



noyb – European Center for Digital Rights
Goldschlagstraße 172/4/3/2
1140 Vienna
Austria

Autoriteit Persoongegevens
Postbus 93374
2509 AJ Den Haag,
Nederland

Wenen, 31 augustus 2023

noyb Case-No: C-066-03

Klaagster:

[REDACTED]

Vertegenwoordigd
ex artikel 80(1) AVG door:

noyb – European Center for Digital Rights
Goldschlagstraße 172/4/3/2, 1140 Wenen, Oostenrijk

Beklaagde:

Fitbit International Limited
76 Lower Baggot Street
Dublin 2, Ierland

KLACHT

1. VERTEGENWOORDIGING

1. *noyb* – European Center for Digital Rights is een not-for-profit organisatie die actief is op het gebied van de bescherming van de rechten en vrijheden van betrokkenen, gevestigd aan de Goldschlagstraße 172/4/2, 1140 Wenen, Oostenrijk, registratienummer ZVR: 1354838270 (hierna: "*noyb*") (**Bijlage 1**).
2. *noyb* vertegenwoordigt klaagster ex artikel 80(1) AVG (**Bijlage 2**).

2. FEITEN VAN DE ZAAK

3. Fitbit International Limited (hierna: Fitbit) biedt één van 's werelds meest gebruikte apps aan voor gezondheid en fitness. De Fitbit app is meer dan 50 miljoen keer gedownload via Google Play en kan op zichzelf worden gebruikt om statistieken bij te houden of kan samen met een Fitbit tracker of Fitbit smartwatch worden gebruikt om activiteiten, workouts, slaap, voeding, stress, enzovoorts van de gebruiker bij te houden. In 2021 is Fitbit overgenomen door Google LLC, dat in zijn geheel eigendom is van Alphabet Inc..¹
4. Geïnteresseerd in deze diensten, kocht klaagster op [REDACTED] een Fitbit Charge 3 smartwatch (**Bijlage 3**), downloadde de Fitbit app en maakte op [REDACTED] een Fitbit account aan om de Fitbit app te kunnen gebruiken en deze te koppelen aan haar Fitbit Charge 3 smartwatch (**Bijlage 4**). In [REDACTED] schakelde klaagster over naar een Fitbit Charge 4 smartwatch, waar zij nu nog steeds gebruik van maakt (**Bijlage 5**). De Fitbit Charge 4 koppelde zij ook aan haar Fitbit account en aan de Fitbit app om haar activiteiten bij te houden. Op [REDACTED] nam klaagster een abonnement op de premium versie van Fitbit voor een jaarlijks bedrag van €79,99, [REDACTED] (**Bijlage 6**).
5. Op het moment dat klaagster op [REDACTED] een Fitbit account aanmaakte, was het privacybeleid van toepassing dat Fitbit op 18 september 2018 publiceerde (**Bijlage 7**). Hierin is de volgende tekst opgenomen onder het kopje "*Our international operations and data transfers*":

"We operate internationally and transfer information to the United States and other countries for the purposes described in this policy.

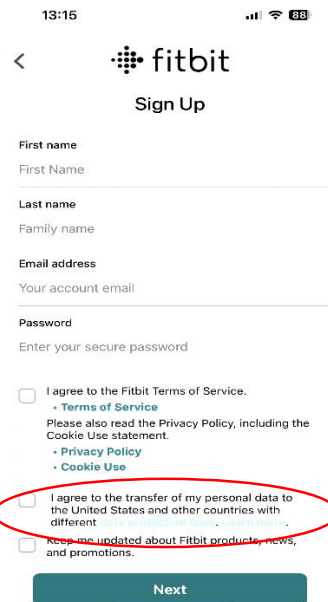
We rely on multiple legal bases to lawfully transfer personal data around the world. These include your consent, the EU-US and Swiss-US Privacy Shield, and EU Commission approved model contractual clauses, which require certain privacy and security protections. You may obtain copies of the model contractual clauses by contacting us. Fitbit, Inc. complies with the Privacy Shield principles regarding the collection, use, sharing and retention of personal information as described in our Privacy Shield certifications. Learn more about Privacy Shield here. [...]

¹ <https://blog.google/products/devices-services/fitbit-acquisition/>.

Please note that the countries where we operate may have privacy and data protection laws that differ from, and are potentially less protective than, the laws of your country. You agree to this risk when you create a Fitbit account and click "I agree" to data transfers, irrespective of which country you live in. For a list of the locations where we have offices, please see our company information here. If you later wish to withdraw your consent, you can delete your Fitbit account as described in the Your Rights To Access and Control Your Personal Data section. (nadruk toegevoegd)

