

AAN YD Display Advertising Benelux B.V.

DATUM 17 april 2015

ONS KENMERK z2014-00387

CONTACTPERSOON

UW BRIEF VAN

UW KENMERK

ONDERWERP Last onder dwangsom
OPENBARE VERSIE

Samenvatting

1. Het College bescherming persoonsgegevens (CBP) heeft ingevolge artikel 60 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) ambtshalve onderzoek gedaan naar de verwerking van persoonsgegevens door YD Display Advertising Benelux B.V. (verder: Yieldr) voor *online behavioural targeting*. Naar aanleiding van dit onderzoek heeft het CBP besloten om op grond van artikel 65 van de Wbp in samenhang gezien met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een last onder dwangsom op te leggen.
2. Het CBP heeft geconstateerd dat Yieldr in strijd handelt met artikel 8 van de Wbp doordat zij persoonsgegevens verwerkt voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties op grond van eerder surfgedrag zonder dat de betrokkenen voor de verwerking hun ondubbelzinnige toestemming hebben verleend.
3. De last bestaat uit een maatregel die binnen de in dit besluit genoemde begunstigingstermijn dient te zijn nageleefd. Bij niet naleving is Yieldr een dwangsom verschuldigd van € 25.000,-- voor iedere week of een gedeelte daarvan dat de maatregel niet geheel is uitgevoerd, met een maximum van € 500.000,--.
4. Het CBP baseert deze last onder dwangsom (verder: het dwangsombesluit) op het rapport definitieve bevindingen (verder: het rapport) dat op 27 maart 2014 aan Yieldr is toegezonden (met corrigendum van 29 april 2014).
5. Met het dwangsombesluit beoogt het CBP dat Yieldr, als overtreder, de geconstateerde overtreding beëindigt.

1. Verloop van de procedure

6. Op 27 maart 2014 heeft het CBP het rapport (met corrigendum van 29 april 2014) vastgesteld en aan Yieldr gezonden. De openbare versie van het rapport is op 13 mei 2014 gepubliceerd op de website van het CBP.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

7. Het CBP heeft Yieldr bij brief van 27 mei 2014 in kennis gesteld van zijn voornemen om handhavend op te treden en Yieldr in de gelegenheid gesteld mondeling of schriftelijk haar zienswijze naar voren te brengen.
8. Yieldr heeft op 26 juli 2014 schriftelijk gereageerd op het voornemen om een last onder dwangsom op te leggen. Op 11 augustus 2014 heeft de hoorzitting plaatsgevonden.
9. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat bij brief van 18 augustus 2014 aan Yieldr is gezonden. Bij e-mail van 25 augustus 2014 heeft Yieldr gereageerd op het concept-hoorzittingsverslag. Bij brief van 26 augustus 2014 heeft het CBP het definitieve verslag van de hoorzitting aan Yieldr gezonden.
10. [VERTROUWELIJK]
11. [VERTROUWELIJK]
12. [VERTROUWELIJK]
13. [VERTROUWELIJK]
14. [VERTROUWELIJK]
15. [VERTROUWELIJK]

2. Onderzoek van het CBP

16. Aanleiding voor dit dwangsbesluit vormt de overtreding zoals vastgesteld in het rapport van 27 maart 2014 (met corrigendum van 29 april 2014).
17. Het CBP heeft het gebruik van cookies en de verwerking van gegevens voor online behavioural targeting door Yieldr onderzocht en in het rapport geconstateerd dat:
 - Yieldr onder andere met behulp van zogenoemde tracking cookies informatie verzamelt over welke banner-advertenties website bezoekers hebben gezien en of zij de website van een klant van Yieldr, de adverteerder, hebben bezocht;
 - Yieldr de gegevens verwerkt met als doel het tonen van gepersonaliseerde online advertenties;
 - Yieldr hierbij persoonsgegevens verwerkt als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, van de Wbp;
 - Yieldr voor deze verwerking de verantwoordelijke is als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder d, van de Wbp;
 - Yieldr persoonsgegevens verwerkt voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties op grond van eerder surfgedrag zonder dat de betrokkenen voor de verwerking hun ondubbelzinnige toestemming hebben verleend;

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

- ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp voor deze verwerking de enige mogelijke van de in artikel 8 van de Wbp genoemde verwerkingsgrondslagen is;
- Yieldr aldus persoonsgegevens verwerkt zonder dat hiervoor een toereikende, door artikel 8 van de Wbp vereiste verwerkingsgrondslag bestaat.

