



Datum van inontvangstneming : 03/03/2017

Zaak C-40/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

26 januari 2017

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 januari 2017

Verweerster, appellante en incidenteel geïntimeerde:

Fashion ID GmbH & Co.KG

Verzoekster, geïntimeerde en incidenteel appellante:

Verbraucherzentrale NRW eV

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHIKKING

In het geding tussen

Fashion ID GmbH & Co.KG, [OMISSIS] 40212 Düsseldorf,

verweerster, appellante en incidenteel geïntimeerde,

[OMISSIS] interveniënte: Facebook Ireland Limited, [OMISSIS]

[OMISSIS] Dublin 2, Ierland,

[OMISSIS]

tegen

Verbraucherzentrale NRW e.V., [OMISSIS] 40215 Düsseldorf,

verzoekster, geïntimeerde en incidenteel appellante, **[Or. 2]**

[OMISSIS]

in tegenwoordigheid van: Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, [OMISSIS] 40213 Düsseldorf,

heeft de 20. Zivilsenat (20e civiele kamer) van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf) na de terechtzitting van 29 november 2016 [OMISSIS]

de volgende beslissing genomen:

I.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II.

Het Oberlandesgericht Düsseldorf stelt het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vragen:

1. Staat de regeling van de artikelen 22, 23 en 24 van richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281 van 23 november 1995, blz. 31) in de weg aan een nationale regeling die, naast de bevoegdheden tot optreden van de gegevensbeschermingsautoriteiten en de beroepsmogelijkheden van de betrokkenen, ook voorziet in de bevoegdheid voor verenigingen van algemeen nut die consumentenbelangen behartigen om in geval van inbreuken op te treden tegen de inbreukmaker?

Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: **[Or. 3]**

2. Is in een geval als het onderhavige, waarin iemand in zijn website programmeercode integreert die de browser van de gebruiker content van een derde doet opvragen en daartoe persoonsgegevens aan de derde doet toekomen, de persoon die deze code integreert de „voor de verwerking verantwoordelijke” in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281 van 23 november 1995, blz. 31), wanneer hij zelf geen invloed kan uitoefenen op deze gegevensverwerkingshandeling?

3. Indien de tweede vraag ontkennend moet worden beantwoord: moet artikel 2, onder d), van richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens aldus worden uitgelegd, dat het de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in die zin uitputtend regelt dat het in de

weg staat aan een civielrechtelijke vordering tegen een derde die weliswaar niet de „voor de verwerking verantwoordelijke” is, maar ten grondslag ligt aan de verwerkingshandeling, zonder daarop invloed uit te oefenen?

4. Welk „gerechtvaardigd belang” moet in een geval als het onderhavige in aanmerking worden genomen bij de ingevolge artikel 7, onder f), van richtlijn 95/46/EG te maken afweging? Het belang bij het opnemen van content van derden of het belang van de derde?

5. Tegenover wie moet in een geval als het onderhavige de ingevolge artikel 7, onder a), en artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG te geven toestemming worden verleend?

6. Geldt in een situatie als de onderhavige de verplichting tot informatieverstrekking van artikel 10 van richtlijn 95/46/EG ook voor de beheerder van een website die de content van een derde heeft opgenomen en zo ten grondslag ligt aan de verwerking van persoonsgegevens door de derde?

[Or. 4]

Motivering

A)

- 1 Partijen zijn het erover oneens of een door de interveniënte aan de zijde van verweerster of haar Amerikaanse moedermaatschappij (hierna: „Facebook”) ter beschikking gestelde plug-in, de zogenaamde Facebook-„Vind ik leuk”-knop, op de website van verweerster, een onlinehandelaar voor modeartikelen, mag worden opgenomen. Verzoekster, een vereniging van algemeen nut die consumentenbelangen behartigt, vordert van verweerster dat zij zich ervan onthoudt de social plug-in „Vind ik leuk” van Facebook (Facebook Inc. of Facebook Ltd.) op de internetsite www.fashionid.de op te nemen,
 1. zonder de gebruikers van de website vóór het tijdstip waarop de aanbieder van de plug-in zich toegang verschafft tot het IP-adres en de browserstring van de gebruiker, uitdrukkelijk en duidelijk in te lichten over het doel van het verzamelen en het gebruik van de aldus meegedeelde gegevens en/of
 2. zonder van de gebruikers van de website de toestemming te verkrijgen voor de toegang tot het IP-adres en de browserstring door de plug-in-aanbieder en voor het gebruik van gegevens, en zulks in beide gevallen vóór de toegang tot de gegevens, en/of
 3. zonder de gebruikers die toestemming in de zin van punt 2 van de vordering hebben gegeven, te informeren over de mogelijkheid om die toestemming te allen tijde met werking voor de toekomst te herroepen, en/of

