissend kan zijn voor het verloop van een mededingingszaak. Ten tweede is vereist dat ook *misbruik* wordt vastgesteld. Hoewel de term “misbruik” ethische connotaties heeft, gaat het in deze context vooral om een economisch begrip. Dit is niet wettelijk en evenmin uitputtend gedefinieerd, en naar zijn aard casuïstisch én, juist daarom, ook wel controversieel (zoals een toonaangevend commentaar vooropstelt: “it is not controversial to say that the meaning of abuse of dominance is controversial”). Dit geldt zeker in “grensgevallen”, waarin commerciële praktijken die niet eerder voorwerp van onderzoek waren, onder het vergrootglas worden gelegd, en waar ook de hier besproken zaak wel toe behoort. Zoveel is op basis van inmiddels enkele decennia (Europese) rechtspraak duidelijk, dat het bij misbruik gaat om een objectief concept (d.w.z. de *bedoeling* van de dominante onderneming is niet bepalend). Dat concept gaat uit van een “bijzondere verantwoordelijkheid” van dominante ondernemingen (in feite de bekende olifant in de porseleinkast) om alleen te concurreren “on the merits”. Overigens kan dat wel degelijk stevige concurrentie betekenen, waarbij de dominante onderneming de eigen commerciële belangen mag verdedigen en waarbij ook “slachtoffers” mogen worden gemaakt onder ondernemingen die minder aantrekkelijke producten of diensten aanbieden en dus in een gezonde concurrentiestrijd het onderspit delven.⁸

Onderscheid wordt wel gemaakt tussen misbruik dat is gericht op het uitsluiten van concurrenten van de dominante onderneming, “uitsluitingsmisbruik” (door bijvoorbeeld afnemers te binden, juridisch via exclusiviteitsclausules of economisch via prijs- of kortingsmechanismen waar niet tegenop te concurreren valt), en het benadelen van afnemers, “uitbuitingsmisbruik” (bijvoorbeeld door excessieve prijzen te rekenen). In de praktijk hebben de meeste misbruikzaken vooral op de eerste categorie betrekking, met name omdat het beoordelen of bijvoorbeeld prijzen en condities die aan afnemers worden gerekend excessief zijn of anderszins afwijken van “competition on the merits” buiten écht evidente gevallen voor een autoriteit geen eenvoudige zaak is – en vaak zelfs onbegonnen werk. Maar zoals opgemerkt zijn dit geen in wet of rechtspraak vastgelegde categorieën: weliswaar worden in artikel 102 VWEU voorbeelden van misbruikelijke gedragingen genoemd (waaronder dat van het opleggen van “onbillijke voorwaarden” dat in de hier besproken zaak van belang is), maar die zijn niet uitputtend. Zeker de laatste jaren dienen zich zaken aan waarin gedragingen voor het eerst als misbruik zijn bestempeld, vooral in relatie tot intellectuele eigendom en digitale markten. Dit is bijvoorbeeld aangenomen bij het

3 Meta heeft beroep ingesteld tegen deze interventie van de EBDP in het Ierse dossier, welke zaak bij het Gerecht van Eerste Aanleg wordt behandeld onder zaaknr. T-129/23.
4 De mededingingsrechtelijke aspecten van het arrest worden ook besproken door mr. W.W. Geursen, ‘Schending van de AVG als schending van het mededingingsrecht’, in: F.C. van der Jagt-Vink e.a. (red.), *Tien jaar Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens*, Sdu 2023, p. 494-530.
5 Op basis van Verordening 1/2003 (Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102] van het Verdrag, *Pb EU*, L 1, p. 1-25) die de procedurele opzet van het Europees mededingingsrecht zoals die sinds 1962 gold, “decentraliseerde” en daarmee fundamenteel veranderde. De systematiek lijkt in zoverre wel op die van de AVG, waarin gelijklopende Europese normen in verschillende lidstaten door nationale autoriteiten (en rechters) gehandhaafd worden, met echter dit, zeer fundamentele, verschil, dat de centrale rol die de Europese Commissie onder Vo. 1/2003 speelt (zij kan in essentie zaken exclu-

sief aan zich trekken), onder de AVG ontbreekt. De EDPB heeft, hoe belangrijk zij overigens in verschillende opzichten ook is, geen eigen handhavende rol.
6 In de rechtspraak (en, voor Nederland, in artikel 1 onder i Mw) gedefinieerd als “de positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen”. Zie Tekst & Commentaar Mededingingswet, aant. 8b: “De ultieme toets voor de vraag of een economische machtspositie bestaat, ligt in de mate waarin een onderneming zelfstandig haar marktgedrag kan bepalen, zonder zich daarbij te laten leiden door hoe (potentiële) concurrenten of andere relevante partijen, als afnemers, leveranciers en eindgebruikers, zich gedragen (HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, *Jur.* 1978, par. 65 (*United Brands*)).
7 Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 10th ed., Oxford 2021, p. 194.
8 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, EU:C:2012:172 (Post Danmark I) en HvJ EU 30 januari 2020, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics*).

oprekken van octrooibeschermt door onvolledige informatie aan het octrooibureau te verstrekken⁹ of het bevoordelen van eigen diensten ten opzichte van die van derden door een platformexploitant die met zijn eigen afnemers concurreert (“self-preferencing”).¹⁰ Of, zoals in dit geval, het in strijd met de AVG vergaren en gebruiken van persoonsgegevens door een platform als Facebook.

Het mededingingsonderzoek

Het startschot werd gegeven door het Bundeskartellamt, met een besluit van 6 februari 2019. Ruim vijf jaar geleden (en na een onderzoek dat al in maart 2016 was begonnen), concludeerde het dat Meta (toen nog alleen bekend als Facebook) de AVG had overtreden en daarmee misbruik van een economische machtspositie had gemaakt. Die conclusie werd breed uitgedragen, getuige de uitgebreide Engelstalige informatie op de website van het Bundeskartellamt met procesverloop, vertalingen van besluiten en samenvattingen, die ook voortdurend wordt bijgewerkt.¹¹