6. Zoals uit de hierboven geciteerde tekst uit het privacybeleid van Fitbit uit 2019 volgt, moest klagster om in 2019 een account aan te kunnen maken toestemming geven voor de doorgifte van haar persoonsgegevens naar derde landen.
7. Op dit moment is het privacybeleid van toepassing dat Fitbit op 6 juni 2023 publiceerde (**Bijlage 8**). Hierin is onder het kopje "Our international Operations and Data Transfers" vrijwel dezelfde tekst opgenomen ten aanzien van de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen, in het bijzonder ten aanzien van toestemming en SCC's. Uit deze tekst volgt:
 - (i) Dat Fitbit nog steeds gebruik maakt van verschillende doorgiftemechanismen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen, waaronder toestemming en standaardcontractbepalingen (SCC's). Het is belangrijk op te merken dat Fitbit geen definitieve lijst verschaft van de gebruikte doorgiftemechanismen zoals artikel 13(1)(f) AVG vereist, maar enkel voorbeelden ("These include") beschrijft.
 - "We rely on multiple legal bases to lawfully transfer personal data around the world. These include your consent and EU Commission approved model contractual clauses, which require certain privacy and security protections." (**Bijlage 8**)
 - (ii) Dat toestemming voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen moet worden gegeven bij aanmaken van een Fitbit account; en
 - "Please note that the countries where we operate may have privacy and data protection laws that differ from, and are potentially less protective than, the laws of your country. You agree to this risk when you create a Fitbit account and click 'I agree' to data transfers, irrespective of which country you live in. For a list of the locations where we have offices, please see our company information here." (**Bijlage 8**)
 - (iii) Dat om toestemming voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen te kunnen intrekken, het Fitbit account verwijderd moet worden.
 - "If you later wish to withdraw your consent, you can delete your Fitbit account as described in the Your Rights To Access and Control Your Personal Data section." (**Bijlage 8**)
8. Van de exacte tekst over de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen waarmee klagster destijds bij het aanmaken van haar Fitbit account instemde, heeft zij geen kopie. Maar uit de bovenstaande versies van het privacybeleid van Fitbit uit 2019 en 2023 volgt dat het vereiste van het geven van toestemming voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen ongewijzigd is.
9. Ter illustratie is **Afbeelding 1** ingevoegd, dat toont hoe op 31 mei 2023 een Fitbit account aangemaakt kon worden. Hieruit volgt dat de betrokkene toestemming voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen moet geven door het vakje aan te kruisen met de volgende tekst: "I agree to the transfer of my personal data to the United States and other countries with different data protection laws. Learn more." Indien betrokkene dit vakje niet

aanvinkt, kan het Fitbit account niet worden aangemaakt. De knop “Next” kan namelijk niet worden ingedrukt zonder dat de gebruiker instemt met de gegevensdoorgifte naar derde landen. De link “Learn more” is geschreven in zeer lichte kleuren, waardoor deze praktisch onzichtbaar is tegen de witte achtergrond. De link leidt naar het privacybeleid van Fitbit (**Bijlage 8**).



13:15

< fitbit

Sign Up

First name
First Name

Last name
Family name

Email address
Your account email

Password
Enter your secure password

I agree to the Fitbit Terms of Service.
- Terms of Service
Please also read the Privacy Policy, including the Cookie Use statement.
- Privacy Policy
- Cookie Use

I agree to the transfer of my personal data to the United States and other countries with different

~~Keep me updated about Fitbit products, news, and promotions.~~

Next

Afbeelding 1.

10. Zowel bij het vragen van toestemming voor de datadoorgifte als in het privacybeleid van Fitbit uit zowel 2019 als uit 2023, ontbreekt informatie over de specifieke derde landen waarnaar Fitbit de persoonsgegevens van haar gebruikers doorgeeft (cf. **Afbeelding 1**; **Bijlage 7** en **Bijlage 8**). Uit **Afbeelding 1** volgt dat bij het geven van toestemming enkel de doorgifte naar de Verenigde Staten expliciet wordt vermeld. Het privacybeleid van Fitbit informeert gebruikers echter niet over naar welke andere derde landen de gegevens worden verzonden, noch welke risico's aan deze overdrachten zijn verbonden. In het privacybeleid van Fitbit is slechts één link (onder "here") opgenomen, via waar de betrokkene toegang zou moeten hebben tot een lijst van locaties waar Fitbit kantoren heeft (**Bijlage 8**). Klikken op deze link leidt echter alleen naar een contactformulier en niet naar een overzicht van landen waar Fitbit kantoren heeft (**Bijlage 9**). Uit het privacybeleid van Fitbit volgt echter dat Fitbit mogelijk ook persoonsgegevens doorgeeft naar ontvangers in de zin van artikel 4(9) AVG in landen waar Fitbit geen kantoren heeft. Er is desalniettemin geen overzicht van alle derde landen waarnaar Fitbit persoonsgegevens van betrokkenen doorgeeft.
11. Gelet op het voorgaande, werd klagster gedwongen om toestemming te geven voor de doorgifte van haar persoonsgegevens naar derde landen om het aanmaken van haar Fitbit account te kunnen afronden en de Fitbit app te kunnen gebruiken, ondanks het feit dat ze niet volledig was geïnformeerd over de omstandigheden en de risico's van deze gegevensdoorgifte.
12. Uit het privacybeleid van Fitbit volgt dat klagster de volgende persoonsgegevens moet verstrekken: “data such as name, email address, password, date of birth, gender, height, weight, and in some cases mobile telephone number to create an account” (**Bijlage 8**). Daarnaast kan klagster de volgende persoonsgegevens verstrekken: “data like logs for food, weight, sleep,

water, or female health tracking; an alarm; and messages on discussion boards or to your friends on the Services” om de gebruikerservaring te verbeteren of bepaalde functies van de services mogelijk maken (**Bijlage 8**). Naast de bovenstaande gegevens verzamelt Fitbit gegevens van klaagster zoals het aantal stappen dat ze zet, de afgelegde afstand, het aantal verbrande calorieën, het gewicht, de hartslag, de slaapfasen, de actieve minuten en de locatie van het apparaat van klaagster. Als klaagster ervoor kiest om verbinding te maken met Facebook of Google, dan geldt dat Fitbit “*may receive*” informatie zoals naam, profielfoto, leeftijd, taal, e-mailadres en vriendenlijst (**Bijlage 8**). Deze persoonsgegevens van klaagster kunnen dan ook (mogelijk) worden doorgegeven aan derde landen.