4. het volgende te stellen: „Wanneer u gebruiker van een sociaal netwerk bent en niet wenst dat het sociale netwerk via onze website gegevens over u verzamelt en koppelt aan de bij dit netwerk opgeslagen gebruikersgegevens, dient u zich vóór het bezoek aan onze website uit te loggen van het sociale netwerk.”
- 2 Het Landgericht (rechter in eerste aanleg) heeft verweerster veroordeeld conform de punten 1 tot en met 3 van de vordering, en het beroep afgewezen, wat punt 4 van de vordering betreft.
 - 3 Daartegen komt verweerster op met haar hoger beroep, waarmee zij de afwijzing van de vordering in haar geheel vordert. Verzoekster heeft incidenteel hoger beroep ingesteld, waarmee zij vordert **[Or. 5]** dat ook punt 4 van de vordering wordt toegewezen. [OMISSIS]
 - 4 Het is eigen aan het internet dat de browser van de gebruiker content kan weergeven die afkomstig is uit verschillende bronnen. Zo kunnen bijvoorbeeld op één pagina foto's, video's, newsfeeds alsook de hier in geding zijnde social-plug-in worden geïntegreerd en weergegeven. Indien de beheerder van een website dergelijke content van derden wil integreren, plaatst hij op zijn website een link naar de externe inhoud. Stoot de browser van de gebruiker op een dergelijke verwijzing, verzoekt hij de externe aanbieder om de content en geeft deze op de gewenste plaats op de website weer. Daartoe moet de browser aan de server van de externe aanbieder meedelen, onder welk IP-adres hij met het internet verbonden is, alsook technische informatie over de browser, zodat de server kan vaststellen in welke vorm de content aan een bepaald adres moet worden aangeleverd. Daarnaast zal de browser ook informatie betreffende de gewenste content meedelen. De aanbieder die de externe inhoud op zijn site opneemt, kan niet beïnvloeden welke informatie de browser meedeelt en wat de externe aanbieder met die informatie doet, in het bijzonder of hij deze opslaat en gebruikt.
 - 5 Wat de Facebook-„Vind ik leuk”-knop betreft, deelt de browser bij integratie van de betrokken code naast het IP-adres en de zogenoemde browserstring (indien geplaatst) meerdere zogenoemde cookies, dit zijn tekstbestanden met bepaalde gegevens, mee:
 - het session cookie, dat bij ingelogde Facebookgebruikers is geplaatst en het mogelijk maakt ondubbelzinnig een welbepaalde user account te identificeren
 - het datr-cookie, dat bij het eerste bezoek van een Facebookpagina wordt geplaatst en het mogelijk maakt daarbij voor leden en niet-leden een welbepaalde browser te identificeren;
 - het fr-cookie, dat het eveneens mogelijk maakt de gebruiker te identificeren en wordt geplaatst bij het bezoek van een Facebookpagina of een – niet nader genoemde – partnerpagina. **[Or. 6]**

- 6 Voorts wordt ook de pagina van waarop de knop werd opgeroepen, meegedeeld. Deze mededeling vindt plaats ongeacht of de gebruiker de „Vind ik leuk”-knop aanklikt of niet.
- 7 Verzoekster stelt dat Facebook Inc. of de interveniënte aan de zijde van verweerster het meegedeelde IP-adres en de browserstring opslaan en koppelen aan een bepaalde gebruiker (lid of niet-lid).
- 8 Verweerster stelt dit niet te weten. Interveniente betoogt, dat het IP-adres na de installatie van de plug-in wordt omgezet in een generisch IP-adres en slechts als zodanig wordt opgeslagen. Het IP-adres en de browserstring worden niet gekoppeld aan een user account.

