

Noot bij Reclame Code Commissie beslissing d.d. 25 september 2018 (Facebook Advertenties Trimbos)

Mr. J.J. Braat, Legaltree

1. Inleiding

Is het tonen van advertenties in Facebook, op basis van klik- en likegedrag waaruit kan blijken dat iemand kanker heeft (gehad) aan te merken als een verwerking van bijzondere persoonsgegevens? Voor die vraag zag de Reclame Code Commissie zich gesteld. De beslissing is op 11 oktober 2018 gepubliceerd op (o.a.) itenrecht.nl onder nummer IT 2647.

2. Facebook advertenties gericht op (ex)kankerpatiënten

Klaagster stelt dat zij op Facebook advertenties te zien kreeg van het Trimbos Instituut, een (door de overheid gesubsidieerde organisatie) die zich blijkens de website tot doel stelt de geestelijke gezondheid te verbeteren door het delen van kennis, door maatschappelijke en economische meerwaarde te leveren vanuit kennis over geestelijke gezondheid en het (voorkomen van) gebruik van tabak, alcohol en drugs teneinde de kwaliteit van leven te bevorderen.

Trimbos heeft op Facebook geadverteerd met een advertentie die aangeeft dat mensen die kanker hebben of gehad extra gebaat zijn bij het minderen of stoppen met het drinken van alcohol. Daarbij heeft Trimbos (onder andere) als doelgroep aangegeven 'mensen met interesse in kanker'.

Klaagster is een ex-kankerpatiënt. Op basis van haar klik- en likegedrag heeft (het algoritme van) Facebook haar kennelijk in de groep ingedeeld waaruit blijkt dat ze interesse heeft in kanker. Ze heeft daar geen toestemming voor gegeven. Zij heeft zich kennelijk gestoord aan het feit dat Facebook weet dat zij (ex)kankerpatiënt is.

3. Is het adverteren op basis van de groepsindeling een verwerking van bijzondere persoonsgegevens?

De vraag doet zich nu voor of het tonen van de advertenties op basis van de groep waarin de klaagster is ingedeeld moet worden aangemerkt als een verwerking van 'bijzondere persoonsgegevens'.

3.1. Wat zijn bijzondere persoonsgegevens?

De RCC beoordeelt dit op basis van de op 24 mei 2018 vervallen Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) omdat de klacht al voor het in werking treden van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) is ingediend. Inhoudelijk brengt dit echter geen verschil met zich mee. Bijzondere persoonsgegevens vielen/vallen op grond van zowel de Wbp als de AVG in een bijzondere categorie, namelijk een categorie persoonsgegevens waarvan de verwerking verboden is, tenzij er sprake was/is van een in de Wbp of AVG (in Nederland verder uitgewerkt in de Uitvoeringswet AVG) genoemde uitzondering.

Eén categorie bijzondere persoonsgegevens bestaat uit persoonsgegevens over de gezondheid. Dat iemand een (ex)kankerpatiënt is, is een gegeven over de gezondheid, en daarmee een bijzonder persoonsgegeven.

3.2. Gaat het om 'persoonsgegevens'?

Maar om onder de Wbp of AVG te (hebben moeten) vallen moet informatie ook daadwerkelijk een 'persoonsgegevens' zijn. Persoonsgegevens waren/zijn volgens zowel de Wbp als de AVG informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare persoon. Omdat Facebook alle gebruikers kan identificeren – gebruikers zijn verplicht hun echte naam op te geven en daarnaast vullen de meeste gebruikers allerlei andere identificerende kenmerken in hun profiel in – is veel van de informatie die via Facebook wordt verwerkt ook aan te merken als persoonsgegeven, waar de Wbp op van toepassing was en de AVG van op toepassing is.

Dan is de vraag of het feit dat iemand in een bepaalde doelgroep is ingedeeld op basis van persoonlijke interesses – die worden vastgesteld op basis van klik- en likegedrag – is aan te merken als een persoonsgegeven. Het antwoord daarop is: ja. Het feit dat iemand als identificeerbaar persoon in een bepaalde groep is ingedeeld is informatie *met betrekking* tot die persoon. Facebook deelt gebruikers bovendien in in meerdere groepen zodat er van de gebruiker een profiel ontstaat op basis van interesses en kenmerken. Zo kan uit de indeling blijken dat iemand interesse heeft in voetbal, wel of niet een baan heeft, wel of niet hetero is, interesse heeft in (andere) roodharige gebruikers, enzovoorts.

