

## BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1) DSGVO

### 1. SACHVERHALT

#### 1.1. Verantwortlicher / Beschwerdegegnerin

Diese Beschwerde richtet sich gegen WhatsApp Ireland Limited, 4 Grand Canal Square, Grand Canal Harbour, Dublin 2, Ireland – Verantwortlicher für die Nachrichten-App „WhatsApp“.

#### 1.2. Betroffene Person / Beschwerdeführer

[REDACTED]

Die betroffene Person hat uns (den gemeinnützigen Verein noyb – Europäisches Zentrum für digitale Rechte) beauftragt, sie nach Artikel 80 Abs 1 DSGVO zu vertreten [REDACTED]

#### 1.3. Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung (*Wozu gab die betroffene Person vermeintlich ihre Einwilligung?*)

Der Verantwortliche nutzt eine Datenschutzerklärung und Nutzungsbedingungen (Anlage 2), die am 25. Mai 2018 gültig sind und denen die betroffene Person zustimmen musste. Wenn diese Datenschutzerklärung am Bildschirm eines Mobiltelefons (wofür die App alleinig gemacht wurde) anzusehen ist, ergibt dies 89 Bildschirmseiten, wie in Anlage 3 zu erkennen.

Die Datenschutzrichtlinien umfassen auch spezielle Datenkategorien gemäß Artikel 9 Abs 1 DSGVO, da die betroffene Person als Nutzerin von WhatsApp mit vielerlei Gruppen und Einzelpersonen interagiert hat, die bei einer gemeinsamen Auswertung der Meta-Daten unweigerlich die politischen Überzeugungen, religiösen Ansichten, die sexuelle Orientierung oder Gesundheitsinformationen offenlegen.

Informelle englische Übersetzung:

## COMPLAINT UNDER ARTICLE 77(1) GDPR

### 1. FACTUAL BACKGROUND

#### 1.1. Controller / Respondent

This complaint is filed against WhatsApp Ireland Limited, 4 Grand Canal Square, Grand Canal Harbour, Dublin 2, Ireland, the operator of the instant messaging application “WhatsApp”.

#### 1.2. Data subject / Complainant

[REDACTED]

The data subject has requested us (the non-profit noyb – European Center for Digital Rights) to represent her under Article 80(1) of the GDPR [REDACTED]

#### 1.3. Subject of the alleged consent (*What did the data subject allegedly consent to?*)

The controller uses a privacy policy and terms of service (attachment 2) that are applicable on 25 May 2018, which the data subject had to agree to. If this privacy policy is to be read on the screen of a mobile phone (which is the only environment that the app works in), it takes 89 screen pages to read the whole text, as can be seen in attachment 3.

The policies also include special categories of data under Article 9(1) of the GDPR, because the data subject, as a user of “WhatsApp”, has interacted with various groups and individuals, which inevitably reveal the data subject’s political affiliations, religious views, sexual orientation and health conditions.

Es bleibt jedoch unklar, welche genauen Verarbeitungsvorgänge der Verantwortliche nach Artikel 6 und 9 DSGVO auf der Grundlage der einzelnen Rechtsgrundlagen vornimmt.

Der Verantwortliche listet in seiner neuen Datenschutzerklärung lediglich alle sechs Grundlagen für eine rechtmäßige Verarbeitung nach Artikel 6 DSGVO auf, ohne genau anzugeben, welche Rechtsgrundlage der Verantwortliche für jeden spezifischen Verarbeitungsvorgang nutzt.

In jedem Fall forderte der Verantwortliche die betroffene Person auf, der gesamten Datenschutzerklärung und den Nutzungsbedingungen "zuzustimmen".

Es ist daher unmöglich festzustellen, welche genauen Verarbeitungsvorgänge auf der Grundlage der einzelnen spezifischen Rechtsgrundlagen nach Artikel 6 und 9 DSGVO erfolgen.

Dies führt zu unserer vorläufigen Annahme, dass alle darin beschriebenen Verarbeitungen auf Einwilligung beruhen, oder dass der Verantwortliche zumindest die betroffene Person glauben gemacht hat, dass diese Verarbeitungsvorgänge (auch) auf Artikel 6 Abs 1 lit a DSGVO basieren.

Diese Datenschutzerklärung und die relevanten Teile der Nutzungsbedingungen sind eindeutig nicht nur eine "Information", wie sie beispielsweise gemäß Artikel 14 erforderlich ist, da der Verantwortliche diese Informationen nicht nur dem Nutzer zur Verfügung stellt, sondern den Nutzer auch zur Zustimmung zwingt.

Wie nachstehend (Punkt 1.5.) ausgeführt, muss letztlich im Rahmen dieses Verfahrens festgestellt werden, inwieweit der Verantwortliche sich für diese Verarbeitungsvorgänge auf Artikel 6 Abs 1 lit a und Artikel 9 Abs 2 lit a beruft.

#### **Zusätzliche "versteckte Einwilligung" in den Nutzungsbedingungen**

Zusätzlich zur erzwungenen Einwilligung zur Datenschutzerklärung versucht der Verantwortliche offenbar, die Einwilligung zu Verarbeitungen in den zivilrechtlichen Nutzungsbedingungen zu „verstecken“ und scheint der rechtsirrigen Ansicht zu sein, dass diese Verarbeitungen sodann unter Artikel 6 Abs 1 lit b DSGVO fallen würden.

It remains, nevertheless, unclear which exact processing operations the controller chooses to base on each specific legal basis under Article 6 and Article 9 of the GDPR.

In its updated privacy policy, the controller simply lists all six bases for lawful processing under Article 6 of the GDPR, without stating exactly what legal basis the controller relies upon for each specific processing operation.

In any case, the controller required the data subject to "agree" to the entire privacy policy and the terms.

It is therefore impossible to determine, which exact processing operations are based on each specific legal basis under Article 6 and 9 of the GDPR.

This leads to our preliminary assumption, that all processing operations described therein are based on consent, or that the controller at least led the data subject to believe that all these processing operations are (also) based on Article 6(1)(a) of the GDPR.

This privacy policy and the relevant parts of the terms are clearly not only an "information", as required, for example, under Article 14 of GDPR, because the controller does not only provide this information to the user, but also forces the user to "consent" or "agree" to it.

As mentioned below (point 1.5. of this complaint), it will ultimately have to be determined in the course of this procedure, to what extent the controller bases processing operations on Article 6(1)(a).

#### **Additional "hidden consent" in terms of service**

In addition to the forced consent to the privacy policy, the controller apparently attempts to "hide" consent to processing operations in the civil-law terms and seems to have the misguided view that these processing operations would then fall under Article 6(1)(b) of GDPR.

Zum Beispiel hat der Verantwortliche nach den Nutzungsbedingungen die vermeintliche „Gegenleistung“ oder „Pflicht“, personalisierte oder auf die betroffene Person abzielende Werbung zur Verfügung zu stellen, wessen die betroffene Person zustimmen muss:

*„Verbundene Unternehmen. Wir gehören zu den Facebook-Unternehmen. Als Teil der Facebook-Unternehmen erhält WhatsApp Informationen von den Facebook-Unternehmen und teilt auch Informationen mit diesen, so wie es in der Datenschutzrichtlinie von WhatsApp dargelegt ist. Wir verwenden die von ihnen erhaltenen Informationen, um unsere Dienste zu betreiben, bereitzustellen und zu verbessern.“*

oder

*„Wir stellen dir und Dritten, z. B. Unternehmen, Möglichkeiten bereit, unter Nutzung von WhatsApp miteinander zu kommunizieren, beispielsweise (...) Marketing. Du erhältst eventuell Nachrichten mit Marketing, die ein Angebot für etwas enthalten könnten, das dich möglicherweise interessiert.“*

In der Datenschutzrichtlinie erwähnt er dann die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken *„wie es zur Erfüllung unserer Bedingungen erforderlich ist“*, womit der Verantwortliche diese Einwilligung anscheinend fälschlich dem Artikel 6 Abs 1 Lit b DSGVO zuordnen will.