13. Volgens het huidige privacybeleid van Fitbit, worden de verzamelde gegevens verwerkt voor:
a) het leveren en onderhouden van de dienst; b) het verbeteren, personaliseren en ontwikkelen van de dienst; c) het communiceren met de gebruiker; en d) het bevorderen van veiligheid en beveiliging (**Bijlage 8**). De persoonsgegevens van klaagster kunnen dus (mogelijk) voor deze doeleinden worden doorgegeven aan derde landen.
14. Op 15 juni 2023, stuurde klaagster een inzageverzoek naar de functionaris gegevensbescherming van Fitbit ex artikel 15 AVG (**Bijlage 10**), om te verduidelijken hoe haar persoonsgegevens worden verwerkt door Fitbit. Klaagster vroeg op basis van welk doorgiftemechanisme persoonsgegevens worden doorgegeven naar derde landen, naar welke derde landen deze persoonsgegevens worden doorgegeven en wat de risico's van deze doorgiften zijn. Daarnaast vroeg klaagster om een kopie van de standaardcontractbepalingen (SCC's) voor het geval Fitbit deze als doorgiftemechanisme had gebruikt. Klaagster vroeg ook hoe ze haar toestemming voor de internationale doorgifte van haar persoonsgegevens kon intrekken.
15. Ondanks dat klaagster een ontvangstbevestiging van Fitbit ontving op haar verzoek (**Bijlage 11**), heeft ze tot op heden geen antwoord van Fitbit op dit verzoek ontvangen.
16. Gelet op het voorgaande, heeft klaagster om gebruik te kunnen maken van de diensten van Fitbit geen andere keuze gehad dan om toestemming te geven voor de internationale doorgifte van haar persoonsgegevens naar derde landen. Als klaagster deze toestemming wil intrekken, moet zij bovendien haar Fitbit account verwijderen, zoals aangegeven in het privacybeleid van Fitbit, waardoor zij ook de Fitbit app niet meer kan gebruiken en ook haar abonnement wordt beëindigd en zij daardoor enkel nog in zeer beperkte mate gebruik zou kunnen blijven maken van haar Fitbit Charge 4.

3. TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT WAAR DE KLACHT WORDT INGEDIEND

17. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. Op grond hiervan dient klaagster daarom deze klacht ex artikel 77(1) AVG in bij de Nederlandse toezichthoudende autoriteit, zijnde de Autoriteit Persoonsgegevens.

4. GRONDEN VAN DE KLACHT

4.1. Gebrek aan transparantie en informatie over gegevensdoorgifte naar derde landen

4.1.1. Geen antwoord op inzageverzoek

18. Volgens artikel 12(3) AVG verstrekt de voor de verwerking verantwoordelijke de betrokkene onverwijld en in ieder geval binnen een maand na ontvangst van het inzageverzoek de betreffende informatie. Klaagster heeft echter op 15 juni 2023 een inzageverzoek ingediend bij Fitbit (**Bijlage 10**), maar heeft tot op heden nog geen antwoord hierop ontvangen anders dan een geautomatiseerde ontvangstbevestiging (**Bijlage 11**).
19. Het uitblijven van een antwoord van Fitbit is in strijd met het transparantiebeginsel, aangezien het klaagster onmogelijk wordt gemaakt inzicht te krijgen in de wijze waarop haar persoonsgegevens worden verwerkt. Daardoor kan zij haar rechten als betrokkene niet uitoefenen.
20. Dit komt neer op een schending van artikel 12 en artikel 15 AVG.

4.1.2. Geen transparante informatie over de gegevensdoorgifte

21. Daarnaast vermeldt Fitbit noch bij het vragen van toestemming voor de doorgifte (vgl. **Afbeelding 1**), noch in het privacybeleid van Fitbit (**Bijlage 8**) naar welke landen de gegevens van klaagster worden doorgegeven of welk doorgiftemechanisme voor welke doorgifte wordt gebruikt. Fitbit vermeldt enkel dat persoonsgegevens kunnen worden doorgegeven “*to the United States and other countries.*” (**Bijlage 8**; vgl. **Afbeelding 1**).
22. Het privacybeleid van Fitbit verwijst op verwarrende wijze naar een lijst van “*offices*” waar Fitbit actief is, wat lijkt te impliceren dat persoonsgegevens naar deze landen worden doorgegeven. De link die naar deze “*offices*” zou moeten verwijzen, leidt echter niet naar een lijst van kantoren, maar alleen naar een contact pagina (**Bijlage 8**).²
23. Het lijkt bovendien voor de hand liggend dat er ook andere ontvangers, zoals bedoeld in artikel 4(9) AVG (bijvoorbeeld verwerkers ex artikel 4(10) AVG), zijn naast deze “*offices*” van Fitbit. Fitbit verwijst in het privacybeleid ook naar dergelijke andere ontvangers, bijvoorbeeld: “*Note that third-party payment processors may retain this [payment] information in accordance with their own privacy policy and terms.*” en bijvoorbeeld “*Coaches may be provided by third parties, such as your employer or insurance company, or by our third-party coaching service providers.*” (**Bijlage 8**).
24. Zelfs nadat klaagster de functionaris gegevensbescherming van Fitbit om opheldering had gevraagd, werd dit inzageverzoek door het bedrijf volledig genegeerd (**Bijlage 10**). Als gevolg daarvan tast klaagster nog steeds in het duister en weet zij niet naar welke landen haar

² Fitbit Privacybeleid 6 juni 2023: “*For a list of the locations where we have offices, please see our company information [here](https://www.fitbit.com/global/us/about-us)*”. De link leidt naar een “*Contact Us*” pagina: <https://www.fitbit.com/global/us/about-us>.

persoonsgegevens worden doorgegeven, welke risico's deze doorgiften met zich meebrengen en op welk doorgiftemechanisme van Hoofdstuk V AVG deze doorgiften gebaseerd zijn.

25. Op grond hiervan heeft Fitbit artikel 5(1)(a), artikel 12, artikel 13(1)(f), artikel 44 en artikel 49(1)(a) AVG geschonden.

4.2. Schending van Hoofdstuk V AVG: geen geldig doorgiftemechanisme voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen

4.2.1. Fitbit kan doorgifte niet baseren op meerdere doorgiftemechanismen

26. Artikel 49 AVG bepaalt dat "**bij ontstentenis van een adequaatheidsbesluit (...) of van passende waarborgen overeenkomstig artikel 46**" (zoals SCC's), "een doorgifte of een reeks van doorgiften van persoonsgegevens" gebaseerd kan worden op één van de afwijkingen voor specifieke situaties (zoals uitdrukkelijke toestemming).