3.3. Gaat het om *bijzondere* persoonsgegevens?

Dat betekent dat het indelen van mensen in groepen waarvan de interesses of kenmerken iets kunnen zeggen over de gezondheid van de in die groep ingedeelde personen – of iets kunnen zeggen over andere bijzondere persoonsgegevens zoals geloof, politieke interesses of seksuele voorkeur – bijzondere persoonsgegevens *kunnen* zijn, namelijk als de personen in die groep ook daadwerkelijk die kenmerken en/of interesses hebben. In dat geval hebben die personen het juiste 'label' gekregen wat is aan te merken als een persoonsgegeven over de gezondheid, het geloof, politieke interesses, seksuele voorkeur etc.

3.4. Gaat het om een 'verwerking' van (bijzondere) persoonsgegevens?

Is er dan sprake van een 'verwerking' van die bijzondere persoonsgegevens, die viel/valt onder de Wbp respectievelijk de AVG? De Wbp was en de AVG is onder andere van toepassing op de 'geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens'. Een 'verwerking' van persoonsgegevens is volgens beide wetten een bewerking of geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals (onder andere) het verzamelen, vastleggen, opslaan, raadplegen, doorzenden, verspreiden.

Dus ja: het indelen van mensen op basis van interesses of kenmerken waaruit bijzondere persoonsgegevens kunnen blijken is een verwerking van bijzondere persoonsgegevens, waar de Wbp op van toepassing was, en de AVG op van toepassing is.

4. Het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP)

4.1. Bijzondere persoonsgegevens uit het profiel van de gebruiker

De RCC heeft het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens (finale versie mei 2017¹) over de verwerking van persoonsgegevens door Facebook er bij genomen. De RCC geeft (terecht) aan dat de AP in het rapport heeft vastgesteld dat bijzondere persoonsgegevens die uit een profiel van de persoon kunnen worden afgeleid zijn aan te merken als bijzondere persoonsgegevens. Daarvoor geldt zoals aangegeven als uitgangspunt een verbod, tenzij er sprake is van een in de Wbp/(U)AVG genoemde uitzondering. Als er niet sprake is van een dergelijke uitzondering, moet toestemming worden gevraagd.

De AP behandelt een aantal van de uitzonderingen om na te gaan of Facebook zich daar op kan beroepen. De AP komt echter tot de conclusie dat geen van de onderzochte uitzonderingen van toepassing is.

4.2. Bijzondere persoonsgegevens op basis van klik- en likegedrag?

De RCC stelt zich nu de vraag of het hiervoor genoemde oordeel ook van toepassing is op het verwerken van gegevens die *niet* uit het profiel zijn afgeleid maar alleen uit het klik- en like gedrag van de gebruiker.

Facebook heeft een passage aangehaald uit het rapport van de AP, waarin deze zegt dat Facebook geen bijzondere persoonsgegevens verwerkt voor zover het alleen gaat om interesses die worden

¹ https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_facebook.pdf

afgeleid uit trefwoorden op bezochte pagina's en apps. (Facebook doet dit overigens niet alleen bij websites die worden gelijkt maar bij alle bezochte websites en apps). De gedachte hierachter blijkt te zijn dat uit het enkele feit dat gebruikers bepaalde websites en apps bezoeken en liken waar trefwoorden ontstaan die kunnen wijzen op kenmerken of interesses waaruit bijzondere persoonsgegevens kunnen blijken, niet *altijd* kan worden afgeleid dat dit voor die persoon ook daadwerkelijk een bijzonder persoonsgegevens is.

Als voorbeeld: Uit het feit dat iemand een pagina heeft gelijkt waarin bijvoorbeeld het woord 'katholiek' voorkomt, kan niet worden afgeleid dat deze persoon ook daadwerkelijk katholiek is. Maar, je kunt je afvragen of dit ook geldt voor mensen die wél daadwerkelijk katholiek zijn. In dat geval blijken uit de interesses of kenmerken immers wél bijzondere persoonsgegevens.

Facebook kan op voorhand niet zeggen voor wie dat wel en niet geldt, maar Facebook kan wél weten dat de kans groot is dat als je mensen indeelt in groepen als 'interesse in kanker' of 'mannen houden van mannen', er ook mensen tussen zullen zitten die daadwerkelijk kanker hebben (gehad) of daadwerkelijk homofiel zijn. In die gevallen verwerkt Facebook toch echt bijzondere persoonsgegevens van die mensen voor advertentiedoelinden.

4.3. Altijd een geldige grondslag/rechtsgrond nodig

Maar, ook als zou worden geoordeeld dat het niet om bijzondere persoonsgegevens gaat, is het ook nog maar de vraag of Facebook het, ook als het niet om bijzondere persoonsgegevens zou gaan, wél mag doen zonder toestemming van de gebruiker (die toestemming vraagt Facebook voor zover ik weet niet).