18. Het CBP concludeert op basis van zijn onderzoek dat Yieldr hierdoor artikel 8 van de Wbp, gelezen in samenhang met artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (Tw), overtreedt.

3. Overige relevante feiten en omstandigheden

Informatievoorziening door Yieldr

19. Yieldr heeft, desverklaard zonder aanvaarding van enige gehoudenheid daartoe, per 1 december 2014 haar 'Informatie over cookies, privacy en opt-out' (verder: Privacy informatie) op haar website (<http://www.yieldr.com/privacy-nl.html>) aangepast door te vermelden dat er een 'tot een persoon herleidbaar profiel' wordt opgesteld, en dat zij 'in voorkomende gevallen persoonsgegevens verwerkt'.

20. [VERTROUWELIJK]

21. De Minister van Economische Zaken heeft de Tweede Kamer geïnformeerd dat het streven is om in de eerste helft van 2015 te komen tot een eerste resultaat in de vorm van een standaard en dat de bevoegde toezichthouders, Autoriteit Consument & Markt (ACM) en het CBP, hebben toegezegd bij te willen dragen aan het door het ministerie en ECP geïnitieerde overleg.¹

Wijziging artikel 11.7a van de Tw

22. Het voorstel tot wijziging van artikel 11.7a van de Tw (Kamerstukdossier 33 902) is op 7 oktober 2014 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. De Eerste Kamer heeft het voorstel op 3 februari 2015 zonder stemming aanvaard. Het nieuwe artikel 11.7a van de Tw is op 11 maart 2015 in werking getreden.²

4. Wettelijk kader

23. Het relevante wettelijk kader is opgenomen in bijlage I van dit dwangsbesluit.

5. Zienswijze Yieldr

¹ Kamerstukken II 2014/15, 24 095, nr. 378.

² http://wetten.overheid.nl/BWBR0009950/Hoofdstuk11/111/Artikel117a/geldigheidsdatum_11-03-2015;

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2015-101.html>

DATUM 17 april 2015

ONS KENMERK z2014-00387

24. De zienswijze van Yieldr, met reactie van het CBP, is opgenomen in bijlage II van dit dwangsbesluit.

6. Overwegingen van het CBP

6.1 Persoonsgegevens

25. Voor de conclusie dat Yieldr persoonsgegevens verwerkt in de zin van de Wbp doet het CBP primair een beroep op het rechtsvermoeden in artikel 11.7a, vierde lid, van de Tw.
26. Gezien het bepaalde in artikel 11.7a, vierde lid, van de Tw leidt het gebruik van tracking cookies tot het vermoeden dat persoonsgegevens worden verwerkt. In verband hiermee wijst het CBP op het volgende.
27. Het CBP is bij de toetsing van artikel 11.7a Tw uitgegaan van de volgende feiten. Yieldr bemiddelt tussen haar klanten, adverteerders, en uitgevers van websites (verder: *publishers*) bij het plaatsen van online advertenties. Zij zorgt ervoor dat advertenties van de adverteerders op de websites van publishers worden geplaatst. Yieldr is onder andere actief in Nederland.
28. Yieldr gebruikt cookies om de meest relevante banner-advertenties te kunnen tonen aan de meest relevante gebruiker voor haar klanten, de adverteerders. Cookies zijn kleine tekstbestanden die worden geplaatst en gelezen in het randapparaat (PC/laptop/tablet/smartphone) van een gebruiker als hij een internetpagina bezoekt. Het gaat dan om websites waarvan Yieldr met de aanbieder (of een tussenpersoon) is overeengekomen dat zij via die website cookies mag plaatsen/lezen.
29. De cookie tuuid, geplaatst vanuit het domein 254a.com (Yieldr), bevat een uniek user ID op basis waarvan Yieldr bij kan houden welke banner-advertenties de gebruiker heeft gezien en of hij de website van een bepaalde adverteerder heeft bezocht. De cookie tuuid kent een levensduur van 30 dagen na het laatste contact met het 254a.com domein. Yieldr gebruikt de met de cookie verkregen informatie om haar banners zoveel mogelijk aan te passen aan de (mogelijke) interesses van website bezoekers. Dit houdt in dat Yieldr in de dagen nadat een gebruiker een bezoek heeft gebracht aan de website van de adverteerder banner-advertenties van die adverteerder laat zien, om de gebruiker eraan te herinneren dat hij op de website van die adverteerder is geweest. Soms past Yieldr op basis van door de adverteerder bepaalde algemene regels de inhoud van de banner-advertentie aan.
30. Het doorslaggevende criterium³ voor de toepasselijkheid van het rechtsvermoeden van artikel 11.7 a van de Tw is of de gebruiker door het gebruik van de cookies anders behandeld kan worden. Dat wil zeggen: of de plaatser van de cookies onderscheid kan maken tussen gebruikers en of aan dat onderscheid gevolgen voor de gebruiker kunnen worden verbonden (bijvoorbeeld