Het Bundeskartellamt bakent allereerst de relevante markt af. Daartoe onderneemt het een uitvoerige en complexe analyse van de interactie van de verschillende Facebook-diensten en de betrokken gebruikers en afnemers. Een platform zoals dat van Facebook is een “meerzijdige markt” waar verschillende soorten afnemers gebruik van maken, die ook weer met elkaar interacteren, en tegen verschillende voorwaarden toegang krijgen. De consumenten met een Facebook-account betalen daarvoor geen financiële vergoeding, wat de dienst laagdrempelig maakt, en hoe meer anderen zijn aangesloten hoe waardevoller het platform voor consumenten is. Consumenten laten wel hun persoonsgegevens achter, wat het platform aantrekkelijk maakt voor adverteerders die juist wel betalen om gericht te kunnen adverteren. Daarnaast zijn er ook partijen zoals uitgeverij en ontwikkelaars die via Facebook de consument bereiken. Het Bundeskartellamt constateert dat er een aparte relevante markt is voor online sociale netwerken voor particuliere gebruikers, te onderscheiden van zakelijke sociale netwerken zoals LinkedIn, in Duitsland. Op die markt zou Facebook een marktaandeel van tegen de 95% hebben, ofwel een bijna-monopolie. Aangezien gebruikers van Facebook geen abonnementsvergoeding hoeven te betalen, is de vraag hoe dan tot een marktaandeel te komen. Het Bundeskartellamt lost dit op door uit te gaan van het aandeel dagelijkse actieve gebruikers, en komt dan op genoemd percentage uit. Een economische machtspositie is dan min of meer gegeven, zeker nu de autoriteit ook vaststelt dat het om tal van redenen niet eenvoudig is voor nieuwkomers aandeel op Facebook te veroveren. Van belang is overigens dat de Duitse wetgeving (artikel 18a GWB) een specifieke regeling kent voor het bepalen van de marktpositie van digitale platforms (in 2020 met de zogeheten 10^e GWB-novelle nog verder aangescherpt o.a. om meer rekening te houden met het belang van data voor digitale platforms), die hier verder buiten beschouwing blijft. De wettelijke *norm* voor misbruik is in elk geval identiek aan artikel 102 VWEU.

Zoals al opgemerkt is echter niet het *hebben* van een machtspositie verboden, alleen het *misbruik* daarvan. Dit misbruik is volgens het Bundeskartellamt in essentie hierin gelegen dat Facebook in haar gebruiksvoorwaarden als voorwaarde voor gebruik van haar diensten oplegt dat zij de persoonsgegevens die zij rechtstreeks van gebruikers ontvangt (en waartegen het Bundeskartellamt als zodanig geen bezwaar heeft), kan *combineren* met persoonsgegevens over diezelfde gebruikers die zij van *buiten* haar platform ophaalt, zowel via sites en apps van haarzelf, zoals WhatsApp en Instagram, als (ver) daarbuiten, via websites met “plugins” van Facebook die bezoekersinformatie doorgeven aan Meta/Facebook. Na uitvoerig onderzoek in nauw overleg met de diverse bevoegde Duitse gegevensbeschermingsautoriteiten en het informeren van de Ierse autoriteit, constateert het Bundeskartellamt dat Meta/Facebook hiermee de AVG op diverse manieren overtreedt.

Die overtreding van de AVG is óók een overtreding van het Duitse misbruikverbod van artikel 19 GWB, meer specifiek een vorm van uitbuitingsmisbruik. Het Bundeskartellamt verwijst naar vaste rechtspraak van het Duitse Bundesgerichtshof (BGH), waaruit volgt dat de mededingingsrechtelijke misbruiknorm ook op basis van civielrechtelijke en constitutionele normen ingevuld en toegepast moet worden, zeker als het gaat om normen die onbalans in de machtsverhouding tussen leverancier en afnemer compenseren. Condities die in strijd zijn met de Duitse regeling van de algemene voorwaarden of inbreuk maken op grondrechten (waaronder de BGH-uitspraak in de jarenlange strijd van schaatsster Claudia Pechstein tegen haar schorsing¹²), kunnen volgens deze rechtspraak ook mededingingsrechtelijk relevant misbruik zijn. Zeker gezien de constitutionele grondslag van de AVG (bescherming van persoonsgegevens is immers een grondrecht) meent het Bundeskartellamt dat ook overtreding van de AVG relevant is voor de uitleg van artikel 19 GWB. Daarbij is overigens (zeer) opvallend dat het Bundeskartellamt zich *niet* ook op artikel 102 VWEU baseert: hoewel het naar eigen zeggen in nauw overleg met de Europese Commissie opereerde in deze zaak, meent het dat dit een onzekere route is gezien het ontbreken op Europees niveau van rechtspraak over de invulling van artikel 102 VWEU die met die van het BGH vergelijkbaar zou zijn.

Procedure

Het Bundeskartellamt legt geen boete op, maar gelast Meta/Facebook haar dienstverlening zodanig aan te passen, dat in overeenstemming met de AVG alleen nog maar gegevens van buiten het platform gecombineerd kunnen worden met gegevens daarbinnen, op basis van daadwerkelijk vrije toestemming van gebruikers. Dat betekent onder meer dat zonder die toestemming de data gescheiden moet blijven en de gebruikers niet volledig van de dienst uitgesloten mogen worden. Meta/Facebook gaat in beroep bij het Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, en vraagt daarnaast bij het OLG schorsing van het besluit, die op 26 augustus 2019 ook wordt uitgesproken (het OLG steekt in het voorlopig oordeel zijn scepsis over de houdbaarheid van het besluit niet onder stoelen of banken). Op zijn beurt gaat Bundeskartellamt van deze uitspraak in beroep, en met succes: het BGH maakt de schorsing op 23 juni 2020¹³ ongedaan in een uitspraak waarin aller-

9 HvJ EU 6 december 2012, C-457/10P, ECLI:EU:C:2012:770 (*AstraZeneca*).

10 Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (*Google Shopping*). Hoger beroep is aanhangig onder zaaknummer C-48/22P, A-G Kokott concludeerde op 11 januari 2024 tot verwerping.

11 Zie P. Kuipers, J. Kohlen & A. Kuiper, ‘Het Facebook-besluit van het Bundeskartellamt; een nieuwe kijk op data en dominantie’, *Markt & Mededinging* 2019/3, p. 96-104.

12 Voor een overzicht van deze jarenlang slepende reeks procedures: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/07/26/sport-arbitration-and-competition-law-long-awaited-verdict-of-the-bundesverfassungsgericht-gives-pechstein-new-hope/>.

