

Daarnaast is het mogelijk dat rechtsbijstandverzekeraars bepaalde zaken waarin veel wordt geprocedeerd uitsluiten van dekking, of een maximum aan het uurtarief van een externe advocaat stellen.

De uitspraak van het HvJ betekent in de praktijk een uitbreiding van de keuzevrijheid van verzekerden. Echter de medaille heeft twee kanten. Als de kosten toenemen doordat verzekerden vaker een beroep doen op het recht om zelf een advocaat te kiezen in plaats van gebruik te maken van rechtsbijstand die wordt verleend door medewerkers van de verzekeraar zelf, zal dat kunnen resulteren in een stijging van de verzekeringspremies. Dat kan het negatieve gevolg hebben dat minder mensen een rechtsbijstandverzekering afsluiten waardoor uiteindelijk de toegang tot de rechter zelfs in het gedrang kan komen. Het is nu aan de Nederlandse rechter om te bepalen welke beperkingen in de verzekeringspolissen nog wel zijn toegestaan.

TECHNOLOGIE EN TELECOMRECHT

Mw. mr. M. de Koning, Kennedy Van der Laan, Amsterdam

Mw. mr. N. Wolters Ruckert, Kennedy Van der Laan, Amsterdam

Onderzoek CBP naar het 'volgen van internetgebruikers' 14-75

Geschreven door: mw. mr. N. Wolters Ruckert, Kennedy Van der Laan, Amsterdam

Het College bescherming persoonsgegevens (CBP) heeft, op grond van artikel 60 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), een onderzoek gedaan naar de verwerking van persoonsgegevens door YD Display Advertising Benelux B.V. (hierna: YD). YD is een partij die bemiddelt tussen adverteerders en websites bij het plaatsen van online advertenties. Het onderzoek van het CBP richt zich in het bijzonder op de verwerking van persoonsgegevens voor *online behavioural advertising*. Dit is het tonen van gepersonaliseerde advertenties op basis van eerder surfgedrag van internetgebruikers.

In het rapport van definitieve bevindingen van 29 april 2014, (gepubliceerd op 13 mei 2014) (hierna: rapport) concludeert het CBP dat YD de Wbp heeft overtreden omdat YD voor deze verwerking van persoonsgegevens niet de ondubbelzinnige toestemming van de internetgebruikers heeft verkregen. Daarmee heeft YD geen grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens - artikel 8 Wbp - en handelt dus in strijd met de Wbp.

In dit artikel zet ik de belangrijkste bevindingen van het CBP uiteen en geef aan het einde nog een aantal tips.

Online Behavioural Advertising: cruciale rol voor tracking cookies

Als een internetgebruiker de website bekijkt van Transavia, komt hij/zij in contact met de *online behavioural advertising* van YD. Bij dat bezoek, wordt door YD in de browser van de pc, laptop, tablet of smartphone van de desbetreffende internetgebruiker een (tracking) cookie geplaatst. Door middel van deze tracking cookie kan het online gedrag van de internetgebruiker vervolgens gevolgd worden. Zo kan door middel van de tracking cookie worden bijgehouden dat een internetgebruiker de website bezoekt en in welke reis hij/zij geïnteresseerd is. Vervolgens kunnen op de websites van andere partijen (bijvoorbeeld van nationale of internationale kranten) na verloop van een paar dagen advertenties worden getoond aan de desbetreffende internetgebruiker voor die specifieke reis (of andere mogelijke voor de internetgebruiker interessante reizen). Dit laatste wordt mogelijk gemaakt omdat deze websites toestaan dat YD (tracking) cookies plaatst en/of uitleest. Deze praktijk wordt *retargeting* genoemd.

Ten slotte blijkt uit het rapport dat YD het technisch mogelijk maakt dat verschillende partijen waarmee zij samenwerkt, bijvoorbeeld advertentienetwerken, eigen cookies kunnen plaatsen op de randapparatuur van de internetgebruiker.

Analyse van het CBP

Het onderzoek van het CBP concentreert zich voornamelijk op de volgende vragen:

- I. Zijn de gegevens die YD verzamelt en verwerkt persoonsgegevens zoals ge-

definieerd in artikel 1, aanhef en onder a, Wbp?