27. Dit "*bij ontstentenis van*" houdt in dat wanneer Fitbit als verwerkingsverantwoordelijke de doorgifte baseert op SCC's, Fitbit niet tegelijkertijd uitdrukkelijke toestemming als doorgiftemechanisme kan gebruiken voor de doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen.³

28. Zoals verder verduidelijkt door de EDPB in Richtsnoeren 02/2018 inzake afwijkingen op grond van artikel 49 van Verordening 2016/679 geldt dat "*gegevensexporteurs eerst [moeten] zoeken naar mogelijkheden om de doorgifte te laten verlopen via één van de in de artikelen 45 en 46 van de AVG opgenomen mechanismen, en alleen als dat niet gaat, de in artikel 49, lid 1, vastgestelde afwijkingen gebruiken.*"⁴

29. In strijd met de bewoordingen in de AVG en de EDPB-richtsnoeren stelt Fitbit dat doorgiften van persoonsgegevens naar derde landen gebaseerd zijn "*on multiple legal bases to lawfully transfer personal data around the world*" (**Bijlage 8**), waaronder **zowel** uitdrukkelijke toestemming (artikel 49(1)(a) AVG) **als** SCC's (artikel 46(2)(c) AVG).

30. Derhalve heeft Fitbit de bepalingen van Hoofdstuk V AVG geschonden, in het bijzonder artikel 44 en artikel 49(1) AVG.

4.2.2. Zowel toestemming vragen als SCC's gebruiken voor doorgifte van persoonsgegevens is niet behoorlijk

31. Het baseren van de doorgifte op zowel toestemming als op SCC's is daarnaast niet behoorlijk.

³ Vgl. EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 3-4; Kuner, Bygrave, Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A commentary*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 846: "As provided in Article 49(1) GDPR, the derogations under Article 49 are designed to be used in situations when no adequacy decision has been issued with regard to the third country of data transfer, and appropriate safeguards cannot be used. That is, Chapter V of the GDPR sets up a three- tiered structure for legal bases for data transfers, with adequacy decisions at the top, appropriate safeguards in the middle, and derogations at the bottom. This means that if an adequacy decision has been issued then it should be relied on; if not, then appropriate safeguards should be used, and only if neither of these legal bases is available should the derogations be relied on."

⁴ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 4.

32. Fitbit vraagt klaagster toestemming te geven voor de doorgifte van haar persoonsgegevens naar derde landen, terwijl deze toestemming niet kan worden ingetrokken en Fitbit zich tegelijkertijd ook beroept op SCC's als doorgiftemechanisme. Hiermee wekt Fitbit de indruk en de verwachting dat klaagster controle en zeggenschap heeft over de gegevensdoorgifte, terwijl zij hier in werkelijkheid geen enkele controle of zeggenschap over heeft. Dit maakt de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen door Fitbit misleidend en dus onbehoorlijk.⁵
33. Bovendien is het onduidelijk wat er zou gebeuren als klaagster haar toestemming voor de doorgifte van haar persoonsgegevens zou kunnen intrekken. Het is onzeker of Fitbit de gegevensdoorgiften dan zou stoppen of dat Fitbit zou doorgaan met de gegevensdoorgiften door simpelweg te 'switchen' naar doorgifte op basis van SCC's. Volgens de EDPB geldt: *"Het is belangrijk om hier op te merken dat als een verwerkingsverantwoordelijke ervoor kiest zich te baseren op toestemming voor een deel van de verwerking, hij bereid moet zijn om de keuzen inzake die toestemming te respecteren, en te stoppen met dat deel van de verwerking als een persoon zijn toestemming intrekt. Het doen voorkomen dat gegevens worden verwerkt op basis van toestemming, terwijl men zich in werkelijkheid op een andere rechtsgrond baseert, zou wezenlijk oneerlijk zijn ten aanzien van de betrokkenen. Met andere woorden, de verwerkingsverantwoordelijke kan toestemming niet voor andere rechtsgronden verruilen."*⁶ Fitbit handelt overduidelijk niet in overeenstemming met het voorgaande.
34. Door de formulering die Fitbit in het privacybeleid kiest, lijkt Fitbit bovendien te pogen om bestaande risico's die verbonden zijn aan de gegevensdoorgifte op klaagster af te wentelen, aangezien klaagster in moet stemmen met en akkoord moet geven op alle risico's die hieraan verbonden zijn: *"Please note that the countries where we operate may have privacy and data protection laws that differ from, and are potentially less protective than, the laws of your country. You agree to this risk when you create a Fitbit account and click "I agree" to data transfers, irrespective of which country you live in."* (**Bijlage 8**) (nadruk toegevoegd). Volgens de EDPB is het afwentelen van dergelijke risico's in strijd met het beginsel van behoorlijkheid.⁷
35. Zoals reeds is benadrukt, is ook de informatie die Fitbit verschaft als toestemming voor de gegevensdoorgiften wordt gevraagd en de informatie die Fitbit in haar privacybeleid verschaft over gegevensdoorgifte naar derde landen niet transparant en in strijd met het beginsel van behoorlijkheid (vgl. **Afbeelding 1** en **Bijlage 8**). Klaagster is hierdoor immers niet in staat om de gegevensdoorgifte en de gevolgen hiervan te begrijpen en kan ook haar rechten hieromtrent niet uitoefenen.⁸
36. Op grond van het voorgaande schendt Fitbit het beginsel van behoorlijkheid uit artikel 5(1)(a) AVG.

4.2.3. Toestemming is geen adequaat doorgiftemechanisme voor systematische internationale doorgifte van persoonsgegevens

37. Uit de richtsnoeren van de EDPB volgt dat de term "**incidenteel**" in overweging 111 AVG en de term "**niet repetitief**" in artikel 49(1), tweede alinea AVG betekenen dat "**afwijkingen voor specifieke situaties**" uit artikel 49 AVG als doorgiftemechanisme niet gebruikt kunnen worden

⁵ Vgl. EDPB Richtsnoeren 03/2022, par. 9; ov. 39, 42 en 60 AVG; art. 13(2) AVG.