13 Zie M.A. Meijssen, ‘Geen like voor Facebook uit Karlsruhe’, *Markt & Mededinging* 2021/1, p. 26-36.

minst wordt getwijfeld aan de bevindingen van het Bundeskartellamt ten aanzien van de machtspositie en het misbruik daarvan door Facebook.¹⁴ Het BGH bevestigt dat overtreding van de AVG óók mededingingsrechtelijk relevant uitbuitingsmisbruik is, gezien de vaststelling door het Bundeskartellamt dat een belangrijk deel van de gebruikers zou willen dat Facebook minder persoonsgegevens gebruikt, maar geen uitwijkmogelijkheid heeft naar een alternatieve aanbieder, en het overvloedig datagebruik van Facebook haar voorsprong op concurrenten nog verder versterkt. Van belang is ook dat het BGH bevestigt dat het enkele feit dat een dienst gratis is, niet het einde van de mededingingsrechtelijke analyse is. Facebook heeft immers wel degelijk commerciële motieven bij dit gratis aanbod. Bovendien leveren de gebruikers een tegenprestatie in de vorm van hun persoonsgegevens, die Facebook te gelde maakt via de verkoop van advertentieruimte. Vervolgens doen zich de nodige procedurele verwickelingen voor. Zo schorst het OLG op 30 november 2020 het besluit opnieuw.¹⁵ Na een uitvoerige zitting op 24 maart 2021, waarin onder meer wordt stilgestaan bij de vraag waarom het Bundeskartellamt artikel 102 VWEU niet heeft toegepast, besluit het OLG in de tegen het besluit lopende bodemprocedure prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen,¹⁶ die ruim twee jaar later in de hier besproken uitspraak zijn beantwoord.

Het Hof beantwoordt de mededingingsrechtelijke vraag

Over de materieelrechtelijke vraag is het Hof kort: een mededingingsautoriteit moet op basis van alle specifieke omstandigheden van de zaak beoordelen of het gedrag van de onderneming met een machtspositie de mededinging beperkt. Daarbij kan de (on)verenigbaarheid van dat gedrag met “andere normen dan die van het mededingingsrecht” en dus ook met de AVG eventueel – als een van de relevante omstandigheden van het geval – een belangrijke aanwijzing vormen.¹⁷ Dat betekent niet dat de mededingingstoezichthouder ook toezicht houdt op de AVG, maar het meewegen van AVG-aspecten bij dat toezicht is wat anders – en ook onmiskenbaar relevant. De toegang tot en de exploitatie van persoonsgegevens zijn in de digitale economie van groot belang zoals het businessmodel van Facebook al aantoonde, en de toegang tot en de mogelijkheid van verwerking van persoonsgegevens zijn een belangrijke concurrentieparameter in de digitale economie. Het mededingingstoezicht kan niet aan die realiteit voorbijgaan.¹⁸

Daarmee is definitief boven elke twijfel gesteld dat de AVG ook in het mededingingstoezicht een rol mag spelen. Daar

werd eerder wel over getwijfeld, maar dit is nu dus duidelijk uitgemaakt.¹⁹ Maar meer houvast geeft het arrest materieelrechtelijk niet (en dat was ook niet gevraagd). Het arrest zegt bijvoorbeeld niets over *hoe* inzet van persoonsgegevens tot misbruik kan leiden en welke “theories of harm” (in essentie: welk mechanisme tot welke concurrentieschade leidt) daarbij gevolgd kunnen, of moeten worden. Over de vraag hoe de machtspositie van Facebook door haar inzet van persoonsgegevens (althans in de door het Bundeskartellamt beoordeelde periode) de concurrentie precies schaadt (of niet) zegt de uitspraak dus niets, maar *dat* het privacy-aspect een rol kan spelen is nu duidelijk.

Voor het overige is het mededingingsrechtelijk gedeelte van de uitspraak vooral institutioneel van aard. Het Hof merkt op dat waar de AVG een zeer gedetailleerd uitgewerkt stelsel van onderlinge samenwerking en geschilbeslechting tussen de nationale privacytoezichthouders, de Commissie en de EDPB kent, over de samenwerking met mededingingstoezichthouders niets geregeld is. En hoewel de mededingingstoezichthouder die AVG-aspecten in de beoordeling meeneemt, dat doet binnen zijn eigen specifieke taken en daarmee dus niet op de stoel van de privacytoezichthouder gaat zitten,²⁰ vergt het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4 lid 3 VEU wel dat hij met diezelfde toezichthouder samenwerkt om een coherente toepassing van de AVG te verzekeren.²¹ Dat betekent dat een mededingingstoezichthouder zich moet voegen naar de beschikkingenpraktijk en rechtspraak over de AVG voor zover die er is, en de privacytoezichthouder moet raadplegen voor zover er geen houvast is.²² Die laatste moet op zijn beurt loyaal samenwerken met de mededingingstoezichthouder en alle gevraagde informatie verschaffen (en zo nodig ook andere autoriteiten inschakelen volgens het AVG-samenwerkingsmechanisme). Reageren zij niet tijdig, of maken zij geen bezwaar tegen voortzetting van het onderzoek zonder formeel besluit van hun kant, dan kan de mededingingsautoriteit door met het onderzoek. Zo ook het Bundeskartellamt, dat gezien diens raadpleging van de nationale (Duitse) en de leidende (Ierse) privacytoezichthouders, aan de samenwerkingsverplichting had voldaan.²³

De AVG-aspecten in de uitspraak

Hoewel het om een mededingingsrechtelijke zaak gaat, heeft de verwijzende rechter ook op belangrijke punten specifiek over de AVG vragen gesteld. De beantwoording is navolend van belang.

14 <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>: “Die fehlende Wahlmöglichkeit der Facebook-Nutzer beeinträchtigt nicht nur ihre persönliche Autonomie und die Wahrung ihres – auch durch die DSGVO geschützten – Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Vor dem Hintergrund der hohen Wechselhürden, die für die Nutzer des Netzwerks bestehen („Lock-in-Effekte“), stellt sie vielmehr auch eine kartellrechtlich relevante Ausbeutung der Nutzer dar, weil der Wettbewerb wegen der marktbeherrschenden Stellung von Facebook seine Kontrollfunktion nicht mehr wirksam ausüben kann. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts wünschen erhebliche Teile der privaten Facebook-Nutzer einen geringeren Umfang der Preisgabe persönlicher Daten. Bei funktionierendem Wettbewerb auf dem Markt sozialer Netzwerke wäre ein entsprechendes Angebot zu erwarten. Hierauf könnten Nutzer ausweichen, für die der Umfang der Datenpreisgabe ein wesentliches Entscheidungskriterium wäre.”

15 Zie voor alle verwickelingen inclusief links naar de diverse uitspraken <https://www.d-kart.de/der-fall-facebook/>.

16 <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/>.

17 R.o. 47-48 van het arrest.

18 R.o. 50 – 51 van het arrest.

19 In HvJ EU 23 november 2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, r.o. 63 merkte het Hof op: “Voorts kunnen, zoals de advocaat-generaal zakelijk weergegeven in punt 56

van zijn conclusie heeft opgemerkt, de eventuele vragen met betrekking tot de gevoeligheid van persoonsgegevens, daar zij als zodanig niet tot het mededingingsrecht behoren, worden opgelost op de grondslag van de voor de bescherming van dergelijke gegevens relevante bepalingen. In het hoofdgeding blijkt uit het dossier dat de belanghebbende consumenten, overeenkomstig de Spaanse wetgeving de hen betreffende gegevens kunnen verifiëren en zo nodig kunnen doen corrigeren of doorhalen.”