Wenn dies tatsächlich die Bestrebung des Verantwortlichen ist, handelt es sich lediglich um den Versuch, den betroffenen Personen ihre Rechte gemäß Artikel 6 Abs 1 lit a und 7 DSGVO mit aggressiven und irreführenden Mitteln zu nehmen, indem die Einwilligung in ein vermeintlich vertragliches Leistungsgefüge verpackt wird. Eine solche *„Vereinbarung“* muss als das interpretiert werden, was sie wirklich ist: Eine Einwilligung, die vom Verantwortlichen als *„vertragliche Verpflichtung“* getarnt wird und in die AGB verschoben wurde.

Wie die Artikel-29-Gruppe bereits auf Seite 16 ihrer Stellungnahme 06/2014 zum Begriff der berechtigten Interessen des Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG (WP217) vom 9. April 2014 klargestellt hat:

*„Die Bestimmung ist eng auszulegen; sie gilt nicht für Situationen, in denen die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags nicht wirklich notwendig ist, sondern der betroffenen Person von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen einseitig auferlegt wird. Auch bedeutet der Umstand, dass eine gewisse Datenverarbeitung durch einen Vertrag abgedeckt ist, nicht automatisch, dass die Verarbeitung für dessen Erfüllung erforderlich ist. Artikel 7 Buchstabe b ist*

For example, the controller included an alleged “consideration” or “duty” in the civil-law terms, to provide personalized and/or targeted advertisement, that it forces the data subject to agree to:

*“Affiliated Companies. We are part of the Facebook Companies. As part of the Facebook Companies, WhatsApp receives information from, and shares information with, the Facebook Companies as described in WhatsApp’s Privacy Policy. We use the information we receive from them to help operate, provide, and improve our Services.”*

Or

*“We provide ways for you and third parties, like businesses, to communicate with each other using WhatsApp, such as (...) marketing. Messages you may receive containing marketing could include an offer for something that might interest you.”*

In the privacy policy, the controller then mentions the processing of personal data as *“necessary to fulfill our terms”*, in an attempt to falsely associate this form of consent with Article 6(1)(b) of the GDPR.

If this is what the controller has attempted, then this is nothing more than an aggressive and absurd attempt to deprive data subjects of their rights under Article 6(1)(a) and Article 7 of the GDPR, by wrapping this consent into a civil-law arrangement. Any such “agreement” must be interpreted as what it really is: a consent provision camouflaged as a “contractual obligation” by the controller and moved into the civil-law terms.

As the Article 29 WP has already clarified on page 16 of its Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC (WP217) from 9 April 2014:

*“The provision must be interpreted strictly and does not cover situations where the processing is not genuinely necessary for the performance of a contract, but rather unilaterally imposed on the data subject by the controller. Also the fact that some data processing is covered by a contract does not automatically mean that the processing is necessary for its performance. For example, Article 7(b) is not a suitable legal ground for building a profile of the user’s tastes and lifestyle choices based on*

beispielsweise keine geeignete Rechtsgrundlage für die Erstellung eines Profils der Geschmacksvorlieben und des Lebensstils eines Nutzers auf der Grundlage seiner Clickstream-Daten von einer Website und der von ihm gekauften Waren. Der Grund dafür ist, dass zu dem für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht für Profilingzwecke Kontakt aufgenommen wurde, sondern beispielsweise um spezielle Waren und Dienstleistungen zu liefern. Selbst wenn solche Verarbeitungsmaßnahmen im kleingedruckten Teil des Vertragstextes ausdrücklich erwähnt werden, macht dieser Umstand allein sie nicht für die Erfüllung des Vertrags „erforderlich“.

Diese Beschwerde geht im Weiteren davon aus, dass alle Elemente in den Nutzungsbedingungen, die der Verantwortliche in diesem Verfahren als Rechtsgrundlage argumentieren mag, die aber kein Kernelement der Nachrichtenübermittlung darstellen und nicht im Interesse des Nutzers liegen (wie Werbung, gesponserte Inhalte, Teilen der Daten mit Konzernunternehmen, Analyse und Verbesserung der Produkte des Verantwortlichen und Ähnliches), als (ungültige) Einwilligung gemäß Artikel 6 Abs 1 lit a DSGVO auszulegen sind, die schlicht in die Nutzungsbedingungen integriert wurden.

Hilfsweise, sollte die Aufsichtsbehörde diese Teile nicht als Einwilligung werten, vertreten wir die Auffassung, dass der Verantwortliche für diese Verarbeitungen schlichtweg keine Rechtsgrundlage hat, da diese Elemente eindeutig keine vertragliche Verpflichtung darstellen und keine andere Option gemäß Artikel 6 DSGVO in dieser Situation anwendbar erscheint.

Da die entsprechenden Teile der Nutzungsbedingungen äußerst vage gehalten sind, lässt sich nach unseren derzeitigen Kenntnissen nicht präzisieren, welche Verarbeitungsvorgänge der Verantwortliche im Einzelnen mit diesem Argument rechtfertigen möchte.

#### **1.4. Einwilligungsakt (Wie hat der Betroffene vermeintlich eingewilligt?)**

Die betroffene Person hat die „App“ am 22. 4. 2018 erneut installiert, nachdem sie zuvor schon ein WhatsApp Konto hatte. Nach der Installation der App, wurde die betroffene Person über die neue Datenschutzrichtlinie und Nutzungsbedingungen informiert. Um die App auch nur zu nutzen, musste die betroffene Person diesen Bedingungen zustimmen.

his click-stream on a website and the items purchased. This is because the data controller has not been contracted to carry out profiling, but rather to deliver particular goods and services, for example. Even if these processing activities are specifically mentioned in the small print of the contract, this fact alone does not make them 'necessary' for the performance of the contract."

This complaint further assumes that all elements of the terms of service that the controller may try to use as a legal basis during this procedure, but which are not a core element of this instant-messaging service and/or in the interest of the user (such as advertisement, sponsored content, sharing of information within a group of companies analysis and improvement of the controller's products etc.), have to be interpreted as (invalid) consent, under Article 6(1)(a) of the GDPR, that were simply included in the "terms".

In the alternative and should the Supervisory Authorities not interpret these elements as consent, we take the position that the controller simply has no legal basis for these processing operations, since these elements are clearly not a relevant contractual obligation and no other option under Article 6 of the GDPR seems to apply in this situation.

As the relevant sections of the controller's terms and privacy policy are extremely vague, we are currently not in a position to specify which exact processing operations the controller may seek to justify with this argument.

#### **1.4. Act of consent (How did the data subject allegedly consent?)**

The data subject has deleted the app and re-installed it on 22 May 2018, when already having a WhatsApp account. Upon installation of the application, the data subject was notified of the controller's updated terms and privacy policy. In order to even use the app, the data subject was forced to consent to the terms and privacy policy.