⁶ EDPB Richtsnoeren 05/2020, par. 122-123.

⁷ Vgl. EDPB Richtsnoeren 04/2019, par. 70.

⁸ Vgl. EDPB Richtsnoeren 03/2022, par. 73.

voor de systematische doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen die geen passend beschermingsniveau bieden, zoals de Verenigde Staten.⁹

38. In die zin moeten afwijkingen als *“uitdrukkelijke toestemming”* *“geïnterpreteerd [...] worden op een manier die niet strijdig is met het specifieke karakter van afwijkingen, zijnde uitzonderingen op de regel dat persoonsgegevens niet mogen worden doorgegeven aan een derde land, tenzij het een passend niveau van gegevensbescherming biedt of er voor passende waarborgen is gezorgd.”*¹⁰ (nadruk toegevoegd).
39. In het onderhavige geval kunnen de internationale doorgiften van klagster en andere Fitbit-gebruikers niet als incidenteel worden beschouwd, aangezien ze duidelijk op regelmatige en systematische basis plaatsvinden.
40. Daarnaast stelt de Autoriteit Persoonsgegevens op haar eigen website: *“Voor doorgifte naar de VS kunt u zich echter niet snel beroepen op zo’n uitzondering [uit artikel 49 AVG]. U moet per geval een afweging maken.”*¹¹
41. Daarom kan toestemming geen passende rechtsgrondslag zijn voor de doorgifte van persoonsgegevens van klagster naar derde landen, wat neerkomt op een schending van artikel 49 AVG.

4.2.4. Toestemming is ongeldig

42. Zelfs al zou toestemming gebruikt kunnen worden door Fitbit als doorgiftemechanisme voor massale, repetitieve en systematische doorgifte van persoonsgegevens van klagster en andere Fitbit-gebruikers naar derde landen, dan is deze toestemming ongeldig omdat deze niet voldoet aan de algemene toestemmingsvereisten uit artikel 4(11) en artikel 7 AVG, noch aan de specifieke toestemmingsvereisten van artikel 49(1)(a) AVG.¹²

4.2.4.1. Toestemming is niet geïnformeerd

43. Volgens de EDPB Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679 geldt dat, *“Het verstrekken van informatie aan de betrokkenen voorafgaand aan het verkrijgen van hun toestemming [...] noodzakelijk [is] om hen in staat te stellen geïnformeerde beslissingen te nemen, te begrijpen waarmee ze instemmen en bijvoorbeeld hun recht tot intrekking van hun toestemming uit te oefenen. Indien de verwerkingsverantwoordelijke geen toegankelijke informatie verstrekt, wordt de controle van de betrokkene slechts schijn en is toestemming een ongeldige grond voor verwerking.”*¹³
44. Wat internationale doorgiften van gegevens betreft, vereist artikel 49(1)(a) AVG bovendien expliciet dat de betrokkene, **“na te zijn ingelicht”** over de mogelijke risico's die dergelijke doorgiften voor hem in kunnen inhouden, uitdrukkelijk toestemming geeft.

⁹ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 4.

¹⁰ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 4.

¹¹ <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/themas/internationaal/doorgifte-binnen-en-buiten-de-eer/doorgifte-persoonsgegevens-naar-de-vs>, laatstelijk geraadpleegd op 08-08-23.

¹² EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 7.

¹³ EDPB Richtsnoeren 05/2020, p. 16.

45. In Richtsnoeren 02/2018 verduidelijkt de EDPB verder dat artikel 49(1)(a) AVG ook vereist dat betrokkenen moeten worden geïnformeerd over de specifieke risico's die voortvloeien uit deze doorgiften en moeten de voor de verwerking verantwoordelijken informatie verstrekken over het ontbreken van passende waarborgen.¹⁴ Volgens de EDPB is: *“De verstrekking van deze informatie [...] absoluut noodzakelijk om de betrokkene in staat te stellen toestemming te geven met volledige kennis van deze specifieke feiten inzake de doorgifte. **Wordt deze informatie niet verstrekt, dan is de afwijking derhalve niet van toepassing.**”*¹⁵ (nadruk toegevoegd)
46. Bovendien moet deze op grond van artikel 49(1)(a) AVG vereiste informatie, om volledig te zijn, het volgende specificeren:
- alle ontvangers van gegevens of categorieën ontvangers;
 - alle landen waarnaar persoonsgegevens worden doorgegeven;
 - dat toestemming de rechtmatige basis voor de doorgifte vormt; en
 - dat het derde land waarnaar de gegevens worden doorgegeven geen passend niveau van gegevensbescherming biedt op grond van een besluit van de Europese Commissie.¹⁶
47. Zoals reeds uiteen is gezet in onderdeel 2 van deze klacht, is dergelijke informatie nooit aan klaagster verstrekt, noch bij het vragen van toestemming voor de doorgifte, noch in het privacybeleid van Fitbit, noch na het indienen van een inzageverzoek (vgl. **Afbeelding 1** en **Bijlage 8** en **Bijlage 10**). Er is zelfs geen lijst verstrekt van landen waarnaar haar persoonsgegevens worden doorgegeven en ook de specifieke risico's (ten minste die met betrekking tot de doorgifte naar de Verenigde Staten) zijn nergens gespecificeerd.
48. Het privacybeleid van Fitbit bevat enkel de volgende zeer algemene informatie: *“Please note that the countries where we operate may have privacy and data protection laws that differ from, and are potentially less protective than, the laws of your country. You agree to this risk when you create a Fitbit account and click 'I agree' to data transfers, irrespective of which country you live in.”* (**Bijlage 8**).
49. Om de voorgaande redenen kan de toestemming die door klaagster is gegeven niet als geïnformeerd worden beschouwd zoals vereist is op grond van artikel 4(11), artikel 7(1) and 49(1)(a) AVG.