- II. Voldoet YD aan de cookieregels, uiteengezet in artikel 11.7a Telecommunicatiewet (Tw)?
- III. Heeft YD een grondslag voor de verwerkingen van persoonsgegevens die samenhangen met en voortvloeien uit het plaatsen en lezen van cookies (artikel 8 Wbp): *ondubbelzinnige toestemming* van de internetgebruiker of verwerking is noodzakelijk voor de *behartiging van het gerechtvaardigd belang* van YD?

I. Verwerkt YD persoonsgegevens?

YD betoogt dat zij geen persoonsgegevens verwerkt in het kader van de *online behavioural targeting* omdat de cookies die worden geplaatst geen persoonsgegevens bevatten zoals NAW-gegevens of e-mailadressen. Verder stelt YD dat alle gegevens die zij van een persoon heeft, volgens haar niet *herleidbaar* zijn tot een individu.

Het CBP volgt de zienswijze van YD niet. Het CBP concludeert in het rapport dat YD *tracking* cookies gebruikt en dat het rechtsvermoeden van toepassing is. Het CBP meent vervolgens dat YD er niet in slaagt om het rechtsvermoeden neergelegd in artikel 11.7a, eerste lid, laatste volzin Tw te weerleggen. Op grond van artikel 11.7a, eerste lid, laatste volzin Tw wordt het plaatsen of uitlezen van cookies dat tot doel heeft gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of de abonnee te verzamelen, combineren of analyseren voor commerciële, charitatieve of ideële doeleinden *vermoed* een verwerking van persoonsgegevens te zijn in de zin van artikel 1, onder b Wbp. Volgens het CBP heeft het plaatsen of uitlezen van (tracking) cookies door YD tot doel per gebruiker gegevens over het gebruik van/bezoek aan verschillende websites (dit zijn diensten van de informatiemaatschappij) door de tijd te verzamelen, om vervolgens een interesseprofiel op te stellen die YD in staat stelt online gepersonaliseerde advertenties aan die gebruiker te kunnen tonen. Kortom, het rechtsvermoeden is van toepassing en het is aan YD om te bewijzen dat zij geen persoonsgegevens verwerkt.

Het loutere feit dat de cookies geen NAW-gegevens of e-mailadressen *bevatten*, maakt niet dat de tracking cookies geen persoonsgegevens zijn, aldus het CBP. Ook de stelling van YD dat alle gegevens die zij van een persoon heeft *niet herleidbaar zijn* tot een individu, weerlegt het CBP. YD stelt dat zij geen persoonsgegevens verwerkt maar het CBP vindt van wel. Een persoonsgegeven is krachtens artikel 1, onder a, definieert een persoonsgegeven 'elk gegeven *betreffende* een geïdentificeerde of *identificeerbare* persoon'. Hoe luidt de redenering van het CBP om te concluderen dat YD wel gegevens *betreffende* een *identificeerbare* natuurlijke persoon verwerkt?

Het CBP geeft in het rapport aan dat het surfgedrag, de daaruit afgeleide interesses, het IP-adres, (de instellingen van de randapparatuur) en de aan de gebruiker getoonde advertenties, gegevens *betreffende* natuurlijke personen zijn.

Vervolgens gaat het CBP in op het element van de *identificeerbaarheid*. Met andere woorden zijn de cookie - en bijkomende gegevens redelijkerwijs te herleiden tot een *identificeerbare* natuurlijke persoon? Hieronder zet ik op een rij ten aanzien van de verschillende gegevens waarom het CBP vindt dat het *wél* persoonsgegevens zijn. Soms zet ik ook een kritische kanttekening bij de motivering gegeven door het CBP.