Wie die Kopie des Bildschirms unten zeigt, wurde der betroffenen Person ein einfacher Klick zur Zustimmung gezeigt um den Dienst wieder nutzen zu können. Es gab keine andere Möglichkeit für die betroffene Person.

As the screenshot below demonstrates, the data subject was presented with an easy click to quickly consent, and to return to the service. There was no other option for the data subject.



Die einzige Option für einen Benutzer bestand daher darin, die Nutzungsbedingungen und die Datenschutzrichtlinie zu akzeptieren. Es gab keine Möglichkeit, zu widersprechen, abzulehnen oder auf eine andere Art und Weise „Nein“ zu sagen.

The only option for a user was therefore to accept the terms and privacy policy, or to uninstall the application. There was no option to disagree, opt-out or say “no” in any other way, shape or form.

Das bestehende Konto der betroffenen Person war auch nicht löschar, kopierbar oder sonst erreichbar, ohne zuzustimmen.

It was also not possible for the data subject to delete, copy or otherwise reach her account, without first consenting.

### 1.5. Notwendigkeit die Details nach Artikel 58 zu untersuchen

### 1.5. Need to investigate further details under Article 58 GDPR

Da der Verantwortliche die gesetzlich vorgeschriebenen Informationen über die fraglichen Verarbeitungen nicht zur Verfügung stellt, halten wir es für notwendig, dass die Behörde den konkreten Gegenstand der angeblichen Einwilligung und die Rechtsgrundlage für alle Verarbeitungsvorgänge im Rahmen der ihr durch Artikel

As the controller does not provide the legally required information about the processing operations in question, we believe that it would be necessary for the supervisory authority to investigate the concrete subject of the alleged consent and the legal basis for all processing operations, under the powers vested on you by

58 übertragenen Befugnisse untersucht. Dies sollte die Anforderung des Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten nach Artikel 30 Abs 4 der DSGVO umfassen.

Nach unserem Verständnis ist der Verantwortliche verpflichtet, alle relevanten Fakten als Antwort auf diese Beschwerde offenzulegen. Dieser Schritt sollte relativ leicht machbar sein, da der Verantwortliche alle Verarbeitungsvorgänge dokumentiert haben sollte und (hoffentlich) weiß, auf welche Rechtsgrundlage er sich verlassen will.

### **1.6. Beschränkung der Beschwerde auf Datenverarbeitung die auf Artikel 6 Abs 1 lit a und/oder Artikel 9 Abs 2 lit a beruht**

Aus praktischen Gründen ist der Umfang dieser Beschwerde ausdrücklich auf Verarbeitungen beschränkt, die ganz oder teilweise auf Artikel 6 Abs 1 lit a oder Artikel 9 Abs 2 lit a DSGVO beruhen. Nach unserem derzeitigen Kenntnisstand werden diese als Grundlage für alle Verarbeitungsvorgänge verwendet, die in der Datenschutzrichtlinie des Verantwortlichen beschrieben sind, was jedoch Gegenstand der behördlichen Untersuchung sein wird.

Dieser Beschwerde soll jedoch keinerlei Bedeutung dahingehend zukommen, dass andere Rechtsgrundlagen, auf die sich der Verantwortliche möglicherweise stützt, nicht gleichermaßen ungültig sind oder Gegenstand späterer rechtlicher Schritte sein können.

## **2. RECHTLICHE ANALYSE**

### **2.1. Einleitende Bemerkungen**

Die Einwilligung spielt bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eine zentrale Rolle, da sie dazu dient, den betroffenen Personen Kontrolle darüber zu geben, ob ihre Person betreffende Daten verarbeitet werden.

#### Fokus auf "frei" gegebene Einwilligung

Das "Kernelement" der Einwilligung besteht darin, dass sie *frei* gegeben werden muss, wie in Artikel 4 Abs 11 DSGVO klargestellt und in Artikel 7 Abs 4 DSGVO weiter spezifiziert. Ein Ziel der DSGVO war es, diverse unseriöse Formen der

Article 58 of the GDPR. This should include requesting the record of processing activities, under Article 30(4) of the GDPR.

It is our understanding that the controller has an obligation to disclose all relevant facts in response to this complaint. This process will be rather straight-forward, as the controller should have documented all processing operations and (hopefully) knows which legal basis he seeks to rely on.

### **1.6. Limitation of complaint to processing based on Article 6(1)(a) and/or Article 9(2)(a)**

For practical reasons, the scope of this complaint is explicitly limited to any processing operations that are wholly or partly based on Article 6(1)(a) or 9(2)(a) of the GDPR. Our current understanding is, that these are used as bases for all processing operations described in the controller's privacy policy, but this is subject to the outcome of your investigation.

Nevertheless, nothing in this complaint shall indicate that other legal bases the controller may rely on are not equally invalid or may not be equally the subject of subsequent legal actions.

## **2. LEGAL ANALYSIS**

### **2.1. Introduction**

Consent plays a central role in the processing of personal data, since its main purpose is to give data subjects control over whether or not personal data concerning them will be processed.

#### Focus on "freely" given consent

The 'core' element of consent is the fact that it must be *freely* given, as clarified in Article 4(11) of the GDPR and further specified in Article 7(4) GDPR. A main objective of the GDPR was to stop frivolous gathering of consent in all shapes and

vermeintlichen Einwilligung zu unterbinden. Die vorliegende Beschwerde konzentriert sich daher in erster Linie auf den Akt der Einwilligung in diesem Fall, den wir nicht als "frei" ansehen.

Da die Verarbeitungsvorgänge im Umfang dieser Beschwerde unseres Erachtens schon aus diesem Grund rechtswidrig sind, regen wir an, keine weiteren Elemente zu prüfen, sollte sich die Behörde in Bezug auf das Tatbestandselement der "frei" gegebenen Einwilligung unserer Ansicht anschließen.

Aus prozessualer Vorsicht verweisen wir freilich auch auf eine Reihe weiterer Gründe, aus denen hervorgeht, warum sich der Verantwortliche nicht auf die angebliche Einwilligung berufen kann. Um die vorliegende Eingabe zu straffen, haben wir diese am Ende der Beschwerde zusammengefasst (siehe Punkt 2.3 dieser Beschwerde), da wir – wie gesagt – der Ansicht sind, dass über diese Beschwerde bereits über das Element der "frei" gegebenen Einwilligung entschieden werden kann.

#### Beweislast

Artikel 6 Abs 1 DSGVO sieht ein generelles Verbot jeder Verarbeitung vor, es sei denn, der Verantwortliche kann nachweisen, dass er einer der in Artikel 6 genannten Anforderungen nachgekommen ist („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“). Artikel 7 Abs 1 hebt ferner die besondere Verpflichtung zum Nachweis der gültigen Einwilligung hervor:

*“Wenn die Verarbeitung auf einer Einwilligung beruht, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zugestimmt hat“.*

Die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und das Vorliegen einer gültigen Einwilligung liegt somit beim Verantwortlichen, nicht bei der Behörde oder der betroffenen Person.

## **2.2. Freiwilligkeit der Einwilligung**

Die Einwilligung kann nur dann eine rechtmäßige Grundlage für die Verarbeitung sein, wenn betroffenen Personen eine echte Möglichkeit zur Entscheidung geboten wird, die Bedingungen einer Dienstleistung anzunehmen oder abzulehnen oder diese Bedingungen ohne Nachteil abzulehnen.