4.2.4.2. Toestemming is niet specifiek

50. Uit EDPB richtsnoeren volgt dat: *“Aangezien toestemming specifiek moet zijn, [...] het op het moment dat de gegevens worden verzameld soms onmogelijk [is] om van de betrokkene voorafgaande toestemming voor een toekomstige doorgifte te verkrijgen.”*¹⁷
51. Zoals reeds uiteengezet is, heeft Fitbit aan klaagster nooit informatie verstrekt over de specifieke omstandigheden van de doorgifte (vgl. **Afbeelding 1** en **Bijlage 8**). Fitbit heeft bijvoorbeeld nooit de lijst van landen verstrekt waarnaar de persoonsgegevens van de klaagster worden doorgegeven, noch de doeleinden waarvoor deze persoonsgegevens worden doorgegeven, noch heeft Fitbit klaagster geïnformeerd over de specifieke risico's.

¹⁴ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p.7.

¹⁵ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 9.

¹⁶ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 9.

¹⁷ EDPB Richtsnoeren 02/2018, p. 8.

52. Om deze redenen kan toestemming niet als specifiek worden beschouwd zoals vereist is onder artikel 4(11), artikel 7(2) en artikel 49(1)(a) AVG.

4.2.4.3. Toestemming is niet vrijelijk gegeven

53. Het "kernelement" van toestemming is het feit dat deze uit vrije wil moet worden gegeven, zoals volgt uit artikel 4(11) AVG en verder gespecificeerd is in artikel 7(4) AVG.

54. Volgens deze laatste bepaling wordt, om te beoordelen of de toestemming uit vrije wil is gegeven: *“**onder meer** ten sterkste rekening gehouden met de vraag of voor de uitvoering van een overeenkomst, met in begrip van een dienstenovereenkomst, toestemming **vereist is** voor een verwerking van persoonsgegevens die niet noodzakelijk is voor de uitvoering van die overeenkomst.”* (nadruk toegevoegd)

55. Zoals verder wordt verduidelijkt in overweging 43 AVG: *“De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien [...] de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.”*

56. In die zin kan toestemming alleen een rechtmatige grond voor verwerking zijn, als de betrokkenen een reële en realistische keuze wordt geboden om de voorwaarden van een dienst te aanvaarden en deze **zonder nadelige gevolgen** af te wijzen (overweging 42 AVG, laatste zin).

57. Uit EDPB richtsnoeren volgt: *“Als algemene regel schrijft de AVG voor dat als een betrokkene geen werkelijke keuze heeft, zich gedwongen voelt om toestemming te geven of het voor hem negatieve gevolgen zal hebben als hij niet toestemt, de toestemming niet geldig is. Indien toestemming is opgenomen als een niet-onderhandelbaar onderdeel van de voorwaarden, wordt deze verondersteld niet vrijelijk te zijn verleend. Bijgevolg wordt toestemming niet geacht vrijelijk te zijn verleend, indien de betrokkene zijn toestemming niet zonder nadelige gevolgen kan weigeren of intrekken.”*¹⁸

58. Het Hof van Justitie heeft al bevestigd dat toestemming niet als vrij kan worden beschouwd als de voorwaarden van die overeenkomst de betrokkene kunnen misleiden omtrent de mogelijkheid om de overeenkomst te sluiten zonder in te stemmen met de verwerking van zijn gegevens.¹⁹

59. In het onderhavige geval werd de klagster gedwongen in te stemmen met de doorgifte van haar gegevens naar derde landen en wordt zij gedwongen haar Fitbit account te verwijderen, kan zij geen gebruik meer maken van de Fitbit app en verliest zij haar Fitbit abonnement – waarbij het onduidelijk is of zij eventueel gemaakte abonnementskosten terugkrijgt – als zij haar toestemming voor de gegevensdoorgifte intrekt (vgl. **Afbeelding 1** en **Bijlage 8**). Na intrekking van de toestemming kan klagster kortom nog in slechts zeer beperkte mate gebruik maken van de functies die haar Fitbit Charge 4 smartwatch biedt.

¹⁸ EDPB Richtsnoeren 05/2020, p. 8.

¹⁹ HvJEU 11 november 2020, C-61/19 (*Orange Romania*), par. 52.

60. Dit is in strijd met de EDPB richtsnoeren, waarin is opgenomen dat uit overweging 42 AVG volgt dat de “*verwerkingsverantwoordelijke bijvoorbeeld [moet] bewijzen dat het intrekken van toestemming niet leidt tot kosten voor de betrokkene, en dus geen duidelijk nadeel heeft voor degene die zijn toestemming intrekt.*”²⁰ Volgens de EDPB valt onder “duidelijk nadeel” onder andere dat een “*app alleen nog in beperkte mate werkt. Dit is een voorbeeld van nadeel als bedoeld in overweging 42, wat betekent dat de toestemming nooit op geldige wijze is verkregen (en dat de verwerkingsverantwoordelijke dus alle op deze wijze verzamelde persoonsgegevens over de verplaatsingen van de gebruiker moet verwijderen).*”²¹
61. Om deze redenen kan de toestemming niet worden beschouwd als vrijelijk gegeven zoals vereist is op grond van artikel 4(11), artikel 7(4) en 49(1)(a) AVG.