³ In de wetsgeschiedenis wordt de term 'anders behandelen' ook wel gelijkgesteld met 'profielen kunnen maken'. Zie o.a. *Handelingen II* 2014/15, 33 902, nr. 9, item 4, p. 20.

DATUM 17 april 2015

ONS KENMERK z2014-00387

het aanbieden of juist onthouden van bepaalde informatie of aanbiedingen).

31. Tracking cookies als bedoeld in artikel 11.7a, vierde lid, van de Tw zijn cookies die gebruikt worden voor het verzamelen, combineren of analyseren van gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of de abonnee. Daarvan is sprake als het gedrag van een gebruiker door de tijd heen kan worden gevolgd, op meerdere websites⁴, en daarmee een profiel kan worden opgesteld van zijn interesses. Dergelijke profielen worden opgesteld om gebruikers anders te behandelen in het maatschappelijke verkeer, zoals het aanbieden of juist onthouden van bepaalde informatie of aanbiedingen. De cookie tuuid is dan ook een tracking cookie in de zin van voornoemd artikel van de Tw en daarom is het rechtsvermoeden van toepassing op de gegevensverwerking door Yieldr.
32. Subsidiair overweegt het CBP voor de conclusie dat Yieldr persoonsgegevens verwerkt als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, van de Wbp dat sprake is van gegevens betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.
33. Het CBP is daarbij uitgegaan van de volgende feiten. Naast de hierboven genoemde cookiegegevens verzamelt en verwerkt Yieldr nog de volgende soorten gegevens per banner advertentie: de URL van de bezochte website, gegevens over de gebruikte browser (soort browser en versie), het gebruikte soort apparaat (PC/laptop of tablet/smartphone), de versie en taal van het gebruikte besturingssysteem, en geografische gegevens op basis van het IP-adres. Het IP-adres zelf wordt 'versleuteld' (gehasht⁵) bewaard. Als een gebruiker op de website van de adverteerder een product of dienst heeft gekocht (conversie), [VERTROUWELIJK] Yieldr bewaart verzamelde gegevens maximaal 90 dagen. Hierop zijn twee uitzonderingen: de gegevens die betrekking hebben op conversies, waarvoor een langere bewaartermijn geldt, en de hash van het IP-adres, dit wordt niet langer dan 24 uur bewaard.
34. Gegevens betreffen een bepaalde persoon als ze naar hun aard betrekking hebben op een persoon, zoals feitelijke of waarderende gegevens over eigenschappen, opvattingen of gedragingen of - gezien de context waarin ze worden verwerkt - medebepalend zijn voor de wijze waarop de betrokken persoon in het maatschappelijk verkeer wordt beoordeeld of behandeld.⁶
35. Yieldr laat bepaalde informatie of aanbiedingen (banner-advertenties) zien aan een gebruiker om de betrokkene eraan te herinneren dat hij op de website van die adverteerder is geweest. De banner-advertenties zijn aangepast op basis van zijn surfgedrag in de dagen daarvoor, waarin de

⁴ In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 11.7a van de Tw wordt de term 'website' gelijkgesteld met 'dienst van de informatiemaatschappij' (*Kamerstukken II 2013/14*, 33 902, nr. 3, p. 4). Het aangenomen amendement van het lid Klever dat regelt dat websites van publieke instellingen geen gebruik mogen maken van zogeheten cookiemuren hanteert hetzelfde uitgangspunt (*Kamerstukken II 2014/15*, 33 902, nr. 8).