Mit anderen Worten, die Einwilligung ist nicht gültig, wenn die betroffene Person keine echte Wahl hat, sich dazu gezwungen fühlt oder negative Konsequenzen

forms. Thus, this complaint focuses primarily on the act of consent, which, in the present case, we do not see as “free”.

As the processing operations within the scope of this complaint are already unlawful on this ground, we invite the supervisory authority not to investigate other issues, should it join our view in relation to the legal element of “freely” given consent.

As a matter of procedural precaution, we also rely on a number of other grounds to demonstrate why the controller cannot rely on the alleged consent. In order to streamline this complaint, we have consequently summarized them at the end of the complaint (see point 2.3 of this complaint), since we believe that this complaint can be decided on the element of “freely” given consent alone, as mentioned above.

#### Burden of proof

Article 6(1) of the GDPR imposes a general prohibition of any processing operation, unless the controller can demonstrate that it complied with one of the requirements contained therein. Article 7(1) further highlights the specific obligation to demonstrate valid consent:

*“[w]here processing is based on consent, the controller shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing of his or her personal data”.*

The burden of proof to demonstrate that the processing operation is lawful and that valid consent was obtained is hence placed on the controller, not the Supervisory Authority or the data subject.

## **2.2. Freely given consent**

Consent can only be a lawful ground for processing if data subjects are offered a genuine and realistic choice to accept or decline the terms of a service or to decline these terms without detriment.

In other words, consent will not be valid, if the data subject has no genuine or real choice, feels compelled to consent or will endure negative consequences if he/she does not consent, as mentioned in the Article 29 Working Party Guidelines on

ertragen muss, wenn sie nicht zustimmt, wie in den Leitlinien der Artikel-29-Gruppe zur Einwilligung nach der Verordnung 2016 ausgeführt / 679 (WP259) vom 10. April 2018.

Der Verantwortliche hat eine rechtswidrige Verarbeitung von Daten der betroffenen Person vorgenommen und damit die DSGVO verletzt. Die Rechtswidrigkeit der Verarbeitung beruht auf einer Einwilligung, die der Verantwortliche erzwungen hat und die aus folgenden Gründen von der betroffenen Person nicht freiwillig erteilt wurde:

### 2.2.1. Klares Ungleichgewicht

Erwägungsgrund 43 der DSGVO erläutert Situationen, in denen die Einwilligung nicht als frei gegeben angesehen werden kann:

*"Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, (...) und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern.."*

Der Erwägungsgrund beschäftigt sich zwar insbesondere mit öffentlichen Stellen, schließt jedoch andere Situationen nicht aus, in denen ein ähnliches Machtgefälle zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person festgestellt werden kann, einschließlich der Fälle, in denen die Verantwortlichen private Unternehmen sind (Artikel-29-Gruppe: *Guidelines on consent under Regulation 2016/679* (WP259), Seite 7):

*"Imbalances of power are not limited to public authorities and employers, they may also occur in other situations. As highlighted by WP29 in several Opinions, consent can only be valid if the data subject is able to exercise a real choice, and there is no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences (e.g. substantial extra costs) if he/she does not consent. Consent will not be free in cases where there is any element of compulsion, pressure or inability to exercise free will."*

[Aktuell keine deutsche Übersetzung verfügbar]

Befindet sich ein Verantwortlicher in einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einem Machtungleichgewicht zwischen ihm und der betroffenen Person führt, kann das die Freiwilligkeit seiner Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten beeinträchtigen.

consent under Regulation 2016/679 (WP259) from 10 April 2018.

The controller has carried out unlawful processing of the data subject's personal data, infringing the GDPR. This unlawful processing is based on consent that was "forced" by the controller and not freely given by the data subject, on the following grounds:

### 2.2.1. Clear imbalance of power

Recital 43 of the GDPR clarifies situations in which consent cannot be seen as freely given:

*"...consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case where there is a clear imbalance between the data subject and the controller (...) and it is therefore unlikely that consent was freely given in all the circumstances of that specific situation."*

Although the Recital is particularly concerned with authorities, it does not exclude other situations where a similar imbalance of powers between the controller and the data subject might arise, including situations where controllers are private corporations (Article 29 WP Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP259), page 7):

*"Imbalances of power are not limited to public authorities and employers, they may also occur in other situations. As highlighted by WP29 in several Opinions, consent can only be valid if the data subject is able to exercise a real choice, and there is no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences (e.g. substantial extra costs) if he/she does not consent. Consent will not be free in cases where there is any element of compulsion, pressure or inability to exercise free will."*

If a controller is in a dominant position that creates an imbalance of power between him and the data subject, then this is likely to affect the voluntariness of the latter's consent for the processing of personal data.



### Marktbeherrschende Stellung

Es kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass dem Verantwortlichen im Bereich der "Instant Messages" eine marktbeherrschende Stellung zukommt

In Bezug auf dieses Frage legen wir einen 2016 von SimilarWeb (similarweb.com) erstellten Bericht vor, der zu dem Schluss kommt, dass WhatsApp die dominierende Messaging-Anwendung in 109 Ländern einschließlich Europa ist (Anhang 4), sowie eine relevante Statistik, die WhatsApp als die beliebteste Anwendung der Welt reiht, mit Stand Mai 2016 (Anhang 5).

Selbst wenn man den Kreis auf jegliche Art der elektronischen Direktnachrichten ausdehnen würde, kommt hinzu, dass die Facebook-Gruppe auch weitere Arten dieser Kommunikation kontrolliert (wie z.B. Facebook Messenger oder Instagram). Zusätzlich haben andere Alternativen üblicherweise ähnliche Klauseln in ihren Datenschutzbedingungen. Die betroffene Person kommt damit vom Regen in die Traufe.

### Netzwerkeffekt

Angesichts der dominanten Stellung des Verantwortlichen und der Tatsache, dass es sich bei den Diensten des Verantwortlichen (anders als bei E-Mail oder anderen offenen Systemen wie Telefonie) um ein geschlossenes und proprietäres Netzwerk handelt, ist die betroffene Person faktisch gezwungen, ein Profil bei dem Verantwortlichen zu erstellen oder beizubehalten, um mit Personen zu interagieren, die auf anderen Plattformen nicht verfügbar sind. Selbst wenn die betroffene Person andere Optionen (z.B. Signal, Snapchat oder Telegram) nutzt, muss sie weiter WhatsApp installiert haben um mit Freunden kommunizieren zu können, die diese Alternativen nicht nutzen.

Die einzige vergleichbare Alternative, die generell genutzt wird, sind SMS Nachrichten, welche jedoch – gerade bei Kommunikation ins Ausland – erheblich teurer sind und auch viele Funktionen wie das Versenden von Bildern oder Sprachnachrichten nicht erlauben.

### Zusammenfassung

Zusammenfassend scheint die betroffene Person angesichts des Machtgefälles zwischen dem Verantwortlichen und ihr keine andere realistische Option zu haben, als der Datenschutzrichtlinie und den Nutzungsbedingungen zuzustimmen. Nicht einzuwilligen würde zu erheblichen negativen Konsequenzen für die betroffene Person führen. Folglich ist die angebliche Einwilligung der betroffenen Person allein aus diesen Gründen schon nicht gültig.