4.2.4.4. Toestemming kan niet eenvoudig worden ingetrokken

62. Ook geldt dat niet is voldaan aan het vereiste dat de toestemming eenvoudig ingetrokken moet kunnen worden (artikel 7(3) AVG). Het vereiste van het eenvoudig kunnen intrekken van toestemming is eveneens een noodzakelijk aspect van geldige toestemming.²²
63. Uit het privacybeleid van Fitbit volgt dat de voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen gegeven toestemming, niet kan worden ingetrokken zonder dat klagster haar account moet verwijderen: “[...] *If you later wish to withdraw your consent, you can delete your Fitbit account as described in the Your Rights To Access and Control Your Personal Data section.*” (**Bijlage 8**). In het onderdeel “*Your Rights To Access and Control Your Personal Data*” van het privacybeleid van Fitbit is echter geen informatie over het intrekken van toestemming voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen opgenomen. Enkel is hierin informatie opgenomen over het verwijderen van een Fitbit account onder het kopje “*Editing and Deleting Data*”.
64. In het privacybeleid van Fitbit is wel in algemene zin informatie over het intrekken van toestemming opgenomen, waarbij wordt verwezen naar de mogelijkheid van het intrekken van deze toestemming via de “*account settings*” (**Bijlage 8**).²³ Onder accountinstellingen in de Fitbit app van klagster is echter zowel het intrekken van toestemming in algemene zin (zoals bedoeld in artikel 6(1)(a) AVG) als het intrekken van toestemming voor doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen (zoals bedoeld in artikel 49(1)(a) AVG) niet mogelijk (**Bijlage 12**).
65. In de EDPB richtsnoeren over toestemming is evenwel opgenomen dat indien toestemming wordt verkregen via elektronische middelen deze ook via dezelfde elektronische interface ingetrokken moet kunnen worden en bovendien mag betrokkene daarvan geen nadeel ondervinden: “*Dit betekent onder meer dat een verwerkingsverantwoordelijke het mogelijk moet maken dat toestemming kosteloos of zonder verslechtering van het serviceniveau wordt ingetrokken.*”²⁴

²⁰ EDPB Richtsnoeren 05/2020, par. 46.

²¹ EDPB Richtsnoeren 05/2020, par. 49.

²² EDPB Richtsnoeren 05/2020, par. 116.

²³ Bijv. Fitbit Privacybeleid 6 juni 2023: “*You can use your [account settings](#) and tools to withdraw your consent at any time, including by stopping use of a feature, removing our access to a third-party service, unpairing your device, or deleting your data or your account.*”

²⁴ EDPB Richtsnoeren 05/2020, par. 114.

66. Hieruit volgt dat de toestemming niet aan de vereisten van artikel 4(11), artikel 7(3) en 49(1)(a) AVG voldoet.

4.2.4.5. Conclusie: toestemming is ongeldig

67. Om de hierboven uiteengezette redenen kan de toestemming niet als geldig worden beschouwd in de zin van artikel 4(11), artikel 7, artikel 6(1)(a), en artikel 49(1)(a) AVG.

4.2.5. SCCs zijn geen adequaat doorgiftemechanisme voor de doorgifte van persoonsgegevens naar de VS

68. Hoewel Fitbit in het privacybeleid niet een volledige lijst van landen opgeeft waarnaar zij persoonsgegevens van haar gebruikers doorgeeft, zoals reeds is beschreven, bevestigt Fitbit bij het aanmaken van het Fitbit account en in het privacybeleid van Fitbit dat in ieder geval persoonsgegevens naar de Verenigde Staten worden doorgegeven (zie ook **Afbeelding 1** en **Bijlage 8**).

69. Voor doorgifte van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten lijkt Fitbit volgens het Fitbit privacybeleid ook een beroep te doen op SCC's (**Bijlage 8**).²⁵ Deze informatie werd niet bevestigd door het Fitbit, hoewel klaagster dit uitdrukkelijk aan de functionaris gegevensbescherming van Fitbit heeft gevraagd in haar inzageverzoek (**Bijlage 10**).

70. Ook al heeft de klaagster nooit toegang gekregen tot Fitbit's SCC's, feit is dat voor de doorgifte van persoonsgegevens aan de Verenigde Staten op basis van SCC's aanvullende waarborgen nodig zijn om een passende bescherming van de vanuit de EU doorgegeven gegevens te waarborgen. De Autoriteit Persoonsgegevens stelt ook op haar eigen website: "*Bij doorgifte naar de VS moet u hierbij aanvullende maatregelen treffen.*"²⁶

71. Uit het arrest van het HvJEU in C-311/18 (*Schrems II*) volgt immers: "*De door de Commissie op grond van artikel 46, lid 2, onder c), van diezelfde verordening vastgestelde standaardbepalingen inzake gegevensbescherming beogen dus enkel de in de Unie gevestigde verwerkingsverantwoordelijken of hun in de Unie gevestigde werkers contractuele waarborgen te bieden die in alle derde landen uniform en derhalve ongeacht het in elk van die landen gewaarborgde beschermingsniveau gelden.*"²⁷

72. Het HvJEU vervolgt: "*Aangezien die standaardbepalingen inzake gegevensbescherming, gelet op hun aard, geen waarborgen kunnen bieden die verder gaan dan een contractuele verplichting om ervoor te zorgen dat het door het Unierecht vereiste beschermingsniveau wordt geëerbiedigd, kunnen zij, afhankelijk van de situatie in een bepaald derde land, vereisen dat de verwerkingsverantwoordelijke aanvullende maatregelen neemt om de eerbiediging van dit beschermingsniveau te waarborgen.*"²⁸

²⁵ Fitbit Privacybeleid 6 juni 2023 onder „Our International Operations and Data Transfers”: “[...] We rely on multiple legal bases to lawfully transfer personal data around the world. These include your consent and **EU Commission approved model contractual clauses**. [...]” (nadruk toegevoegd).

²⁶ <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/themas/internationaal/doorgifte-binnen-en-buiten-de-eeur/doorgifte-persoonsgegevens-naar-de-vs>, laatstelijk geraadpleegd op 08-08-23.

²⁷ HvJEU 16 juli 2020, C-311/18 (*Schrems II*), par. 133.

²⁸ HvJEU 16 juli 2020, C-311/18 (*Schrems II*), par. 133.