En nog eind 2020 stelde de Commissie in het persbericht naar aanleiding van de toestemming voor de Google/Fitbit – transactie (besluit van 17 december 2020, zaak M.9660): “Other market participants raised a privacy concern indicating that it would be increasingly difficult for users to track what their health data would be used for. The Commission’s investigation found that Google will have to ensure compliance with the provisions and principles of the GDPR, which provides that the processing of personal data concerning health shall be prohibited, unless the person has given explicit consent. Such concerns are not within the remit of merger control and there are regulatory tools better placed to address them.” Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484.

20 R.o. 49 arrest.

21 R.o. 53 arrest.

22 R.o. 55 arrest.

23 R.o. 61 arrest.

De grondslagen-discussie

Een van de belangrijkste beginselen van de AVG is dat een verwerking van persoonsgegevens rechtmatig moet zijn. Dat is uitgewerkt in artikel 6, eerste lid, AVG dat een limitatieve opsomming geeft van de grondslagen voor rechtmatige verwerking. Elke verwerking moet tot tenminste één van de daar genoemde zes grondslagen kunnen worden teruggevoerd. Voor de commerciële rechtspraktijk zijn met name van belang de grondslagen van ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene (sub a) en de noodzaak van de gegevensverwerking voor de uitvoering van een overeenkomst met de betrokkene (sub b) of voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde (sub f). In een eerder artikel²⁴ heeft één van de auteurs van deze bijdrage betoogd dat Europese toezichthouders (inclusief de Autoriteit persoonsgegevens (AP)) deze grondslagen steeds beperkter zijn gaan uitleggen. Waar voorheen de vraag vooral was op welke grondslag een verwerking gebaseerd kon worden, roepen de recentere strengere opvattingen de vraag op óf voor een bepaalde verwerking wel een grondslag te vinden is, en of die dus mag plaatsvinden. Daardoor werden allerlei soorten verwerkingen categorisch verboden door een nieuwe uitleg van tamelijk open normen, met vaak onbedoelde en ongewenste bijvangst.

Bij de grondslag van toestemming spitst de discussie zich toe op de vraag wat het vereiste behelst dat toestemming 'vrij' moet zijn gegeven.²⁵ Voorheen werd dit opgevat als het ontbreken van dwang.²⁶ In de normuitleg cookiemuren die AP in 2019 publiceerde,²⁷ nam de AP echter het standpunt in dat website-exploitanten de acceptatie van advertentiecookies niet als voorwaarde mogen stellen voor toegang tot hun website, omdat dit geen vrije of echte keuze zou bieden. De vraag die in deze normuitleg onbeantwoord bleef, is of een dergelijke cookiemuur wel geoorloofd is als de exploitant wegeraars een betaald alternatief biedt. Voor de uitleg van de contractuele grondslag gaat het in wezen om de vraag wie de inhoud van het contract mag bepalen: staat het ter vrije, subjectieve invulling van de aanbieder van een dienst welke propositie die wil aanbieden en welke persoonsgegevens daarvoor verwerkt moeten worden, of geldt er een meer objectieve norm? De EDBP betrok in haar richtsnoeren het laatste standpunt en stelde zich op het standpunt dat het doel van de overeenkomst objectief bepaald moet worden aan de hand van de aard van de dienstverlening en de verwachtingen van de consument.²⁸ Bij de discussie rond het gerechtvaardigd belang spelen vragen als wanneer een belang als gerechtvaardigd mag gelden, en hoe de noodzaak en de belangenafweging hier dient te worden beoordeeld. Hier koos de AP voor een normuitleg²⁹ die verwerkingen voor 'louter commerciële doeleinden' categoriaal afdeed als nooit gerechtvaardigd. Die opvatting liep zozeer uit de pas met gangbare opvattingen dat de Europese Commissie het nodig vond de AP hierover uit eigen beweging aan te schrijven.³⁰

Het Hof van Justitie is in het Meta-arrest op elk van deze drie grondslagen ingegaan en hierna zal blijken in hoeverre deze strengere opvattingen van Europese toezichthouders weerklank hebben gevonden bij de hoogste Unie-rechter. De verwerking door Meta die daarbij steeds centraal stond, bestaat uit het verzamelen van persoonsgegevens van haar gebruikers die afkomstig zijn van zowel de diensten binnen het Meta-concern, als die voortkomen uit bezoeken van deze gebruikers aan websites of apps van derden (die Meta door inzet van cookies kan verzamelen), en het koppelen van al deze gebruiksgegevens aan hun account bij een sociaal netwerk van het Meta-concern.³¹ Zoals hierna zal blijken, combineert Meta deze persoonsgegevens voor uiteenlopende doeleinden (hiervoor zagen we dat juist de combinatie het mededingingsrechtelijk probleem was, althans volgens het Bundeskartellamt), waarbij zij zich op verschillende AVG-grondslagen beriep. Elk van deze beroepen is door het Hof getoetst. Daarbij begint het Hof per grondslag met enkele algemene overwegingen, en past die vervolgens toe op de door Meta benoemde verwerkingsdoelen.

Noodzaak van de uitvoering van de overeenkomst

Zoals hiervoor aangegeven, wierp ook de klacht van Schrems bij de Ierse toezichthouder de vraag op of Meta zich mocht beroepen op de uitvoering van de overeenkomst, en stond daar de verwerking van persoonsgegevens centraal ten behoeve van advertenties gebaseerd op eerder gebruik van websites en apps van derden. De onder het one-stop-shop mechanisme vereiste afstemming met andere betrokken toezichthouders legde bloot dat in de Ierse zaak de toezichthouders lijnrecht tegenover elkaar stonden.³² De Ierse toezichthouder liet ruimte voor de aanbieder om zelf de contractuele noodzaak te bepalen, en hield kort gezegd als toetssteen aan dat de verwerking noodzakelijk moet zijn voor de overeenkomst en dienstverlening zoals de aanbieder die wil bieden. Die opvatting lijkt op die van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in een eerdere zaak over de verwerking door de NS van in- en uitcheckgegevens van abonneehouder. Daarin verwierp de Afdeling de strenge toetssteen of de dienst zonder de verwerking kan worden uitgevoerd, en oordeelde zij dat bepalend is of die 'redelijkerwijs niet op een andere manier kan worden uitgevoerd'.³³

Andere betrokken toezichthouders hingen echter de strengere opvatting aan van Schrems en de eerdere EDBP-richtsnoeren³⁴ dat die noodzaak 'objectief' moet bestaan. Ook het bij onlinediensten tamelijk gebruikelijke fenomeen van personalisatie is volgens die richtsnoeren alleen toegestaan waar die objectief noodzakelijk is. Zo acht de EDBP profilering door online retailers (zoals het afstemmen van aanbiedingen op eerdere aankopen) nooit noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst.