### Dominant Market Position

It cannot be disputed that the controller has a dominant market position in the area of instant messaging.

In relation to this issue, we submit a 2016 report conducted by SimilarWeb (similarweb.com), which concludes that WhatsApp is the dominant messaging application in 109 countries, including Europe (attachment 4), as well as a relevant statistic that places WhatsApp as the most popular application in the world as per May 2016 (attachment 5).

Moreover, even if one considers that WhatsApp might not have a high-percentage dominance in the instant messaging market, the fact that its main competitor (Facebook Messenger) belongs to Facebook Inc., a company that WhatsApp Ireland Limited is also part of, raises considerable concerns, taking into account that in a modern social media world the data subject is often stuck between a stone and a hard place.

### Network Effect

Given the dominant market position of the controller and the fact that the services of the controller (in contrast to email or other open systems) are a closed and proprietary network, the data subject is factually forced to join or maintain an account with the controller's service, to be able interact with persons that are not available on other services. Even if the subject uses other options (such as Signal, Snapchat, or Telegram), they must continue to have WhatsApp installed to communicate with friends who do not use those alternatives.

The only comparable alternative that is generally used would be text messages (SMS), which, however - especially when communicating abroad - are considerably more expensive and do not allow many functions, such as sending of pictures or voice messages.

### Summary

In summary, the data subject seems to have no other realistic option than to consent to the privacy policy and terms provided by the controller, given the imbalance of power between them. Not consenting would result in a significant negative consequence for the data subject. Consequently, any consent obtained by the data subject is invalid on these grounds alone.

## 2.2.2. Bedingung für den Service ("Friss oder Stirb")

Artikel 7 Abs 4 DSGVO legt weiter ausdrücklich fest, dass für die Prüfung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wird,

*„...dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden [muss], ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“*

Der Ordnungsgeber entschied sich dafür, die Koppelung ausdrücklich als typisches Beispiel für die fehlende Freiwilligkeit der abgegebenen Einwilligung zu nennen. Durch die Formulierung „unter anderem“ ist umgekehrt klargestellt, dass die nicht frei gegebene Einwilligung nicht auf den Fall der Koppelung beschränkt ist. In Erwägungsgrund 43 der DSGVO heißt es weiter:

*„Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, (...) wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“*

Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass Dienste nicht nur unter der Bedingung angeboten werden, dass betroffene Personen personenbezogene Daten an die Verantwortlichen übermitteln, die für das Angebot dieser Dienste nicht erforderlich sind.

Die Einwilligung und die Kontrolle der Betroffenen über die von ihnen zur Verfügung gestellten Daten sind bedeutungslos, wenn Dienste nur angeboten werden, wenn im Gegenzug eine verpflichtende Einwilligung zur Verwertung personenbezogener Daten gegeben wird.

In der Rechtssache C-291/12 (*Rs. Schwarz*) prüfte der EuGH die Gültigkeit des EU-Rechts, das die obligatorische Abnahme von Fingerabdrücken bei der Ausstellung von Reisepässen vorsieht. Der Gerichtshof hat in Randnummer 32 ausgeführt:

*„Was zunächst die Voraussetzung der Einwilligung der einen Reisepass beantragenden Personen in die Erfassung ihrer Fingerabdrücke angeht, ist festzustellen, dass in der Regel der Besitz eines Reisepasses für Unionsbürger insbesondere unentbehrlich ist, um in Drittländer zu reisen, und dass dieses Dokument nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2252/2004 Fingerabdrücke enthalten muss. Die Bürger der Union, die solche Reisen unternehmen wollen, können sich somit der Verarbeitung ihrer Fingerabdrücke nicht frei widersetzen. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass diejenigen, die einen Reisepass beantragen, in eine solche Verarbeitung eingewilligt haben.“*

## 2.2.2. Conditional for service ("take it or leave it")

Article 7 (4) of the GDPR expressly stipulates that to assess whether consent is freely given

*“...utmost account shall be taken of whether, inter alia, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract”.*

The European legislator chose to explicitly list conditionality as an illustrative example of not freely given consent. By the choice of the words “*inter alia*”, the legislator clarified that not freely given consent is not limited to cases of conditionality only. Recital 43 of the GDPR further specifies:

*“Consent is presumed not to be freely given (...) if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance.”*

The purpose of this provision is to ensure that services are not offered upon the condition that data subjects provide personal information, which are not necessary for the offering of these services, to controllers.

Consent as well as individuals’ control over the personal data they provide would be indeed deprived of any meaning, if services are only offered in exchange for mandatory consent to the exploitation of personal data.

In C-291/12 (*Michael Schwarz v Stadt Bochum*), the CJEU considered the validity of EU law providing for the mandatory taking of fingerprints when issuing passports. The Court noted in paragraph 32:

*“First of all, concerning the condition requiring the consent of persons applying for passports before their fingerprints can be taken, it should be noted that, as a general rule, it is essential for citizens of the Union to own a passport in order, for example, to travel to non-member countries and that that document must contain fingerprints pursuant to Article 1(2) of Regulation No 2252/2004. Therefore, citizens of the Union wishing to make such journeys are not free to object to the processing of their fingerprints. In those circumstances, persons applying for passports cannot be deemed to have consented to that processing.“*

Während sich dieses Urteil mit einer Behörde befasste, sind ähnliche Situationen begrenzter Freiheit auch im privaten Sektor verbreitet. Insbesondere verstößt es gegen die in der DSGVO verankerten Grundsätze, mit persönlichen Daten zu „bezahlen“ und andernfalls Dienste verweigert werden können. Wie die Artikel-29-Gruppe auf Seite 8 des WP 259 festgestellt hat:

*“GDPR ensures, that the processing of personal data for which consent is sought cannot become directly or indirectly the counter-performance of a contract.”*

[Derzeit keine deutsche Übersetzung veröffentlicht]

Diese Praxis wird darüber hinaus auch von einer großen Mehrheit der Europäer abgelehnt. Das Eurobarometer 443 der Europäischen Kommission (Dezember 2016) zeigt etwa, dass 64% der Befragten es für *“nicht akzeptabel halten, dass ihre Online-Aktivitäten im Gegenzug für den uneingeschränkten Zugang zu einer bestimmten Website überwacht werden”*.

Folglich ist die angebliche Einwilligung der betroffenen Person auch aus diesen Gründen ungültig.

### 2.2.3. Spezifität (*“Alles oder Nichts”*)

Der Verantwortliche verlangt, dass die betroffene Person der Datenschutzrichtlinie und den Nutzungsbedingungen gesamthaft zustimmt. Der Verantwortliche verlässt sich daher auf eine allgemeine gebündelte und pauschale Einwilligung zu allem, was in den Nutzungsbedingungen und der Datenschutzrichtlinie enthalten ist. Auch diese Gestaltung führt zur Ungültigkeit der Einwilligung, da eine solche Einwilligung in keiner Weise *“spezifisch”* wäre, sondern auf einem *“Alles oder Nichts”*-Ansatz basieren, der nach der DSGVO verpönt ist.

Erwägungsgrund 43 der DSGVO stellt weiter klar, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Einwilligung frei gegeben wird...