73. Na het arrest van het HvJEU publiceerde de EDPB de Aanbevelingen 01/2020 inzake maatregelen ter aanvulling van doorgifte-instrumenten teneinde naleving van het beschermingsniveau van persoonsgegevens in de Unie te waarborgen. In deze aanbevelingen wordt verduidelijkt dat: *“De situatie in het derde land waarnaar u de gegevens doorgeeft, kan zodanig zijn dat u deze doorgifte-instrumenten en de daarin vervatte waarborgen moet aanvullen met extra maatregelen (“aanvullende maatregelen”) om een in grote lijnen overeenkomend beschermingsniveau te verzekeren.”*²⁹
74. Meer recentelijk, toen de EDPB uitspraak deed in het geschil dat was voorgelegd door de Ierse toezichthoudende autoriteit over de doorgifte van gegevens door Meta Platforms Ireland Limited voor haar Facebook-dienst, verwees de EDPB naar deze richtsnoeren en verklaarde dat: *“when assessing third countries and identifying appropriate supplementary measures, controllers should assess if there is anything in the law and/or practices in force of the third country that may impinge on the effectiveness of the appropriate safeguards of the transfer tools that they are relying on.”*³⁰
75. In het geval van de Verenigde Staten, waar het nationale recht voorziet in de mogelijkheid voor overheidsinstanties om toegang te krijgen tot persoonsgegevens die vanuit het buitenland zijn doorgegeven, zoals bevestigd door het HvJEU, zijn SCC's duidelijk niet voldoende om zonder aanvullende maatregelen een gelijkwaardig niveau van gegevensbescherming te waarborgen.³¹
76. Dit is exact de reden waarom de EDPB in Binding decision 01/2023 ten aanzien van Meta overwoog dat Meta: *“seem[s] to simply ignore the ruling of the CJEU”, “is seeking to promote a lower standard for the objective of SCCs and supplemental measures than is permitted by the Judgment and the GDPR.”*³² Meer specifiek erkende de EDPB dat Meta: *“does not have in place any supplemental measures which would compensate for the inadequate protection provided by US law.”*³³ Fitbit vermeldt dergelijke aanvullende maatregelen niet.
77. Op grond van het voorgaande schendt Fitbit artikel 44 en 46(2)(c) AVG.

4.2.6. Conclusie: geen geldig doorgiftemechanisme voor doorgifte

78. Vanwege het ontbreken van een geldig doorgiftemechanisme – nu Fitbit noch aan de vereisten van artikel 49(1)(a) AVG, noch aan de vereisten van artikel 46(2)(c) AVG voldoet – heeft Fitbit de bepalingen van Hoofdstuk 5 AVG geschonden.

5. VERZOEKEN

79. Om te voldoen aan de artikelen 12, 13 en 15 AVG verzoekt klagster de bevoegde toezichthoudende autoriteit **om Fitbit te gelasten volledige informatie te verstrekken** over internationale doorgiften van persoonsgegevens, aangezien Fitbit niet heeft geantwoord

²⁹ EDPB Aanbevelingen 01/2020, par. 23.

³⁰ EDPB Binding Decision 1/2023, p. 35.

³¹ HvJEU 16 juli 2020, C-311/18 (*Schrems II*), par. 180 e.v.

³² EDPB Binding Decision 1/2023, p. 35.

³³ EDPB Binding Decision 1/2023, p. 35.

op haar inzageverzoek. De door Fitbit verstrekte informatie moet ten minste de op grond van de AVG vereiste informatie bevatten, waaronder maar niet beperkt tot:

- a) De identiteit van alle ontvangers van gegevens;
- b) Alle landen waarnaar persoonsgegevens worden doorgegeven;
- c) Wat het doorgiftemechanisme van elke doorgifte is;
- d) Als dit doorgiftemechanisme SCC's is, een kopie van deze bepalingen te verstrekken;
- e) Het doel van deze doorgiften;
- f) Welke specifieke risico's aan deze doorgiften zijn verbonden;
- g) Het al dan niet bestaan van aanvullende maatregelen;
- h) Indien aanvullende maatregelen zijn getroffen, welke aanvullende maatregelen zijn getroffen.

80. Klaagster verzoekt de bevoegde toezichthoudende autoriteit te verklaren:

- a) Dat Fitbit zich slechts op één doorgiftemechanisme kan beroepen per gegevensdoorgifte naar een derde land;
- b) Dat SCC's geen passend doorgiftemechanisme zijn voor de doorgifte van de persoonsgegevens van klager naar de Verenigde Staten door Fitbit;
- c) Dat toestemming geen passend doorgiftemechanisme is voor de doorgifte van persoonsgegevens van klager naar derde landen door Fitbit;
- d) Dat de door klager gegeven toestemming voor doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen door Fitbit ongeldig is; en derhalve
- e) Dat de doorgifte van persoonsgegevens van klager naar derde landen door Fitbit onrechtmatig is.

81. Klaagster verzoekt de bevoegde toezichthoudende autoriteit tevens **Fitbit te gelasten**:

- a) Om verwerkingsactiviteiten in overeenstemming te brengen met Hoofdstuk V AVG, door de onrechtmatige verwerkingen van persoonsgegevens van klager, met in begrip van opslag, buiten de EU/EER te staken, nu deze persoonsgegevens van klager in strijd met Hoofdstuk V AVG naar landen buiten de EU/EER zijn doorgegeven;
- b) Klager in staat te stellen haar toestemming in te trekken zonder nadelige gevolgen en, in het bijzonder, zonder haar account te hoeven verwijderen.

82. Tot slot verzoekt klager dat de bevoegde toezichthoudende autoriteit Fitbit een boete oplegt voor de verschillende schendingen die in deze klacht worden genoemd. Overeenkomstig artikel 83 AVG moet deze boete gebaseerd zijn op de jaaromzet van Alphabet Inc., aangezien Fitbit eigendom is van Google LLC dat in zijn geheel eigendom is van Alphabet Inc..

6. CONTACT

83. De communicatie tussen de *noyb* en de autoriteit in deze procedure dient te verlopen via e-mail op [REDACTED]