Uiteindelijk was een besluit van de EDBP zelf nodig om dit verschil van inzicht tussen de Ierse en de overige betrokken

24 Quinten Kroes, 'De botte bijl van het privacytoezicht', *NJB* 2021/39, p. 3242-3251.

25 Artikel 4 sub 11) AVG definieert toestemming van de betrokkene als elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt.

26 Zie 'Een cookiemuur is niet in strijd met privacyregels', Quinten Kroes, *Mediaforum* 2013-3.

27 https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/normuitleg_ap_cookiewalls.pdf.

28 Richtsnoeren 2/2019 betreffende de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 6, lid 1, onder b), van de AVG in het kader van de verlening van onlinediensten aan betrokkenen, beschikbaar op edpb.europa.eu.

29 https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/normuitleg_gerechtigd_belang.pdf.

30 Zie hierover de noot van Q.J. Tjeenk Willink en C.R.F. Plaizier bij ABRvS 27 juli 2022 (*VoetbalTV*) in *Mediaforum* 2022-6, nr. 15.

31 Zie r.o. 86 van het arrest.

32 https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/facebook-18-5-5_final_decision_redacted_en.pdf.

33 AB RvS 10 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2508, 2509 en 2510.

34 Richtsnoeren 2/2019 betreffende de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 6, lid 1, onder b), van de AVG in het kader van de verlening van onlinediensten aan betrokkenen.

toezichthouders te beslechten. De EDBP stelde de Ierse toezichthouder in het ongelijk en dwong haar tot aanpassing van de voorgenomen beslissing op de klacht van Schrems.³⁵ Overigens was dit niet het enige verschil van mening over dit onderwerp. Een ander twistpunt betrof de geldigheid van de overeenkomst. Daarbij speelden interessante vragen als: is een privacytoezichthouder bevoegd om die te beoordelen,³⁶ en zo ja, aan welk nationaal recht moet de Ierse toezichthouder dit dan toetsen als de klager in Oostenrijk woonachtig is?

Over deze laatste vragen heeft het Hof zich in het Meta-arrest niet uitgesproken, maar over de uitleg van wat noodzakelijk is voor de overeenkomst wel. In algemene zin moet een verwerking volgens het Hof “objectief onontbeerlijk” zijn om onder deze grondslag te kunnen vallen. De verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat het hoofddoel van de overeenkomst zonder die verwerking niet kan worden bereikt. Met andere woorden: de verwerking moet essentieel zijn voor de correcte uitvoering van de overeenkomst en er zijn geen bruikbare, minder ingrijpende alternatieven. Daarmee legt het Hof de lat behoorlijk hoog.

Het is dan ook geen verrassende uitkomst dat het Hof bij de concrete toepassing van deze toetssteen op de verwerkingsdoeleinden die Meta op deze grondslag baseerde, concludeert dat er onvoldoende noodzaak is. In de eerste plaats gaat het daarbij om de verwerking ten behoeve van de personalisatie van inhoud (niet zijnde advertenties) op een sociaal media-platform. Hiervan oordeelt het Hof dat zulke personalisatie weliswaar nuttig kan zijn voor het aanbod van een sociaal netwerk, maar dat daarmee niet gezegd is dat het onontbeerlijk is. Het is immers denkbaar dat zo'n dienst zonder gepersonaliseerde inhoud wordt geboden. Het tweede verwerkingsdoel dat het Hof concreet toetst aan deze grondslag, is de verwerking van persoonsgegevens om het gebruik van verschillende diensten van het Meta-concern te vergemakkelijken. Ook hiervan oordeelt het Hof dat van een objectieve noodzaak geen sprake is. Er is immers geen verplichting voor klanten om deze verschillende diensten als bundel af te nemen en zij kunnen afzonderlijk worden gebruikt.

Gerechtvaardigd belang

De volgende AVG-grondslag die het Hof bespreekt is die van het gerechtvaardigd belang. Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat deze grondslag drie cumulatieve voorwaarden omvat, namelijk (i) het moet gaan om de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde (ii) de verwerking moet noodzakelijk zijn voor de behartiging daarvan en (iii) de belangen of de grondrechten of fundamentele vrijheden van de betrokkenen mogen niet zwaarder wegen dan het gerechtvaardigd belang.³⁷ Ook hier benadrukt het Hof bij de algemene bespreking van deze grondslag de eis van de noodzaak van de verwerking en plaatst die hier in de sleutel van de verplichting tot dataminimalisatie.³⁸ De belangenafweging wordt sterk bepaald door de concrete omstandigheden van het geval, waarbij de redelijke ver-

wachtingen van betrokkenen een belangrijke rol spelen. Als er kinderen in het spel zijn, verdienen die bijzondere bescherming.

Vervolgens toetst het Hof vijf verschillende verwerkingsdoeleinden die Meta op deze grondslag baseerde. De eerste is de personalisatie van reclame. Hierover oordeelt het Hof dat direct marketing op zich een gerechtvaardigd belang kan vormen maar dat ook het tweede en derde criterium vervuld moeten zijn. Gelet op de redelijke verwachtingen van gebruikers enerzijds en de omvang van de verwerking door Meta anderzijds, acht het Hof niet aannemelijk dat dit hier het geval is. Tegen die achtergrond hoeft de gebruiker er geen rekening mee te houden dat personalisatie van reclame zonder zijn toestemming plaatsvindt.

Met de – in het licht van overweging 47 AVG weinig verrassende – bevestiging dat een louter commerciële activiteit als direct marketing onder het gerechtvaardigd belang kan worden geschaard, lijkt de hiervoor genoemde normuitleg van de AP definitief naar de prullenmand te zijn verwezen. Verschillende Nederlandse rechters kwamen al eerder tot dit oordeel,³⁹ maar de bestuursrechter van de rechtbank Amsterdam heeft hier niettemin prejudiciële vragen over gesteld.⁴⁰

Het volgende verwerkingsdoel dat aan het gerechtvaardigd belang wordt getoetst is de beveiliging van de dienstverlening. Hierover oordeelt het Hof dat die onder het gerechtvaardigd belang kan worden gerechtvaardigd maar dat dit sterk van de feiten afhangt waarbij van belang is dat het beginsel van dataminimalisatie wordt nageleefd.