B)

- 9 De voor de beoordeling van het geding relevante voorschriften van Duits recht luiden als volgt:

§ 8, leden 1 en 3, punt 3, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet inzake oneerlijke mededing; hierna: „UWG”):

(1) Tegen eenieder die zich schuldig maakt aan een krachtens § 3 of § 7 ontoelaatbare handelspraktijk, kan een vordering tot beëindiging worden ingesteld en, in geval van gevaar van recidive, een verbodsvordering. Het verbod kan reeds worden gevorderd bij gevaar dat de in § 3 of § 7 bedoelde ontoelaatbare handelspraktijk zich zal voordoen.

(3) De in lid 1 bedoelde vorderingen kunnen worden ingesteld door:

3. bevoegde instanties die aantonen dat zij zijn vermeld in de lijst van de bevoegde instanties bedoeld in § 4 des Unterlassungsklagegesetz (wet inzake de stakingsvordering) of in de lijst van de Europese Commissie bedoeld in artikel 4, lid 3, van richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PB L 110 van 1 mei 2009, blz. 30);
[Or. 7]

§ 3, lid 1, UWG:

(1) Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

§ 3a UWG:

Eenieder die handelt in strijd met een wettelijk voorschrift dat mede is vastgesteld om in het belang van de marktdeelnemers het marktgedrag te reguleren, maakt zich schuldig aan een oneerlijke handelspraktijk voor zover de inbreuk de

belangen van consumenten, andere marktdeelnemers of concurrenten wezenlijk kan aantasten.

§ 2, lid 1, eerste zin, en lid 2, punt 11, van het Unterlassungsklagegesetz luiden als volgt:

(1) Tegen eenieder die op andere wijze dan door toepassing of aanbeveling van algemene verkoopsvoorwaarden inbreuk maakt op bepalingen ter bescherming van de consument (wetten betreffende de bescherming van de consument), kan in het belang van de bescherming van de consument een vordering tot beëindiging en een verbodsvordering worden ingesteld.

(2) In de zin van deze bepaling wordt in het bijzonder onder ‚wetten betreffende de bescherming van de consument’ verstaan:

11. de voorschriften die regelen onder welke voorwaarden een ondernemer:

- a) persoonsgegevens betreffende een consument mag verzamelen of
- b) de persoonsgegevens die betreffende een consument werden verzameld, mag verwerken en gebruiken,

wanneer de gegevens worden verzameld, verwerkt of gebruikt om reclame te maken, marktonderzoek en onderzoek van de publieke opinie te verrichten, een kredietbeoordelingsbureau te exploiteren, persoonlijkheids- en gebruikersprofielen op te stellen, adressen te verkopen, andere gegevens te verhandelen, of voor soortgelijke commerciële doeleinden.

§ 2, lid 1, punt 1, van het Telemediengesetz (wet inzake telemedia; hierna: „TMG”):

(1) Voor de toepassing van deze wet is:

1. aanbieder van diensten elke natuurlijke of rechtspersoon die eigen of aan derde toebehorende telemedia aanbiedt voor gebruik of die de toegang daartoe aanbiedt om deze te gebruiken; [OMISSIS]

§ 12, lid 1, TMG:

(1) De aanbieder van diensten mag persoonsgegevens in verband met de terbeschikkingstelling van telemedia slechts verzamelen en benutten, voor zover deze wet of een ander wettelijk voorschrift dat expliciet op telemedia betrekking heeft, dit toestaat of de gebruiker zijn toestemming heeft gegeven.

§ 13, lid 1, TMG:

(1) De aanbieder van diensten moet – voor zover dit nog niet zou zijn gebeurd – de gebruiker bij het begin van het gebruik op een gemakkelijk te begrijpen wijze

informereren over de aard, de omvang en het doel van de verzameling en het gebruik van persoonsgegevens en over de verwerking van zijn gegevens in staten buiten het toepassingsgebied van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281, blz. 31). Bij een geautomatiseerde procedure, die later de identificatie van de gebruiker mogelijk maakt en waarmee het verzamelen of gebruik van persoonsgegevens wordt voorbereid, dient de gebruiker bij het begin van deze procedure te worden geïnformeerd. De gebruiker moet de inhoud van deze informatie te allen tijde kunnen consulteren.

§ 15, lid 1, TMG:

(1) De aanbieder van diensten mag persoonsgegevens van een gebruiker slechts verzamelen en benutten, voor zover dit nodig is om het gebruik van telemedia mogelijk te maken en te factureren (gebruiksgegevens). Gebruiksgegevens zijn met name [Or. 6]

1. gegevens die de identificatie van de gebruiker mogelijk maken,
2. gegevens over begin en einde van het betrokken gebruik, alsook over de omvang ervan, en
3. gegevens over de telemedia waarvan de gebruiker heeft gebruikgemaakt.