- Het CBP vindt dat wanneer **surfgedrag kan worden gekoppeld aan een uniek nummer**, zoals bij het gebruik van cookies, dat er doorgaans sprake is van een *geïndividualiseerd* persoon. Daardoor dienen die surfgegevens te worden aangemerkt als persoonsgegevens. De vraag of surfgedrag gekoppeld aan een uniek nummer ook daadwerkelijk identificatie toelaat van de internetgebruiker wordt door het CBP in het midden gelaten: individualiseren ('single out') in plaats van identificeren lijkt voldoende, aldus CBP.
- Ten aanzien van het **IP-adres** gaat het CBP ervan uit dat, omdat het IP-adres voor een Internet Service Provider (ISP) een persoonsgegeven is én omdat de definitie van persoonsgegevens uitgaat van identificeerbaarheid voor de verant-

woordelijke of enig ander, IP-adressen persoonsgegevens zijn. De vraag of voor YD het IP-adres zonder evenredige inspanning te herleiden is tot een identificeerbare natuurlijke persoon of de internetgebruiker wordt in het geheel niet gesteld en dus ook niet beantwoord. Verder stelt het CBP dat de hashing van het IP-adres niet voldoende is om van een persoonsgegeven een anoniem gegeven te maken (welke verwerking dan buiten de reikwijdte van de Wbp zou vallen). Het is volgens het CBP vrij makkelijk op een opzoektabel te maken met alle IP-adressen en bijbehorende hashwaarden. Daardoor is de hashwaarde weer te herleiden tot het IP-adres; waarvan door het CBP simpelweg wordt aangenomen dat het een persoonsgegeven is.

- Vervolgens stelt het CBP dat de **verwerking van gegevens** geschiedt voor het kunnen **'targeten' van gepersonaliseerde advertenties**. Gegevensverwerkingen voor een dergelijk doeleinde hebben slechts nut als die het mogelijk maken specifieke personen te *identificeren*. Het CBP vindt dat YD wordt geacht reële middelen te hebben om de internetgebruikers te identificeren. Welke deze reële middelen zijn, wordt in het rapport niet uiteengezet. Ook is het merkwaardig dat het CBP hier verwijst naar identificeren en niet 'individualiseren'. Voor een partij als YD - die achter de schermen van het internet opereert - is het wellicht nog mogelijk om een internetgebruiker te 'individualiseren' (bijvoorbeeld internetgebruiker met cookie 123 waaraan op basis van surfgedrag bepaalde interesses kunnen worden toegedicht) maar ik vraag me af of een partij als YD de internetgebruiker ook daadwerkelijk kan identificeren. Dit nuanceverschil komt niet naar voren in het rapport.

Het CBP concludeert in het rapport dat YD in het kader van de *online behavioural targeting* persoonsgegevens verwerkt. Deze verwerking moet voldoen aan eisen van de Wbp. Volgens het CBP handelt YD in strijd met artikel 8 Wbp. Onder III zet ik uiteen hoe het CBP tot die conclusie komt.

II. Voldoet YD aan de cookieregels?

Het CBP stelt vast dat YD *tracking* cookies plaatst en uitleest in de randapparatuur van

bezoekers aan de websites binnen haar bereik. Op grond van artikel 11.7a, eerste lid Tw moet YD daarvoor de voorafgaande geïnformeerde toestemming van de internetgebruiker hebben verkregen.

Volgens het CBP zijn de huidige en toekomstige uitzonderingen op de toestemmingsvereiste niet van toepassing.

- 1) Het betreft immers geen cookies die uitsluitend tot doel hebben de 'communicatie over het elektronisch communicatienetwerk' uit te voeren. Het werken van de websites is niet afhankelijk van deze cookies.
- 2) De door YD gebruikte advertentiecookies zijn niet noodzakelijk voor een door de internetgebruiker 'gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren'. Immers, YD toont de gepersonaliseerde advertenties niet op verzoek van de internetgebruiker.
- 3) Evenmin is de uitzondering voorgesteld in het wetvoorstel tot wijziging van artikel 11.7a Tw, van toepassing om het door YD gebruikte cookies. Als deze uitzondering van kracht wordt, zijn van de toestemmingsvereiste uitgezonderd die cookies die 'geen of geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer' van de internetgebruiker en gebruikt worden om informatie te verkrijgen over de 'kwaliteit of effectiviteit' van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij. Tracking cookies die worden gebruikt om het surfgedrag te volgen, vallen buiten de reikwijdte van deze uitzondering.

Kortom, het CBP concludeert dat YD geen toestemming vraagt en verkrijgt voor het plaatsen en uitlezen van de door YD gebruikte tracking cookies, waar dit wel moest.