*“...wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist”.*

Sollte der Verantwortliche im Laufe dieses Beschwerdeverfahrens argumentieren, dass ein spezifischerer Akt der Einwilligung vorliegt, müsste dennoch nachgewiesen werden, dass jede Verarbeitung oder Verarbeitungsgruppe auf einer bestimmten Einwilligung beruht. Angesichts der vagen und unklaren Beschreibung der Rechtsgrundlage, auf die sich der Verantwortliche stützt, können wir dazu zu diesem Zeitpunkt nicht näher Stellung nehmen.

While this judgement was dealing with a public authority, similar situations of limited freedom are common in the private sector as well. In particular, being forced to *“pay”* with personal information or otherwise being denied crucial services is contrary to the principles enshrined in the GDPR. As the Article 29 Working Party has already noted on page 8 of WP 259:

*“GDPR ensures, that the processing of personal data for which consent is sought cannot become directly or indirectly the counter-performance of a contract.”*

Moreover, a large majority of Europeans oppose these practices. The European Commission’s Flash Eurobarometer 443 (e-Privacy, December 2016) shows that 64% of respondents find it *“unacceptable to have their online activities monitored in exchange for unrestricted access to a certain website”*.

Consequently, the data subject’s alleged consent is also invalid on these grounds.

### 2.2.3. Granularity (*“all or nothing”*)

The controller requires the data subject to consent to its privacy policy and the terms as a whole. The controller therefore relies on an overall bundled consent to anything contained in the terms and the privacy policy. This approach would also render consent invalid, as such consent would not be in any way *“specific”*, but rather based on an *“all or nothing”* approach, which is contrary to everything the GDPR stands for.

Recital 43 of GDPR further clarifies that consent cannot be presumed to be freely given,

*“...if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case”.*

Should the controller in the course of this procedure argue that there is a more specific act of consent, he would be still required to demonstrate that each processing operation or set of processing operations is based on a specific act of consent. Given the vague and unclear description of the legal basis that the controller relies on, we are unable to comment on this issue at this point.

#### 2.2.4. Ohne Nachteil

Wie in Erwägungsgrund 42 der DSGVO erläutert, muss der Verantwortliche nachweisen, dass die betroffene Person die Möglichkeit hat, die Einwilligung ohne jeglichen Nachteil zu verweigern.

Auf Seite 11 der „Guidelines on consent under Regulation 2016/679“ (WP259) nennt die Artikel-29-Gruppe das Beispiel des "Downgrading" eines Dienstes, wenn die Einwilligung nicht erteilt wird, als Fall, in welchem die betroffene Person einen Nachteil erleidet.

Der Verantwortliche hat nicht nur damit gedroht, die betroffene Person auf einen anderen Dienst herunterzustufen, sondern sogar ihre Leistungen aus dem Vertrag einzustellen, sollte die betroffene Person der neuen Nutzungsbedingung und Datenschutzerklärung nicht zustimmen. Der Verantwortliche ließ dem Verbraucher nur noch die Option einzuwilligen, oder den Vertrag zu kündigen und die App zu löschen. Unklar ist, ob das entsprechende Nutzungskonto ohne vorherige Installation der App überhaupt zu löschen ist.

Angesichts der Position des Verantwortlichen und der Beliebtheit des Dienstes führt dies auch zu einem sekundären Nachteil für jede betroffene Person: Die Betroffene würde nicht nur den Dienst nicht nutzen können, sondern auch eine entscheidende Form der sozialen Interaktion mit einem großen Teil der Freunde, Unternehmen und ähnlichem verlieren. Ähnlich dem Entzuge eines Telefonanschlusses gibt es zwar andere Möglichkeiten der Kontaktaufnahmen, jedoch führt dies zu einer massiven Abschottung der betroffenen Person.

#### 2.2.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann sich der Verantwortliche nicht auf die angebliche "Einwilligung" gemäß Punkt 1.4 berufen, da eine solche Einwilligung gegen die Anforderungen in Artikel 4 Abs 11, Artikel 6 Abs 1 lit a, Artikel 7 und/oder Artikel 9 Abs 2 lit a DSGVO verstößt, sowie gegen die in den Leitlinien der Artikel-29-Gruppe genannten Elemente. Jede Verarbeitung, die auf einer solcherart erteilten "Zwangseinwilligung" beruht, verstößt daher gegen die Rechte der betroffenen Person gemäß DSGVO.

#### 2.2.4. Without detriment

As explained in Recital 42 of the GDPR the controller has to demonstrate, that the data subject has the possibility to refuse consent without any detriment.

On page 11 of its Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP259) the Article 29 Working Part gives the example of "downgrading" a service when consent is not given, as a situation where there is a detriment to the data subject.

In the present case, the controller has "threatened" not only to downgrade the data subject, but to also not provide the services he is contractually obliged to provide, unless the data subject agrees to the new terms and privacy policy. The controller left the consumer with the option to cancel the contract and to delete the app. It is unclear if it is even possible to delete the existing user account, without installing the app.

Given the position of the controller and the popularity of the service, this also leads to a secondary disadvantage for the data subject: In addition to not being able to use the service, the data subject would also lose a crucial form of social interaction with a considerable amount of family members, friends, acquaintances etc. Similar to being cut off from the telephone network, there are still other options to get in contact with others, but losing the service massively walls off the data subject.

#### 2.2.5. Summary

In summary, the controller cannot rely on the alleged "consent", as described under section 1.4, as such consent infringes all the particular requirements set out in Article 4(11), Article 6(1)(a), Article 7 and/or Article 9(2)(a) of the GDPR, as well as all elements identified by the Article 29 Working Party Guidelines. Any processing operation that is based on such "forced consent" breaches the rights of the data subject under the GDPR.

### 2.3. Alternativ, sollte sich die Behörde dem Hauptgrund der Beschwerde in 2.2. nicht anschließen

Sollte die Aufsichtsbehörde (entgegen den obigen Ausführungen) der Ansicht sein, dass der Verantwortliche eine "freiwillige" Einwilligung erhalten hat, stützt sich die betroffene Person auf die folgenden zusätzlichen Gründe, warum der Verantwortliche für die Verarbeitungsvorgänge, die Gegenstand dieser Beschwerde sind, keine gültige Einwilligung erhalten hat:

#### 2.3.1. Nicht „informiert“

Die Datenschutzrichtlinie des Verantwortlichen umfasst im Wesentlichen alle Arten von Daten, die vom Verantwortlichen verarbeitet werden können, alle möglichen Zwecke für die Verarbeitung dieser Daten, alle sechs rechtlichen Gründe, auf die sich der Verantwortliche verlassen kann, sowie eine große Zahl möglicher Empfänger.

Mit anderen Worten, die Richtlinie könnte zusammengefasst werden als "*Verarbeitung von jeglichen Daten, für jeglichen Zweck, aus jeglichen rechtlichen Gründen, während sie mit jeglichen Dritten geteilt werden*".

Selbst wenn ein ausgebildeter Jurist den gesamten Text liest, den der Verantwortliche vorlegt, kann er nur raten, welche Daten für welchen exakten Zweck und auf welcher Rechtsgrundlage verarbeitet werden. Dies ist inhärent intransparent und unfair im Sinne von Artikel 5 Abs 1 it a und 13 it c.

Der vom Verantwortlichen gewählte Zugang ist daher eindeutig der Gegensatz von informierter Einwilligung oder irgendeiner Form von "*einfacher Sprache*" oder sogar "*leicht verständlich*" (Erwägungsgrund 39).