⁵ Hashen is een wiskundige bewerking die van informatie (bijvoorbeeld tekst) een unieke hashcode maakt die altijd even lang is (bijvoorbeeld 128 bits). Het maakt daarbij niet uit hoe lang de oorspronkelijke tekst is.

⁶ Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 46-47.

DATUM 17 april 2015

ONS KENMERK z2014-00387

betrokkene een bezoek heeft gebracht aan de website van de adverteerder. De verwerkte gegevens zijn aldus mede bepalend voor de wijze waarop hij wordt behandeld. Het zijn dan ook gegevens *betreffende* een natuurlijke persoon.

36. Een persoon is identificeerbaar als zijn identiteit direct of via nadere stappen, door gegevens die op zichzelf of in combinatie met andere gegevens zo kenmerkend zijn voor zijn persoon, zonder onevenredige inspanning *kán* worden vastgesteld (bekend *kán* worden) via middelen die zijn in te zetten door de verantwoordelijke dan wel enig ander persoon.⁷ Twee factoren spelen een rol bij de vraag naar de identificeerbaarheid: (i) de aard van de gegevens en (ii) de mogelijkheden om de identificatie tot stand te brengen.
37. De gegevens in de dataset (het onderzochte geheel of de verzameling van gegevensrecords betreffende de betrokken personen) zijn in combinatie met elkaar voldoende uniek om een persoon of kleine groep personen te individualiseren, zodat koppeling of vergelijking met andere informatie mogelijk is. De dataset bevat bijvoorbeeld nummers om een persoon uniek te individualiseren of een apparaat uniek te identificeren. Zulke nummers of andere gegevens om een apparaat uniek te identificeren (IP-adres, cookie nummer etc.) kunnen indirect identificerend voor de gebruiker zijn.⁸
38. Er kan daarnaast via deze nummers een koppeling of vergelijking worden gemaakt met andere beschikbare of nog te verzamelen identificerende gegevens bij Yieldr dan wel enig andere persoon of instelling. Het gaat dan bijvoorbeeld om conversie- en aankoopgegevens bij de adverteerder en klantgegevens bij de Internet Service Provider (ISP) van de betrokkene. De gegevens kunnen aldus in onderlinge combinatie of in samenhang met uit andere bron bekende informatie zonder onevenredige inspanning aan de betrokkene worden gerelateerd door Yieldr dan wel enig ander persoon. Het zijn dan ook gegevens betreffende een *identificeerbare* persoon.

6.2 Overtreding

39. Uit het rapport volgt onder meer dat bij het laden van de internetpagina van een aanbieder met wie Yieldr is overeengekomen dat zij via die website cookies mag plaatsen/lezen, Yieldr direct tracking cookies in het randapparaat van een gebruiker plaatst. Het is inherent aan deze plaatsingsmethode dat vooraf geen informatie en instemmings- of weigeringsmogelijkheid worden gegeven. Yieldr biedt wel achteraf een weigeringsmogelijkheid, waarmee de gebruiker kan aangeven dat hij wil dat Yieldr niet langer cookies plaatst om hem gepersonaliseerde advertenties te laten zien.⁹
40. Om te kunnen vaststellen dat er sprake is van *ondubbelzinnige* toestemming als bedoeld in artikel

⁷ Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 47-50.

⁸ Zie o.a. HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (Scarlet/SABAM), r.o. 51 over het IP-adres.

⁹ Door 'Advertentiepersonalisering' door 'Yieldr (formerly YD Group B.V.)' uit te zetten, http://info.evidon.nl/more_info/12278 en <http://info.evidon.nl/companies/yieldr-formerly-yd-group-bv?eacaid=0&n=12278> (4 maart 2015).