Wat mij opvalt in het rapport dat het CBP heeft vastgesteld dat YD de tracking cookies al plaatst bij het laden van een pagina, maar dat niet in detail door het CBP is onderzocht of de vereiste toestemming wellicht is verkregen via de websites van adverteerders (bijvoorbeeld via de cookie banner aanwezig op de website van bijvoorbeeld Transavia) of via de websites van andere partijen waarmee YD samenwerkt (bijvoorbeeld omdat YD wordt ver-

meld in het cookie statement aanwezig op de websites van één van de grote dagbladen). Enkel analyseert het CBP de via Evidon aangeboden opt-out functionaliteit (dit is het blauwe driehoekje aanwezig in de advertenties) om de concluderen dat dit geen voorafgaande toestemming is (immers, een opt-out is geen opt-in!). Gelet op de gangbare praktijk dat de toestemming vereist op grond van artikel 11.7a, eerste lid Tw voor partijen als YD - onder andere - wordt verkregen via websites van anderen (zoals de dag- en weekbladenuitgevers), stel ik mij de vraag waarom niet nader is onderzocht door het CBP of YD wellicht op deze manier wél de toestemming heeft verkregen.

III. Heeft YD een grondslag voor de verwerkingen van persoonsgegevens die samenhangen met en voortvloeien uit het plaatsen en lezen van cookies?

Het CBP stelt in het rapport vast dat bij het plaatsen en uitlezen van de tracking cookies sprake is van een verwerking van persoonsgegevens. Daarom dient YD niet alleen te voldoen aan de eisen van artikel 11.7a Tw maar daarnaast dient YD ook een grondslag te hebben voor deze verwerking van persoonsgegevens. De mogelijke grondslagen staan opgesomd in artikel 8 Wbp. Volgens het CBP is de enige grondslag waarop de met de tracking samenhangende (daaronder ook begrepen: de daaruit resulterende) verwerking van persoonsgegevens kan worden gebaseerd, de ondubbelzinnige toestemming.

In het hiernavolgende licht ik ten eerste toe waarom het CBP de ondubbelzinnige toestemming als enige mogelijke grondslag ziet voor dit soort verwerkingen van persoonsgegevens. Ten tweede, zet ik ook de motivering van het CBP op een rij waarom zij vindt dat het beroep van YD op het gerechtvaardigd (bedrijfs)belang niet kan slagen in het onderhavige geval.

In een notendop concludeert het CBP dat YD de gegevensverwerkingen enkel kan baseren op de ondubbelzinnige toestemming (en dus *niet* op een andere grondslag). De motivatie luidt als volgt: 'aangezien het plaatsen/lezen en de verwerking van gegevens via tracking cookies en het

doel ervan (te weten: online behavioural targeting mogelijk maken) nauw verbonden zijn, heeft het toestemmingsvereiste uit de Tw niet alleen betrekking op dit plaatsen of uitlezen van cookies maar werkt dit vereiste tevens door in de gegevensverwerking (en) die daarmee samenhangen en daaruit voortvloeien. Gelet op de bedoeling van de Europese wetgever om een gelijk beschermingsniveau te bieden tussen de lidstaten en de e-Privacyrichtlijn een specificatie en een aanvulling vormt op de Privacyrichtlijn en de overlap van de definities toestemming/ondubbelzinnige toestemming, kan YD voor de met de tracking cookies samenhangende (daaronder mede begrepen: de daaruit resulterende) verwerking van persoonsgegevens alleen een beroep doen op de grondslag ondubbelzinnige toestemming.' Met deze motivering lijkt het CBP een stap verder te gaan dan de minister in de Memorie van Toelichting op de voorgestelde wijziging op artikel 11.7a Tw.¹ De minister heeft in de toelichting benadrukt dat de ondubbelzinnige toestemming één van de mogelijke grondslagen is. Maar daarmee lijkt de minister ook nog ruimte te laten voor een andere grondslag, in het bijzonder: omdat de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke of een derde, tenzij de privacybelangen van de betrokkene prevaleren.