#### 2.3.2. Nicht „spezifisch“

Im Zusammenhang mit der Frage der "informierten" Einwilligung wurde die betroffene Person gezwungen, eine unspezifische Einwilligung zu jeglicher Verarbeitung zu erteilen, die in der Datenschutzrichtlinie des Verantwortlichen enthalten war, was bedeutet, dass die angebliche Einwilligung nicht "spezifisch" war.

#### 2.3.3. Einwilligung nicht von Datenschutzrichtlinie und Nutzungsbedingungen getrennt

Die Vorgehensweise des Verantwortlichen versteckt die Einwilligung nach Artikel 6 Abs 1 lit a DSGVO in einer langen Datenschutzrichtlinie, die sich mit Informationen zu befassen scheint, die nach Artikel 14 DSGVO zur Verfügung gestellt werden müssen, sowie vielen rechtlich irrelevanten Informationen, die eher an einen „Hilfetext“ erinnern. Dies verstößt

### 2.3. In the alternative, should the Supervisory Authority not join the main grounds for this complaint in 2.2.

Should the Supervisory Authority (contrary to the arguments above) take the view that the controller obtained "*freely*" given consent, the data subject relies on the following additional grounds why the controller did not obtain valid consent for the processing operations that are within the scope of this complaint:

#### 2.3.1. Not "informed"

The privacy policy of the controller is in essence summarising all types of data that may be processed by the controller, all possible purposes for processing such data, all six legal grounds that the controller may rely on and a wide number of possible recipients.

In other words, one could summarize the policy as "*processing any data, for any purpose, on any legal grounds, while sharing it with any third party*".

Even if a trained lawyer reads all the text that the controller provides, he/she can only guess what data is processed, for which exact purpose and on which legal basis. This is inherently non-transparent and unfair within the meaning of Articles 5(1)(a) and 13(c).

This approach therefore stands in clear contrast to *informed* consent or any form of "*plain language*" or even "*easy to understand*" requirements (Recital 39).

#### 2.3.1. Not Specific

Interlocked with the issue of "informed" consent, the data subject was forced to give an unspecific consent to any of the processing operations that were contained in the privacy policy of the controller, meaning that the alleged consent was not "*specific*".

#### 2.3.1. Consent not distinguished from privacy policy and terms of service

The approach of the controller "drowns" consent under Article 6(1)(a) of GDPR in a long privacy policy that seems to deal with information that must be provided under Article 14 of GDPR as well as legally irrelevant information that rather reminds the readers of a "help" text. This clearly violates Article 7(2), which requires that consent must be clearly distinguishable from such other information (see also the reference to Directive 93/13/EEA

eindeutig gegen Artikel 7 Abs 2, der vorsieht, dass die Einwilligung klar von diesen anderen Informationen abgehoben sein muss (vgl auch den Verweis auf die RL 93/13/EWG in Erwägungsgrund 42 der DSGVO).

#### **2.3.4. Täuschung sich nur auf die Einwilligung zu stützen und Unklarheit zur Rechtsgrundlage**

Der Verantwortliche hat sich tatsächlich auf eine Reihe von Rechtsgrundlagen nach Artikel 6 Abs 1 DSGVO gestützt, hat aber der betroffenen Person den Eindruck vermittelt, dass er sich lediglich auf die (General-)Einwilligung stützt, indem diese die betroffene Person pauschal auffordert, der Datenschutzrichtlinie zuzustimmen (siehe oben).

Eine Einwilligung für einen Verarbeitungsvorgang einzuholen, während sich der Verantwortliche in Wahrheit auf andere Rechtsgrundlagen stützt, ist irreführend, missbräuchlich und intransparent iSd Artikel 5 Abs 1 lit a DSGVO, wie die Leitlinien der Artikel-29-Gruppe (WP259) auf Seite 23 unterstreichen:

*"Sending out the message that data will be processed on the basis of consent, while actually some other lawful basis is relied on, would be fundamentally unfair to individuals."* [Deutsche Übersetzung nicht vorhanden]

#### **2.4. Rückwirkung der DSGVO**

Wie in Erwägungsgrund 171 klargestellt wird, kann der Verantwortliche Verarbeitungsvorgänge zwar auf eine Einwilligung stützen, die vor dem 25. Mai 2018 erteilt wurde, jedoch nur wenn die vorherige Einwilligung den aktuellen Anforderungen der DSGVO entspricht.

Vor dem unter Punkt 1.4. beschriebenen Einwilligungsakt gab es schon vorherige Einwilligungen der betroffenen Person. Keine dieser Akte ist jedoch in irgendeinem Punkt DSGVO-konformer als der Akt der vermeintlichen Einwilligung, der in dieser Beschwerde beschrieben wird. Frühere Einwilligungen sind daher gleichermaßen ungültig und daher irrelevant.

in Recital 42 of the GDPR).

#### **2.3.2. Misrepresentation to rely solely on consent and uncertainty about the legal basis**

The controller has in fact relied on a number of legal grounds under Article 6(1) of the GDPR, but has given the data subject the impression, that he solely relies on consent, by requesting the data subject to agree to the privacy policy (see above).

Asking for consent to a processing operation, when the controller relies in fact on another legal basis is fundamentally unfair, misleading and non-transparent within the meaning of Article 5(1)(a) of the GDPR, as underlined by the Article 29 Working Party on page 23 of the Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP259):

*"Sending out the message that data will be processed on the basis of consent, while actually some other lawful basis is relied on, would be fundamentally unfair to individuals."*

#### **2.4. Retroactive Application of GDPR**

As clarified in Recital 171, the controller may base processing operations on consent that was obtained before 25 May 2018, provided such consent was in accordance with the GDPR requirements.

Before the consent described in 1.4. was given, there were previous acts of consent by the data subject. None of them was in any aspect more compliant with GDPR than the alleged act of consent describes in this complaint. Previous acts of consent are therefore equally invalid and therefore irrelevant.

### 3. ANTRÄGE

#### 3.1. Antrag auf Untersuchung

Die betroffene Person beantragt hiermit, dass der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (oder jede andere Aufsichtsbehörde, mit der sie gemäß Kapitel VII der DSGVO zusammenarbeiten mögen) insbesondere unter ihren Befugnissen nach Artikel 58 Abs 1 Lit a, e und f der DSGVO, insbesondere folgende Sachverhalte feststellen:

- (i.) welche Verarbeitungsvorgänge der Verantwortliche in Bezug auf die Daten der betroffenen Person durchführt,
- (ii.) zu welchem Zweck diese durchgeführt werden,
- (iii.) auf welcher Rechtsgrundlage sich der Verantwortliche für jeden Verarbeitungsvorgang stützt und
- (iv.) die betroffene Person beantragt zusätzlich, dass eine Kopie des Verarbeitungsverzeichnisses (Artikel 30 der DSGVO) vorgelegt wird.

Abschließend wird beantragt, dass uns die Ergebnisse dieser Untersuchung im Rahmen dieses Verfahrens gemäß Artikel 77 Abs 2 DSGVO zur Verfügung gestellt werden.

#### 3.2. Antrag die relevanten Verarbeitungsvorgänge zu untersagen

Die betroffene Person beantragt ferner, dass der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (oder die zuständige Aufsichtsbehörde) alle Verarbeitungsvorgänge untersagt, die auf einer ungültigen Einwilligung der betroffenen Person beruhen, im Einklang mit den Befugnissen gemäß Artikel 58 Abs 1 Lit d, f und g iVm Artikel 17 der DSGVO oder jeglicher anderen Grundlage.