10 De uitspraak op het hoger beroep van verweerster hangt af van het antwoord op de prejudiciële vragen, die betrekking hebben op de uitlegging van richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, die onder meer door het Telemediengesetz in nationaal recht is omgezet. Daarbij gaat de Senat ervan uit, dat in elk geval door Facebook bij het oproepen van de plug-in persoonsgegevens worden verzameld en verwerkt. De vraag of bij het IP-adres als zodanig sprake is van persoonsgegevens kan open blijven, aangezien Facebook in elk geval door gebruikmaking van de in punt 5 genoemde cookies een verband met een persoon tot stand kan brengen.

11 De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de procesbevoegdheid van verzoekster. Het Landgericht heeft de procesbevoegdheid van verzoekster op grond van § 8, lid 3, punt 3, UWG erkend en heeft aangenomen dat de gegevensbeschermingsvoorschriften van het TMG voorschriften inzake het marktgedrag zijn in de zin van § 3a UWG. Verweerster brengt daartegen in, dat deze opvatting op gespannen voet staat met richtlijn 95/46/EG, die in de artikelen 22 tot en met 24 slechts voorziet in het optreden van de gegevensbeschermingsautoriteiten en van de betrokkenen, maar niet in een collectieve vordering door een vereniging (hierna: „*Verbandsklage*”). De richtlijn vormt ook op dat punt een uitputtende regeling. Inzonderheid is de onafhankelijkheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten niet verenigbaar met

een *Verbandsklage*. Daarom kan ook niet worden gedacht aan een procesbevoegdheid op grond van § 2, lid 2, punt 11, van het Unterlassungsklagegesetz, aangezien die wet niet in overeenstemming is met de richtlijn, en dus niet kan worden toegepast. Zou dit het geval zijn, dan zou het hoger beroep van verweerster reeds moeten worden toegewezen omdat verzoekster niet bevoegd zou zijn om de in geding zijnde aanspraken geldend te maken.

- 12 Tegen het standpunt dat de richtlijn zich verzet tegen een *Verbandsklage*, pleit evenwel, dat volgens artikel 24 van de richtlijn de lidstaten passende maatregelen nemen om de onverkorte toepassing van de bepalingen van deze richtlijn te garanderen. Er zijn aanwijzingen dat tot dergelijke maatregelen ook de invoering van een *Verbandsklage* in het belang van de consument behoort. In dat verband zij erop gewezen, dat artikel 80, lid 2, van verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB L 119 van 4 mei 2016, blz. 1), die met ingang van 25 mei 2018 de richtlijn vervangt, thans uitdrukkelijk voorziet in collectieve vorderingen. Bijgevolg valt niet in te zien waarom de richtlijn in de weg zou staan aan een *Verbandsklage*.
- 13 Indien verzoekster procesbevoegd is, hangt de uitspraak in hoger beroep vervolgens af van het antwoord op de vraag of, en op welke wijze verweerster verantwoordelijk is voor de hier gelaakte verwerking van gegevens. Verzoekster en vervolgens het Landgericht zijn van oordeel dat naast Facebook ook verweerster direct verantwoordelijk is, aangezien zij Facebook in staat stelt toegang te krijgen tot de persoonsgegevens. Bijgevolg rijst de vraag, of verweerster (naast Facebook) kan worden aangemerkt als „voor de verwerking verantwoordelijke”. Aangaande dat begrip heeft het Duitse Bundesverwaltungsgericht – eveneens in een verzoek om een prejudiciële beslissing – opgemerkt dat de bevoegdheid over het doel van en de middelen voor de respectievelijke gegevensverwerking te kunnen beslissen, een kenmerkend en onontbeerlijk element van artikel 2, onder d), van richtlijn 95/46/EG vormt. Een lichaam dat noch een juridische noch een feitelijke invloed heeft op de beslissing hoe persoonsgegevens worden verwerkt, kan niet worden beschouwd als voor de verwerking verantwoordelijke (BverwG, beschikking van 25 februari 2016, 1 C 28/14, punt 27, bij het Hof aanhangig onder nummer C-210/16).
- 14 De tegenovergestelde opvatting, volgens welke louter door de opneming van door derden ter beschikking gestelde content ook degene die deze content opneemt „voor de verwerking verantwoordelijke” wordt, maakt een dergelijke opneming vanuit het oogpunt van het recht inzake gegevensbescherming praktisch onmogelijk, aangezien de daardoor in gang gezette gegevensverwerkingshandeling voor degene die de content opneemt niet te controleren is.