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

8, aanhef en onder a, van de Wbp is verder van belang dat er geen twijfel bestaat over de vraag of de betrokkene toestemming heeft gegeven. Dat betekent dat duidelijk moet zijn dat hij een keuze heeft gehad om in te stemmen of te weigeren. Die keuze kan, bijvoorbeeld, duidelijk worden geboden door naast de mogelijkheid om in te stemmen met het gebruik van cookies (zoals verder surfen op de website of het aanklikken van een ja-knop) ook de mogelijkheid te bieden om duidelijk te maken dat geen toestemming wordt gegeven met een nee-knop.¹⁰

41. Om toestemming van de betrokkene als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp te kunnen afleiden uit het aanklikken van overige onderdelen van de website is vereist dat de bezoeker op het moment dat hij doorsurft duidelijk en volledig is geïnformeerd over de cookieplaatsing en de daarmee gepaard gaande verwerking van persoonsgegevens en het feit dat hij door verder te surfen toestemming geeft voor deze verwerking van persoonsgegevens. Bovendien is het van belang dat pas na een dergelijke actieve handeling sprake kan zijn van toestemming.¹¹
42. Als de gebruiker verder surft zonder dat hij heeft aangegeven dat hij wil dat Yieldr niet langer cookies plaatst om hem gepersonaliseerde advertenties te laten zien, dan mag in casu niet worden aangenomen dat er toestemming is gegeven. De reden hiervoor is dat er vóór de cookieplaatsing en de daarmee gepaard gaande verwerking van persoonsgegevens door Yieldr, geen afdoende informatie over het plaatsen en lezen van de cookies wordt gegeven en daarbij expliciet op een duidelijk zichtbare plaats wordt meegedeeld dat hij door verder te surfen toestemming geeft voor deze verwerking van persoonsgegevens. De informatie in het Evidon/Ghostery 'opt-out' venster en de wijze waarop de gebruiker via dat venster op de weigeringsmogelijkheid wordt gewezen, voldoet volgens het rapport niet aan de voornoemde eisen van artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp.
43. Het CBP neemt verder in aanmerking dat Yieldr weliswaar zelf geen rechtstreeks contact met de gebruiker heeft, maar dat zij bijvoorbeeld de desbetreffende websitehouder informatie kan laten geven en toestemming kan laten vragen voor de cookieplaatsing en de daarmee gepaard gaande verwerking van persoonsgegevens door Yieldr, via zijn website. Technisch is het mogelijk uitsluitend met toestemming van de gebruiker tracking cookies te gebruiken. Overigens is het mogelijk om banner-advertenties te plaatsen zonder tracking cookies te gebruiken.

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 14; Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 6, p. 9.

¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 12 e.v.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

44. Dat de gebruiker de standaardinstellingen van de browser dat cookies worden geaccepteerd niet heeft aangepast, kan niet worden gezien als een uiting van een geïnformeerde, bewuste keuze van de gebruiker en zal dus niet kunnen worden gezien als toestemming in de zin van artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp. Te meer niet omdat de beschikbare browsers standaard zijn ingesteld op het accepteren van cookies.¹² Artikel 11.7a, eerste lid, van de Tw zou overigens praktisch zinledig zijn, als een 'automatische instemming' gegenereerd door de browser voldoende zou kunnen zijn.
45. De conclusie is dan ook dat Yieldr, gezien het rapport, persoonsgegevens verwerkt zonder dat hiervoor een toereikende verwerkingsgrondslag bestaat. Daarmee overtreedt Yieldr artikel 8 van de Wbp.