Over het doeleinde van productverbetering oordeelt het Hof dat weliswaar niet op voorhand is uit te sluiten dat dit eronder kan vallen, maar dat dit in het onderhavige geval niet aannemelijk wordt geacht vanwege de omvang van de verwerking, de ingrijpende gevolgen die dit kan hebben, en omdat deze niet voorzienbaar is. Ook het informeren van autoriteiten kan volgens het Hof niet onder deze grondslag geschaard worden, omdat dit niets te maken heeft met enige commerciële belangen van Meta. Deze redengeving is om twee redenen opmerkelijk. In de eerste plaats omdat die diametraal ingaat tegen de opvatting van onze AP. Waar de AP van mening is dat zuiver commerciële belangen nooit gerechtvaardigd kunnen zijn, lijkt het Hof juist als eis te stellen dat er commerciële belangen op het spel moeten staan als een onderneming zich op het gerechtvaardigd belang beroept. Maar in de tweede plaats roept dit oordeel ook vragen op over de in de praktijk gehuldigde, en door toezichthouders onderschreven⁴¹ opvatting dat ondernemingen zich op het gerechtvaardigd belang kunnen beroepen als zij persoonsgegevens moeten verwerken op grond van wettelijke verplichtingen die gelden in derde landen (zoals de verplichting op grond van Amerikaanse regelgeving om klokkenluidersmeldingen door te spelen die rust op ondernemingen die daar aan de beurs genoteerd zijn). Zulke situaties kunnen ertoe leiden dat gegevens aan autoriteiten worden verstrekt. Mogelijk dat het arrest de praktijk noopt om voor dit soort verwerkingen uit te wijken naar een andere grondslag.⁴²

35 Binding Decision 4/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Instagram service (Art. 65 GDPR), 5 december 2022, beschikbaar op edbp.europa.eu.

36 Naar Nederlands recht kan men zich bijvoorbeeld de vraag stellen of artikel 12 Gw in de weg staat aan een dergelijke beoordeling door een toezichthouder.

37 Zie r.o. 106 en de daar aangehaalde rechtspraak.

38 Artikel 5, eerste lid, sub c, AVG.

39 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:511, *Mediaforum* 2021-2, nr. 5, m.nt. Q.J. Tjeenk Willink en C.R.F. Plaizier (*Voetbal TV/AP*), Rb. Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2023:1407, *Computerrecht* 2023/121, m.nt. M. Rijsenbrij (*Data Privacy Stichting/Facebook*)).

40 Deze zaak wordt bij het Hof van Justitie behandeld onder zaaknr. C-621/22.

41 Advies 06/2014 over het begrip “gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke” in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, WP217.

42 Uit Advies 06/2014 over het begrip “gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke” in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG volgt dat artikel 6, eerste lid, sub e AVG mogelijk in aanmerking komt als er persoonsgegevens worden doorgegeven aan instanties die belast zijn met openbaar gezag of een taak van algemeen belang. De beantwoording van de vijfde vraag door het Hof in het Meta-arrest lijkt echter van een nauwere interpretatie uit te gaan, namelijk dat de verwerkingsverantwoordelijke zelf daarmee belast moet zijn.

Toestemming

Zoals bij de bespreking van de vorige grondslag bleek, acht het Hof het onwaarschijnlijk dat Meta zich voor de verwerking ten behoeve van gepersonaliseerde advertenties kon beroepen op het gerechtvaardigd belang, mede omdat gebruikers niet behoefden te verwachten dat het grootschalig combineren van gebruiksgegevens van binnen en buiten het Meta-netwerk zou plaatsvinden zonder hun toestemming. Dat roept dan direct de vraag op of het wel mogelijk is voor Meta om daarvoor toestemming te verkrijgen die voldoet aan de eisen die de AVG daaraan stelt. Het gaat dan vooral om de eis dat toestemming ‘vrij’ moet zijn gegeven.⁴³

Uit overweging 42 van de AVG blijkt dat toestemming niet mag worden geacht vrijelijk te zijn verleend, indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen. Overweging 43 voegt daaraan toe dat vrije toestemming onwaarschijnlijk is, als sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke. Tegen die achtergrond is het opmerkelijk dat het Hof in het geval van Meta overweegt dat de omstandigheid dat de exploitant van een online sociaal netwerk een machtspositie inneemt, als zodanig niet in de weg staat aan rechtsgeldige toestemming. Wel voegt het Hof daaraan toe dat deze omstandigheid moet worden meegewogen, omdat ze het risico in de hand werkt dat toestemming als voorwaarde wordt gesteld voor verwerkingen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst (ook wel aangeduid als: “forced consent”).⁴⁴ Gebruikers moeten de vrijheid hebben hun toestemming te weigeren voor bijzondere verwerkingen die niet nodig zijn voor de uitvoering van de overeenkomst. Ook moet die toestemming afzonderlijk kunnen worden gegeven of geweigerd voor afzonderlijke verwerkingen.⁴⁵

In dit concrete geval vergt dat onder meer dat afzonderlijk toestemming moet worden gevraagd voor enerzijds het verwerken van gegevens die binnen Facebook worden verzameld en anderzijds gegevens die daarbuiten worden verzameld. Ook mag de gebruiker daarbij niet worden gedwongen volledig af te zien van het gebruik van de dienst. Er moet, met andere woorden, een gelijkwaardig alternatief worden geboden bij het weigeren van toestemming, ‘in voorkomend geval tegen een passende vergoeding’ (r.o. 150). Deze laatste overweging bevestigt de uitleg die ook de AP na haar richtsnoeren over cookie-muren op haar website heeft gegeven.⁴⁶

Implicaties van het arrest voor de rechtspraktijk

Zoals bij de voorgaande bespreking van het arrest al enigszins bleek, hebben sommige overwegingen van het Hof over de grondslagen van artikel 6, eerste lid, AVG potentieel vergaande gevolgen die de casus overstijgen. Elke verwerking van persoonsgegevens moet immers op een grondslag berusten. Een strengere uitleg van een grondslag raakt daarom allerlei andere verwerkingen die niet ter beoordeling voorlagen. Zo

roept de strikte interpretatie van de noodzakelijkheidseis bij de uitvoering van de overeenkomst de vraag op hoe zich dit verhoudt tot innovatie. Innovatie impliceert een nieuwe werkwijze voor een proces dat nu anders plaatsvindt. Als die nieuwe werkwijze noodzakelijkerwijs verwerking van persoonsgegevens meebrengt die nu niet plaatsvindt, is die dan onontbeerlijk? Om het concreet te maken met een prikkelend voorbeeld: mag een winkel alleen nog maar elektronische betalingen accepteren en niet langer cash?