Het CBP ziet in het onderhavige geval geen ruimte om de gegevensverwerking ondernomen door YD op haar gerechtvaardigd belang te kunnen baseren. Ten eerste, zoals uiteengezet in het bovenstaande, vindt het CBP dat YD voor de onderhavige verwerking van persoonsgegevens onvermijdelijk de ondubbelzinnige toestemming van de internetgebruiker nodig heeft, vanwege de samenhang met de Tw. Ten tweede, vindt het CBP dat YD niet voldoet aan de vereisten voor een succesvol beroep op een gerechtvaardigd bedrijfsbelang dat boven het belang van de betrokken internetgebruiker gaat. De redenen daarvoor zijn de volgende: (1) omdat YD niet voldoet aan de toestemmingsvereiste van artikel 11.7a Tw, handelt YD niet in overeenstemming met de wet in brede zin én daarom alleen al heeft YD geen gerechtvaardigd belang. (2) De afweging van belangen tussen YD en de internetgebruiker

ker, valt uit in het nadeel van YD vanwege de impact van de gegevensverwerking op de internetgebruiker. Deze impact leidt het CBP af uit de volgende omstandigheden. De gegevensverwerking heeft gedeeltelijk betrekking op gegevens van gevoelige aard, het surfgedrag. De URL's die worden verzameld zeggen iets over de inhoud van de communicatie en raken daarmee aan de telecommunicatievrijheden én aan de grondrechten. De gegevensverwerking is grotendeels onzichtbaar voor de internetgebruikers. Door het ontbreken van transparantie (bijvoorbeeld, informatie) kunnen de internetgebruikers verrast worden door advertenties die hen op het web volgen. Dit terwijl het belang om te kunnen surfen zonder gevolgd te worden de online communicatievrijheid raakt. Ten slotte, stelt YD derde partijen ook in staat om cookies voor advertentiedoeleinden te plaatsen. Hierdoor worden internetgebruikers en hun surfgedrag bij een groot aantal partijen bekend. Dit raakt niet alleen aan de online communicatievrijheid maar levert ook een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruikers op. Bij een dergelijke inbreuk kan volgens het CBP geen sprake zijn van een gerechtvaardigd bedrijfsbelang dat boven het privacybelang van de internetgebruikers gaat. Ook biedt YD geen extra waarborgen tegenover deze inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, bijvoorbeeld door transparanter te zijn. Kortom, het CBP concludeert dat YD in strijd handelt met artikel 8 Wbp omdat YD geen grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens heeft. Immers, YD heeft nagelaten de ondubbelzinnige toestemming van de internetgebruikers te verkrijgen.

Conclusie & tips

De conclusie van het CBP is simpel: YD handelt in strijd met (a) artikel 11.7a Tw omdat geen toestemming is gevraagd voor het plaatsen en uitlezen van de tracking cookies én (b) artikel 8 Wbp omdat geen ondubbelzinnige toestemming is verkregen voor de verwerkingen van persoonsgegevens in het kader van de *online behavioural targeting*. YD zal nu vervolgens in een hoorzitting haar zienswijze nogmaals naar voren kunnen brengen en dan pas zal het CBP zich beramen over eventuele maatregelen.

Gelet op het bovenstaande geef ik enkele tips voor alle partijen die tracking cookies gebruiken:

- (a) iedere adverteerder, publisher of intermediair (bijvoorbeeld, de advertentienetwerken maar ook gelijksoortige partijen) die op een eigen website dan wel op een website van een ander tracking cookies plaatst of uitleest, moet daartoe de voorafgaande (impliciete) toestemming van de internetgebruiker hebben verkregen. Als één van de voornoemde partijen niet in de gelegenheid is om toestemming te verkrijgen van de internetgebruiker omdat er geen rechtstreeks contact is, zijn afspraken nodig met de publisher en/of adverteerder om de benodigde toestemming te verkrijgen.
- (b) als de tracking cookies worden gebruikt voor *online behavioural targeting* moet tegelijkertijd de toestemming worden verkregen met de daarmee verband houdende verwerkingen van persoonsgegevens. De partij die aan *online behavioural targeting* doet, zal een adequaat informatie- en toestemmingsmechanisme moeten uitrollen. Mogelijkerwijs kan de toestemming met het cookiegebruik in één adem met de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens worden gevraagd (bijvoorbeeld via de banner op de website).

Noot:

1. Kamerstukken II 2013-2014, 33 902, nr. 3