Nieuwe feiten

46. Na het vaststellen van het rapport heeft het CBP de volgende nieuwe feiten vastgesteld (naast de feiten die al eerder zijn genoemd in paragraaf 6.1 en 6.2 van dit dwangsbesluit). Yieldr biedt een effectieve en gebruiksvriendelijke 'opt-out' mogelijkheid voor het ontvangen van gepersonaliseerde advertenties. Het Evidon/Ghostery 'opt-out' venster bevat een link naar Yieldrs privacybeleid. Yieldr geeft via haar Privacy informatie in het Nederlands uitgebreide informatie voor gebruikers over cookies, privacy en opt-out. Yieldr informeert per 1 december 2014 via haar Privacy informatie dat er daartoe een 'tot een persoon herleidbaar profiel' wordt opgesteld, en dat zij 'in voorkomende gevallen persoonsgegevens verwerkt'.
47. Het CBP overweegt dat door deze aanpassing de informatievoorziening op de website van Yieldr en het aanbieden van de opt-out aan de betrokkene zijn verbeterd, maar dat dit nog niet leidt tot het teniet doen van de overtreding van artikel 8 van de Wbp door Yieldr, te weten het verwerken van persoonsgegevens zonder de vereiste ondubbelzinnige toestemming van betrokkene (zie verder Bijlage I).

6.3 Overtreder

48. Yieldr plaatst/leest zelf het tuuid cookie en Yieldr is verantwoordelijk voor de verwerking van gegevens door Yieldr (paragraaf 4.1 en bijlage 5 van het rapport); Yieldr betwist dit niet. Yieldr heeft zelfstandig de norm overtreden en zij is daarmee de overtreder.

6.4 Bevoegdheid CBP en handhavingsoverwegingen

49. De bevoegdheid van het CBP om een last onder dwangsom op te leggen volgt uit artikel 65 van de Wbp in samenhang gezien met artikel 5:32, eerste lid, van de Awb. Het CBP heeft besloten om van deze bevoegdheid gebruik te maken.
50. Het CBP merkt op dat artikel 8 van de Wbp door Yieldr structureel en op grote schaal wordt

¹² Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 16.

DATUM 17 april 2015

ONS KENMERK z2014-00387

overtreden.

51. Volgens vaste jurisprudentie zal, gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevegd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.¹³ Bijvoorbeeld wanneer de overtreding een incidenteel karakter heeft of in geval van geringe ernst van een overtreding.¹⁴
52. Niet gebleken is van bijzondere omstandigheden die aanleiding geven om van handhavend optreden af te zien. [VERTROUWELIJK] Er is geen sprake van een overtreding met een incidenteel karakter of van geringe ernst. Volgens vaste jurisprudentie biedt de omstandigheid dat handhavend optreden mogelijk ernstige financiële gevolgen heeft voor degene, ten laste van wie wordt gehandhaafd, geen grond voor het oordeel dat dit optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat het bestuursorgaan daarvan om die reden behoort af te zien.¹⁵ Voorts is van (zicht op) legalisatie is geen sprake.
53. Overigens brengt het nieuwe artikel 11.7a van de Tw geen verandering in de conclusie dat toestemming is vereist. In de wetsgeschiedenis wordt expliciet aandacht besteed aan re-targeting cookies, zoals hier aan de orde. Opgemerkt is: *“In de consultatie werd de vraag gesteld of remarketing cookies (beter bekend als retargeting cookies) onder de uitzondering vallen. Met een retargeting cookie wordt bijvoorbeeld aan iemand die eerder een webwinkel heeft bezocht zonder daar iets te kopen, op een andere website een advertentie getoond die is afgestemd op dat eerdere webwinkelbezoek. Met een retargeting cookie wordt met andere woorden de interesse van een internetgebruiker op basis van diens surfgedrag geregistreerd om daarop afgestemde advertenties te kunnen tonen. Dit maakt dat het gebruik van deze cookies meer dan geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer met zich meebrengt, waardoor zij niet onder de uitzondering vallen.”*¹⁶

6.5 Last onder dwangsom en begunstigingstermijn

54. Het doel van de last onder dwangsom is het beëindigen van de overtreding en het voorkomen van herhaling; dit volgt uit artikel 5:2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. De maatregel die het CBP aan Yieldr oplegt, is erop gericht dat de betrokkene vooraf een geïnformeerde keuze kan maken om al dan niet toestemming te geven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens door Yieldr, die gepaard gaat met of het gevolg is van het plaatsen en uitlezen van tracking cookies in zijn randapparaat (PC/laptop/tablet/smartphone), voor het doeleinde van het tonen van

¹³ Zie o.a. ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:532.