#### 3.3. Antrag eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe zu verhängen

Schließlich beantragt die betroffene Person, dass der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (oder die zuständige Aufsichtsbehörde) nach ihren Befugnissen insbesondere nach Artikel 58 Abs 1 Lit i iVm Artikel 83 Abs 5 der DSGVO eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe gegen den Verantwortlichen verhänget, unter Berücksichtigung,

- i. dass die betroffene Person nur eine von Millionen betroffener Personen (Artikel 83 Abs 2 Lit a) ist;

### 3. APPLICATIONS

#### 3.1. Request to investigate

The data subject hereby requests that the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (or any other supervisory authority that it may cooperate with under chapter VII of GDPR) fully investigates this complaint, by especially using its powers under Article 58(1)(a), (e) and (f) of the GDPR, to particularly determine the following facts:

- (i.) which processing operations the controller engages in, in relation to the personal data of the data subject,
- (ii.) for which purpose they are performed,
- (iii.) on which legal basis for each specific processing operation the controller relies on and
- (iv.) he/she additionally requests that a copy of any records of processing activities (Article 30 of the GDPR) are acquired.

Finally, we would like to request that the results of this investigation are made available to us in the course of this procedure, in accordance with Article 77(2) of the GDPR.

#### 3.2. Request to prohibit the relevant processing operations

The data subject further requests that the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (or the relevant supervisory authority) prohibits all processing operations that are based on an invalid consent of the data subject, in accordance with the powers vested in you by Article 58(1)(d), (f) and (g) in combination with Article 17 of the GDPR or any other legal basis.

#### 3.3. Request to impose effective, proportionate and dissuasive fines

Finally, the data subject requests that the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (or the relevant supervisory authority), by virtue of the powers provided by Article 58(1)(i) in combination with Article 83(5) of the GDPR, impose an effective, proportionate and dissuasive fine against the controller, taking into account that:

- i. the data subject is only one of the millions of affected users (Article 83(2)(a));

- ii. dass der Verantwortliche vorsätzlich und wissentlich gegen die Zustimmungserfordernisse der DSGVO verstoßen hat, indem er seine marktbeherrschende Stellung ausgenutzt und die betroffenen Personen zur Einwilligung genötigt hat und damit deren freien Wunsch negiert hat (Artikel 83 Abs 2 Lit b);
- iii. dass der Verantwortliche über die Leitlinien der Artikel-29-Gruppe zur Einwilligung nach VO 2016/679 (WP 259) Bescheid wissen musste, diese jedoch ignoriert hat (Artikel 83 Abs 2 Lit b).
- iv. dass der Verantwortliche trotz seiner enormen organisatorischen und technischen Fähigkeiten als multinationaler Konzern sich dafür entschieden hat, die Anforderungen des neuen Gesetzes offen zu umgehen, indem er nicht einmal im entferntesten die "freie" Einwilligung sicherstellte (Artikel 83 Abs 2 Lit c);
- v. dass der Verantwortliche hochsensible Daten verarbeitet, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten (Artikel 83 Abs 2 Lit g);
- vi. dass der Verantwortliche offenbar nicht die Absicht hat, die DSGVO einzuhalten oder irgendeine Aufsichtsbehörde von dieser Verletzung in Kenntnis zu setzen, und dieser Verstoß Ihnen daher im Wege einer förmlichen Beschwerde mitgeteilt werden musste (Artikel 83 Abs 2 Lit h);
- vii. dass es Ziel dieses Verstoßes war, sowohl direkt als auch indirekt finanzielle Vorteile zu erzielen (z. B. durch Marketing- und Werbeaktivitäten);
- viii. dass der Verantwortliche bisher die Datenschutzgesetze wiederholt gebrochen hat (Artikel 83 Abs 2 Lit e), insbesondere die Regelungen zur Einwilligung, selbst unter dem bisherigen Datenschutzrecht (siehe z.B. Urteil 5 Bs 93/17 des Oberverwaltungsgerichts vom 26. 02. 2018) und
- ix. dass eine vorsätzliche, massive und offensichtliche Verletzung durch einen wichtigen Akteur in der Industrie angemessen sanktioniert werden muss (Generalprävention), um ähnliche Verstöße gegen die DSGVO in der Zukunft zu verhindern und die Achtung der Rechte der betroffenen Personen im Rahmen des neuen Rechtsrahmens sicherzustellen.

Unseren Informationen zufolge belief sich der Umsatz der Facebook-Gruppe, der der Verantwortliche angehört, im Geschäftsjahr 2017 auf etwa \$ 40,65 Mrd. (rund € 34,47 Mrd.). Die mögliche Höchststrafe nach Artikel 83 Abs 5 Lit a bezogen auf 4% des weltweiten Umsatzes wären demnach rund € 1,3 Mrd.

- ii. the controller wilfully and intentionally breached the consent requirements imposed by the GDPR by taking advantage of its dominant position and by forcing data subjects to agree to the use of their personal data, negating thus their free will (Article 83(2)(b));
- iii. the controller must have known about the Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP259), but chose to ignore them (Article 83(2)(b));
- iv. the controller, despite its vast organizational and technical capabilities as a multinational company, chose to bluntly circumvent the processing requirements of the new law, by not even remotely ensuring "free" consent (Article 83(2)(c));
- v. the controller processes highly sensitive data, including special categories of personal data (Article 83(2)(g));
- vi. the controller has apparently no intention to either comply with the GDPR or notify any supervisory authority of this infringement, and this infringement has to therefore be communicated to you by means of a formal complaint (Article 83(2)(h));
- vii. the aim of this infringement was to gain, both directly and indirectly, financial benefits (e.g. through marketing and advertising activities);
- viii. the controller has a history of non-compliance with data protection laws (Article 83(2)(e)), especially with the provisions relating to consent, even under the previous data protection legislation (see e.g. judgment 5 Bs 93/17 of the Hamburg Higher Administrative Court of 26 February 2018); and
- ix. a wilful, massive and profound violation by a major player within the data industry must be adequately sanctioned to prevent similar violations of the GDPR in the future, and to ensure respect of the data subjects' rights under the new data protection acquis.

According to our information the current revenue of the Facebook Group, of which the controller is a member, was about \$ 40.65 billion (about € 34.47 Billion) in the fiscal year 2017. The possible maximum fine under Article 83(5)(a), based on 4% of the worldwide revenue, would accordingly be about € 1.3 billion.



## 4. SONSTIGES

### 4.1. Englische Übersetzung

Nachdem voraussichtlich verschiedene Aufsichtsbehörden mit dieser Beschwerde befasst sein werden, haben wir uns den unüblichen Schritt erlaubt, diese Beschwerde mit einer informellen englischen Übersetzung einzubringen. Für den Fall einer Abweichung zwischen den Übersetzungen gilt die deutsche Version, nachdem wir gesetzlich verpflichtet sind, diese Beschwerde in Hamburg beim Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit auf Deutsch einzubringen.

### 4.2. Kontaktdaten

[REDACTED]

## 4. OTHER

### 4.1. English Translation

As different supervisory authorities will most likely deal with this complaint, we have taken the unusual step to provide you with an informal English translation of this complaint. If there is any conflict in the translations, the German version should prevail, since the law requires us to file this complaint in Germany with the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (HmbBfDI) in German.

### 4.2. Contact details

[REDACTED]