- 15 Indien verweerster niet „voor de verwerking verantwoordelijke” is, betekent dat niet noodzakelijk dat het hoger beroep moet worden toegewezen. Naar Duits recht is in beginsel ook een aansprakelijkheid als zogenoemde „Störer” mogelijk. In het kader van een dergelijke aansprakelijkheid kan onder bepaalde omstandigheden iemand die een recht zelf niet schendt, maar het risico van schending door derden heeft gecreëerd of verhoogd, verplicht zijn te doen wat mogelijk en redelijk is om de schending van een recht te voorkomen. Indien zou worden aangenomen dat verweerster geen eigen verantwoordelijkheid heeft, zou zijn voldaan aan de voorwaarden daarvoor, aangezien verweerster door de plaatsing van de plug-in in elk geval het risico heeft gecreëerd dat Facebook persoonsgegevens verwerkt.
- 16 In dat verband stelt zich hier uit civielrechtelijk oogpunt de vraag, of artikel 2, onder d), in zoverre uitputtend is dat er geen plaats meer is voor een civielrechtelijke aansprakelijkheid voor inbreuken op de bescherming van persoonsgegevens waarvoor derden verantwoordelijk zijn en dat de aansprakelijkheid beperkt is tot de verantwoordelijke. De derde prejudiciële vraag stelt dus dezelfde vraag aan de orde, die het Bundesverwaltungsgericht in verband met de publiekrechtelijke aansprakelijkheid als eerste heeft gesteld in zijn in punt 13 aangehaalde beschikking.
- 17 De vierde, de vijfde en de zesde vraag zijn slechts relevant voor het hoger beroep wanneer verweerster verantwoordelijke in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 95/46/EG is of in elk geval als „Störer” aansprakelijk is voor eventuele inbreuken van Facebook. Dan rijst namelijk de vraag, of de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is en of de verplichting tot informatieverstrekking als bedoeld in artikel 10 van de richtlijn moet worden nagekomen door verweerster of door Facebook.
- 18 In dat verband gaat de Senat ervan uit, dat het begrip „nodig” in § 15 van het Telemediengesetz richtlijnconform aldus moet worden uitgelegd, dat het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens nodig is, wanneer de verantwoordelijke een gerechtvaardigd belang heeft bij die verwerking en het belang en de fundamentele vrijheden van de betrokken persoon zich daar niet tegen verzetten [artikel 7, onder f), van richtlijn 95/46/EG]. Dat volgt volgens de Senat uit de overwegingen van het Hof van Justitie in de punten 56, 60 en 62 van het arrest in zaak C-582/[14] van 19 oktober 2016 [ECLI:EU:C:2016:779]. In de onderhavige context doet dat de vraag rijzen naar welk gerechtvaardigd belang moet worden gezien, dat van verweerster of dat van Facebook.
- 19 Ook rijst de vraag of verweerster verplicht is de gebruiker zelf om toestemming te verzoeken, dan wel of het uitsluitend aan Facebook staat, dit te doen. Ter zake heeft het Landgericht geoordeeld dat de toestemming ook ten aanzien van verweerster moet worden gegeven en dat er niet kan worden volstaan met een toestemming die bijvoorbeeld aan Facebook wordt gegeven.

- 20 Ten slotte dient nog een antwoord te worden gegeven op de – door het Landgericht bevestigend beantwoorde – vraag op wie de verplichting tot informatieverstrekking van artikel 10 van richtlinie 95/46/EG rust. Dat is met name van belang omdat steeds wanneer content van derden wordt opgenomen, te verwachten valt dat er sprake zal zijn van gegevensverwerking, waarvan de omvang en het doel echter degene die de content opneemt onbekend zijn, waardoor hij – zo hij daartoe verplicht is – de te geven informatie niet kan verstrekken. De opvatting dat de verplichting tot informatieverstrekking van artikel 10 rust op degene die de content opneemt, zou dus de facto leiden tot een verbod van opname van door derden ter beschikking gestelde content.