¹⁴ ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5601.

¹⁵ ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5957.

¹⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 22.*

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

gepersonaliseerde online advertenties.

55. Artikel 5:32b, derde lid, van de Awb schrijft voor dat de bedragen in redelijke verhouding staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom. Bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom wordt in het algemeen in aanmerking genomen dat de dwangsom een prikkel dient te zijn tot naleving van de last, ook in relatie tot de ernst van de overtredingen. De hoogte van de dwangsom mag dan niet hoger zijn dan toereikend is om de overtreder te bewegen normconform te handelen, zij het dat de dwangsom wel doeltreffend moet zijn.¹⁷ Bij een last onder dwangsom mag weliswaar de draagkracht van de overtreder geen rol spelen, maar de beoogde werking van de dwangsom brengt mee dat de hoogte van het te verbeuren bedrag mag worden afgestemd op de zwaarte van het geschonden belang en het met de overtreding te behalen financiële voordeel.¹⁸
56. [VERTROUWELIJK]
57. Gelet op het feit dat de dwangsom een prikkel dient te zijn tot naleving van de last; gelet op de hoogte van de omzet en winstcijfers van Yieldr in verband met de overtreding; gelet op het potentiële financiële voordeel dat Yieldr met de overtredingen behaalt; gelet het grote aantal betrokken Nederlandse internetgebruikers; gelet op de ernst van de overtredingen, is een dwangsom van € 25.000,-- per week en een maximale hoogte van de dwangsom van € 500.000,-- passend.
58. Artikel 5:32a, tweede lid, van de Awb bepaalt dat een termijn wordt gesteld 'gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd'. In de wetsgeschiedenis wordt benadrukt dat deze termijn zo kort mogelijk moet zijn, maar wel lang genoeg om de last te kunnen uitvoeren.¹⁹ [VERTROUWELIJK] Gelet hierop geeft een begunstigingstermijn die loopt tot en met 1 oktober 2015 Yieldr voldoende tijd om aan de last te voldoen, [VERTROUWELIJK]

7 Dictum

59. Het CBP legt de volgende maatregel op:

Gelet op de in het rapport van 27 maart 2014 geconstateerde overtreding van artikel 8 van de Wbp, die nog steeds voortduurt, dient Yieldr haar werkwijze aan te passen zodat Yieldr voor het doeleinde van het tonen van gepersonaliseerde online advertenties slechts persoonsgegevens verwerkt die zijn verkregen nadat de betrokkene voor deze verwerking zijn

¹⁷ Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male (2011), p. 458.

¹⁸ Zie Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, art. 5:32b, aant. 4. Ook oordeelde het CBB in een bepaald geval (ECLI:NL:CBB:2011:BT6385) dat een dwangsom van 55.000 euro per dag met een maximum van 5.000.000 euro niet onevenredig hoog was gelet op de orde van grootte van het verschil in omzet dat werd gegenereerd met en zonder tariefsverhoging, dat in de miljoenen liep.

¹⁹ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p.163.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

ondubbelzinnige toestemming heeft verleend als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp.

Dwangsom en begunstigingstermijn

60. Indien Yieldr niet uiterlijk op 1 oktober 2015 de maatregel heeft uitgevoerd, verbeurt Yieldr een dwangsom van € 25.000,-- (zegge: vijftigduizend euro) per week of per gedeelte daarvan. De maximale dwangsom die Yieldr kan verbeuren is € 500.000,-- (zegge: vijfhonderdduizend euro).

8 Informatie over naleving van het dwangsbesluit

61. Het CBP verzoekt Yieldr tijdig vóór het einde van de begunstigingstermijn bewijsstukken aan het CBP toe te zenden waaruit blijkt dat tijdig en volledig aan de last is voldaan. Het tijdig overleggen van bewijsstukken laat overigens onverlet dat het CBP bevoegd is om een onderzoek, waaronder een onderzoek ter plaatse, in te stellen indien het dit dienstig voorkomt.