Het Hof lijkt zich ook weinig te bekommeren om de nadelen die in de praktijk rond toestemming bestaan. Zo leidt het overvloedig vragen van toestemming tot ‘consent-fatigue’. In plaats van zich goed te verdiepen in de vraag waarvoor precies toestemming wordt gevraagd, krijgen gebruikers meer en meer de neiging toestemmingsschermen direct weg te klikken en te kiezen voor de weg van de minste weerstand. Daar komt bij dat in bepaalde gevallen toestemming geen reële optie biedt. In de context van de arbeidsrelatie wordt aangenomen dat werknemers niet in de positie zijn om vrije toestemming te geven vanwege hun hiërarchische ondergeschiktheid aan de werkgever. Voor kinderen bepaalt de AVG dat toestemming moet worden gevraagd van hun ouder of voogd,⁴⁷ wat met name voor online dienstverlening moeilijk praktisch is op te tuigen. Al dit soort vragen tonen de onvoorziene bijvangst aan die ontstaat bij pogingen om een partij als Meta te reguleren over de band van een algemene omnibuswet als de AVG.

Tegelijkertijd moeten de implicaties ook niet groter gemaakt worden dan ze zijn. In de eerste plaats geldt dat de concrete conclusies van het Hof tamelijk toegespitst zijn op de omstandigheden van het geval: het grootschalig combineren door Meta van persoonsgegevens uit haar eigen diensten, met die over het gebruik van websites en apps van derden. Er zijn waarschijnlijk maar weinig organisaties die kunnen tippen aan Meta als het gaat om de schaal en diepgang van deze verwerking. Het feit dat het Hof die verwerking door Meta niet noodzakelijk achtte voor product vernieuwing, personalisatie of beveiliging van haar diensten, wil niet zeggen dat een verwerking van persoonsgegevens voor die doelen nooit gegrond kan worden op de uitvoering van de overeenkomst of het gerechtvaardigd belang.

In de tweede plaats is de toepassing door het Hof van de AVG op een onderneming als Meta ingehaald door de wetgeving. Inmiddels geldt de specifiek op grote online platforms gerichte regulering, in de vorm van de Digital Services Act (DSA) en de Digital Markets Act (DMA). Zo voorziet de DSA in een specifiek verbod voor op online profilering gebaseerde advertenties gericht tot kinderen,⁴⁸ regels over transparantie van aanbevelingssystemen⁴⁹ en de verplichting voor zeer grote platforms om ook diensten zonder aanbevelingssystemen aan te bieden.⁵⁰ De DMA schrijft voor dat platforms die als poortwachters fungeren, alleen persoonsgegevens mogen combineren als zij daarvoor eerst toestemming van de betrokkene hebben verkregen.⁵¹ Veel van de vraagstukken die in dit Meta-arrest voorlagen, zijn dus inmiddels ook door de Europese wetgever

43 Artikel 4 lid 11 AVG definieert de toestemming van de betrokkene als elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt.

44 Deze opvatting sluit aan bij artikel 7, vierde lid, AVG: “Bij de beoordeling van de vraag of de toestemming vrijelijk kan worden gegeven, wordt onder meer ten sterkste rekening gehouden met de vraag of voor de uitvoering van een overeenkomst, met inbegrip van een dienstenovereenkomst, toestemming vereist is voor een verwerking van persoonsgegevens die niet noodzakelijk is voor de uitvoering van die overeenkomst.”

45 Geursen, *a.w.*, par. 12, meent dat uit het arrest wel volgt dat de verwerkingsverantwoordelijke met een economische machtspositie een verzwaaarde stelplicht zou hebben.

46 “Weigert iemand tracking cookies? Dan moet u deze persoon toch toegang geven tot uw website of app, bijvoorbeeld na betaling”.

47 Artikel 8 AVG.

48 Artikel 28, tweede lid, DSA.

49 Artikel 27 DSA.

50 Artikel 38 DSA.

51 Artikel 5 DMA.

geadresseerd, en wel met maatwerk-oplossingen die niet tot de ongewenste bijvangst leiden die een strenge uitleg van de AVG op dit punt meebrengt. Ook de noodzaak dominante platforms met het algemeen misbruikverbod, mede ingevuld door de AVG, aan te pakken lijkt hiermee in belangrijke mate ondervangen: waar het anno 2016, toen het Bundeskartellamt onderzoek begon, nog volstrekt pionieren was en het karteltoezicht mede ingezet leek te worden uit onvrede over achterblijvend optreden van de privacytoezichthouders, is de DMA nu veeleer het geëigende instrument voor (veel) snellere interventies. Deze zaak leert ons twee dingen: artikel 102 VWEU is een open en flexibel instrument, maar het daadwerkelijk toepassen ervan is een zaak van jaren, in schril contrast met de dynamiek van de markten waarover het gaat.

Recente ontwikkelingen in het Facebookdossier

Intussen is de discussie voor Meta nog allerm minst ten einde. In het kader van het door de Ierse toezichthouder geleide handhavingstraject besloot Meta in april 2023 de grondslag voor het combineren van persoonsgegevens ten behoeve van gerichte advertenties te wijzigen van 'noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst' naar het 'gerechtvaardigde belang'. Naar aanleiding van het arrest van 4 juli jl. veranderde Meta andermaal van koers, en besloot zij zich voortaan te beroepen op de grondslag van toestemming. Daarbij zal een rol hebben gespeeld dat de Noorse toezichthouder Meta een last had opgelegd om te staken met de verwerking van persoonsgegevens voor gerichte advertenties, tenzij daarvoor toestemming was gevraagd. Daarbij werd voor het eerst een beroep gedaan op de noodprocedure onder de one-stop-shop⁵² waardoor de Noorse toezichthouder haar maatregel al vooruitlopend op de afstemming met andere toezichthouder kon opleggen. De maatregel werd op 31 oktober 2023 overgenomen door de Ierse toezichthouder, waarmee die voor de gehele Europees Economische Ruimte gold.

De reactie van Meta hierop was dat zij in oktober 2023 – voor het eerst sinds haar ontstaan en tegen eerder uitgedragen principes in⁵³ – betaalde abonnementsopties zonder advertenties introduceerde. De abonnementsprijs varieert van € 9,99/maand (webbrowser) tot € 12,99/maand (mobiele app). Daarmee beweegt het sociale netwerk zich in tegengestelde beweging ten opzichte van de grote videostreaming-diensten, die traditioneel alleen betaalde abonnementen boden zonder advertenties, en recent zijn begonnen met het introduceren van abonnementsvormen met reclame, die goedkoper of zelfs gratis zijn – wat overigens al gebruikelijk was bij muziekstreaming-diensten.