De AP wijdt in het rapport een uitvoerig stuk aan de impact die het tonen van dit soort advertenties voor de gebruikers heeft. Het zegt daarover (mijn onderstreping):

Hoewel er in de strikte zin van de wet geen sprake is van de verwerking van bijzondere persoonsgegevens bij de verwerking van interesses die het Facebook-concern alleen afleidt uit trefwoorden op bezochte pagina's en apps (en niet ook uit de inhoud van profielen), betreft het wel een gegevensverwerking met grote impact voor betrokkenen.

Het gaat hierbij om een voor gebruikers onzichtbare, doorlopende observatie van een groot deel van hun (intieme) surfgedrag en appgebruik, waarbij adverteerders verboden wordt betrokkenen te laten merken op welke profielkenmerken zij zijn geselecteerd.

De kern van de privacywetgeving is het voorkomen van verwerkingen met grote risico's voor de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Daarom rust op het Facebook-concern in ieder geval de plicht om betrokkenen hierover nader te informeren, zoals beoordeeld in paragraaf 5.4.5 van dit rapport. Voor zover het Facebook-concern gegevens over 'interesses' ook ontleend aan de inhoud van profielen, is wel sprake van de verwerking van bijzondere persoonsgegevens.

Het voorbeeld van de klaagster in deze RCC zaak geeft precies aan waarom dit soort advertenties een grote impact voor betrokkenen (in dit geval: de Facebook gebruikers) heeft. Je zou maar ongeneselijk ziek zijn of net van zo'n ziekte als kanker zijn hersteld en vervolgens op een online platform, waar je allemaal privé-gegevens met vrienden en familie deelt, steeds advertenties te zien krijgen die zich richten op mensen die kanker hebben of hebben gehad.

De AP heeft in het onderzoek helaas buiten beschouwing gelaten op welke grondslag (in de AVG: "rechtsgrond") Facebook de verschillende persoonsgegevens mag verwerken². De reden hiervan kan zijn dat dit in een breder, Europees verband nader wordt onderzocht.

4.4. (Geen) gerechtvaardigd belang

Naast toestemming is de enige grondslag/rechtsgrond waar Facebook zich voor dit soort advertenties zou kunnen baseren, het 'gerechtvaardigd belang' (artikel 8 sub f Wbp / artikel 6 sub f AVG), maar dat

² Daarover schreef ik al eerder een uitgebreid artikel:
https://www.legaltree.nl/site_media/uploads/Facebook_heb_je_iets_te_verbergen.pdf

kan alleen als het belang van Facebook bij de specifieke verwerking zwaarder weegt dan het belang van de gebruiker.

Facebook moet daarbij dus in feite een afweging maken tussen het eigen belang (en/of dat van de adverteerders) om de advertenties te tonen op basis van doelgroepen met gebruikers ten aanzien waarvan het mogelijk om bijzondere persoonsgegevens kan gaan en het belang van de gebruikers – met name de gebruikers waarvoor het inderdaad bijzondere persoonsgegevens zijn – om niet met dat soort advertenties te worden geconfronteerd. Als het belang van de gebruiker zwaarder weegt, kan die verwerking niet worden gebaseerd op het gerechtvaardigd belang van Facebook en/of de adverteerders, en moet er toestemming worden gevraagd.

Uit de bewoordingen van de AP dat het gaat om een *'gegevensverwerking met grote impact voor betrokkenen'* volgt m.i. dat het belang van de gebruikers om niet in dit soort groepen te worden ingedeeld vóór het belang van Facebook en/of de adverteerders moet gaan. Dat betekent dus dat Facebook toestemming zou moeten vragen voor (in ieder geval) het indelen van mensen in dit soort groepen, waar *mogelijk* bijzondere persoonsgegevens uit kunnen worden afgeleid. Die toestemming vraagt Facebook (op dit moment) niet en naar mijn mening is het indelen van gebruikers in dit soort groepen dus niet in overeenstemming met de wet (de Wbp respectievelijk de AVG).

5. Afronding

De klaagster zou dus best gelijk hebben kunnen krijgen, omdat zij geen toestemming heeft gegeven om de advertenties van Trimbos te tonen op basis van haar indeling in de doelgroep 'mensen met interesse in kanker'. Overigens is het waarschijnlijk niet zo dat Trimbos zelf persoonsgegevens verwerkt, maar Facebook doet dat wel, en als de advertenties in strijd zijn met de wet, zal daar uit volgen dat ze niet toelaatbaar zijn op grond van artikel 2 van de Nederlandse Reclame Code.

Het zou Trimbos in ieder geval sieren als zij er eigener beweging mee zou stoppen, hoe goed de campagne ook is bedoeld. Bovendien: geldt niet voor *iedereen* dat het minderen met alcohol de kans op kanker verkleint, niet alleen voor mensen die het hebben (gehad)?