Toch maakte ook deze wijziging geen einde aan de kritiek van privacy-activisten en toezichthouders. Schrems liet in een reactie weten zich te zullen blijven verzetten tegen een benadering die volgens hem neerkomt op het moeten betalen voor het respecteren van fundamentele rechten. Ook trok hij in twijfel dat de abonnementsprijzen van Meta konden kwalificeren als de 'passende vergoeding' waarop het Hof had gezinspeeld.⁵⁴ Vooruitlopend op de beoordeling van het huidige toestemmingsmodel onder leiding van de Ierse toezicht-

houder, nam de Noorse toezichthouder alvast de stelling in dat de beoordeling of een betaald alternatief volstaat, afhangt van alle omstandigheden van het geval, en dat dit vanwege de machtsongelijkheid tussen Meta en haar gebruikers twijfelachtig is.⁵⁵ Ook de Nederlandse AP sprak zich op haar website uit tegen de nieuwe proposities van Meta, die volgens haar betekenen dat privacy alleen nog maar aan rijke mensen is voorbehouden, terwijl privacy een grondrecht is dat iedereen in gelijke mate moet beschermen.⁵⁶ Volgens de AP is daarbij een belangrijke vraag of de prijs wel eerlijk is en of afwijzing leidt tot nadelige gevolgen, in het bijzonder voor mensen met lage inkomens. Mede op verzoek van deze toezichthouders heeft de EDBP inmiddels aangekondigd een advies te zullen geven over de toepassing van 'pay or ok'-modellen door grote online platforms, en mogelijk ook door andersoortige aanbieders van onlinediensten.⁵⁷

Het is de vraag of de AP met deze stellingname niet te veel leest in het AVG-vereiste dat toestemming vrijelijk moet zijn gegeven. Dat het bij privacy gaat om een fundamenteel recht, vormt evenmin een overtuigende rechtvaardiging voor een vorm van tariefregulering. Zo wordt het feit dat het EVRM en het Handvest het recht op vrije informatie erkennen, niet zo geïnterpreteerd dat daarvoor hooguit een eerlijke prijs mag worden gevraagd, wat daar ook onder verstaan moet worden.

En dat brengt ons op het punt dat het criterium dat een prijs 'eerlijk' is, vragen opwerpt die traditioneel op het terrein van het mededingingstoezicht vallen: is een onderneming zo machtig dat zij zich weinig hoeft aan te trekken van haar klanten, en, zo ja, maakt zij misbruik van die machtspositie door bijvoorbeeld te hoge tarieven te vragen. De ervaring uit de mededingingspraktijk wijst uit dat dit uiterst complexe analyses kan vergen (wanneer is een prijs te hoog? welke mate van rendement op een dienst is redelijk? hoe dient dit te worden beoordeeld in een tweezijdige markt waarin het online platform verschillende soorten klanten samenbrengt, namelijk adverteerders en gebruikers?). Een toezichthouder moet over hoogwaardige economische expertise beschikken om zich hierover een gedegen oordeel te kunnen permitteren. Het is de vraag of privacytoezichthouders hiervoor adequaat zijn toegerust. Het Meta-arrest kan echter de weg wijzen als het gaat om de vraag hoe het toezicht op deze traditioneel gescheiden gebieden op elkaar kan worden afgestemd. Daarbij valt overigens op dat het Hof de AVG-grondslagen toepast op een manier die doet denken aan de handhaving van het misbruikverbod van artikel 102 VWEU, in die zin dat er strengere spelregels gelden voor partijen met meer macht. Immers, het Hof houdt bij de toepassing van de AVG-grondslagen steeds rekening met de omvang van de gegevensverwerking. Hoe meer data een marktpartij combineert, hoe strenger de verwerking ervan getoetst moet worden aan de grondslagen, zo lijkt het. Aldus beschouwd draagt het Hof een oplossingsrichting aan voor het verwijt aan het adres van het klassieke mededingingstoezicht dat dit in de huidige data-economie tekort zou schieten, omdat het – bijvoorbeeld bij toetsing van voorgenomen overnames – teveel gewicht toekent aan de omzetten van betrokken ondernemingen, en te weinig oog heeft voor de concentratie van persoonsgegevens die daardoor kan ontstaan.⁵⁸

52 Artikel 66 AVG.

53 Facebook hanteerde op haar inschrijfpagina lang het motto "It's free and it always will be". Dat is inmiddels gewijzigd naar "It's quick and easy".

54 <https://noyb.eu/en/meta-facebook-instagram-move-pay-your-rights-approach>.

55 <https://www.datatilsynet.no/en/news/aktuelle-nyheter-2023/the-norwegian-data-protection-authority-decision-against-meta-is-extended-to-the-eu-area-and-made-permanent/>.

56 Persbericht op de website van de AP van 26 januari 2024 "Privacy is een grondrecht, niet alleen voor rijke mensen".

57 Nieuwsbericht op de website van de EDBP van 14 februari 2024.

58 Vgl. G.P. van Duijvenvoorde, 'Sleutelen aan het mededingingsrecht', *Mediaforum* 2020-5.

Conclusies

Een terugblik vanaf de start van het Bundeskartellamt-onderzoek en de inwerkingtreding van de AVG tot aan het arrest van 4 juli 2023, laat een kat-en-muis spel zien tussen Meta en verschillende Europese toezichthouders, dat voerde langs verschillende grondslagen van de AVG. Daarbij is een innovatieve aanpak niet geschuwd. Vooralsnog is die behoorlijk effectief: met zijn arrest heeft het Hof bevestigd dat een mededingingstoezichthouder met een schuin oog naar de privacyregels mag kijken, en heeft het ook de strenge uitleg van sommige grondslagen omarmd, die juist weer een mededingingsrechtelijke aanpak benadert.

Daarmee is de strijd echter allerminst gestreden. Integendeel: misschien wel het heetste hangijzers ligt nu voor: mag Meta zich op toestemming beroepen als zij een betaald alter-

natief biedt en, zo ja, wat mag dit kosten? Het antwoord op deze vragen zal in potentie relevant zijn voor alle aanbieders van diensten die dat nu bekostigen met gerichte advertenties. Voor de sector speelt daarbij de vraag wat de ‘endgame’ is voor activisten als Schrems: het aanbod van content kost geld, en dat zal linksom (met advertenties) of rechtsom (uit abonnements-inkomsten) goedge maakt moeten worden. Er bestaat geen aanspraak op gratis dienstverlening, ook niet op het internet. Voor de rechtspraak is de vraag hoe deze vragen uiteindelijk beantwoord gaan worden: over de boeg van de AVG door privacytoezichthouders, over de boeg van de mededingingsregels door toezichthouders zoals het Bundeskartellamt of de Europese Commissie, door een samenwerking tussen die beiden of door nieuwe wetgeving. Kortom, meer dan genoeg ingrediënten voor een volgende aflevering van deze privacyrechtelijke variant van Tom en Jerry.