9 Rechtsmiddelen

62. Indien Yieldr het niet eens is met dit besluit, dan kan Yieldr binnen zes weken na verzending van dit besluit ingevolge artikel 7:1 van de Awb schriftelijk een bezwaarschrift indienen bij het CBP, Postbus 93374, 2509 AJ, Den Haag, Nederland, onder vermelding van "Awb-bezwaar" op de envelop.

Hoogachtend,
Het College bescherming persoonsgegevens,

Mr. J. Kohnstamm
Voorzitter

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

Bijlage I - wettelijk kader

Artikel 1 van de Wbp (voor zover relevant):

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. persoonsgegeven: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon;
- b. verwerking van persoonsgegevens: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens; (...)
- d. verantwoordelijke: de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of te zamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt;
- e. bewerker: degene die ten behoeve van de verantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt, zonder aan zijn rechtstreeks gezag te zijn onderworpen;
- f. betrokkene: degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft;
- g. derde: ieder, niet zijnde de betrokkene, de verantwoordelijke, de bewerker, of enig persoon die onder rechtstreeks gezag van de verantwoordelijke of de bewerker gemachtigd is om persoonsgegevens te verwerken; (...)
- i. toestemming van de betrokkene: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt; (...)
- k. het College bescherming persoonsgegevens of het College: het College als bedoeld in artikel 51; (...)
- n. verstrekken van persoonsgegevens: het bekend maken of ter beschikking stellen van persoonsgegevens;
- o. verzamelen van persoonsgegevens: het verkrijgen van persoonsgegevens; (...)

Artikel 8 van de Wbp:

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

- a. de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend;
- b. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van de betrokkene en die noodzakelijk zijn voor het sluiten van een overeenkomst;
- c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;
- d. de gegevensverwerking noodzakelijk is ter vrijwaring van een vitaal belang van de betrokkene;

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

- e. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, of
- f. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.

Artikel 51 van de Wbp (voor zover relevant):

1. Er is een College bescherming persoonsgegevens dat tot taak heeft toe te zien op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij en krachtens de wet bepaalde. Tevens houdt het College toezicht op de verwerking van persoonsgegevens in Nederland, wanneer de verwerking plaatsvindt overeenkomstig het recht van een ander land van de Europese Unie.
(...)

Artikel 60 van de Wbp (voor zover relevant):

1. Het College kan ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende, een onderzoek instellen naar de wijze waarop ten aanzien van gegevensverwerking toepassing wordt gegeven aan het bepaalde bij of krachtens de wet.
2. Het College brengt zijn voorlopige bevindingen ter kennis van de verantwoordelijke of de groep van verantwoordelijken die bij het onderzoek zijn betrokken en stelt hen in de gelegenheid hun zienswijze daarop te geven. Houden de voorlopige bevindingen verband met de uitvoering van enige wet, dan brengt het College deze tevens ter kennis van Onze Minister die het aangaat.
(...)

Artikel 61 van de Wbp (voor zover relevant):

1. Met het toezicht op de naleving als bedoeld in artikel 51, eerste lid zijn belast de leden en buitengewone leden van het College, de ambtenaren van het secretariaat van het College, alsmede de bij besluit van het College aangewezen personen.
(...)
4. Het College is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, voor zover het betreft de verplichting tot het verlenen van medewerking aan een bij of krachtens het eerste lid aangewezen ambtenaar.
(...)

Artikel 65 van de Wbp:

Het College is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de bij of krachtens deze wet gestelde verplichtingen.

Artikel 11.7a van de Tw, geldend vanaf 11 maart 2015 (voor zover relevant):

1. Onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens is het via een elektronisch communicatienetwerk opslaan van of toegang verkrijgen tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker, alleen toegestaan op voorwaarde dat de betrokken gebruiker:

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

a. is voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt, en

b. daarvoor toestemming heeft verleend.

(...)

3. Het bepaalde in het eerste lid is niet van toepassing indien het de opslag of toegang betreft:

a. met als uitsluitend doel de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren,

b. die strikt noodzakelijk is om de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren of – mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker – om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij.

4. Een handeling als bedoeld in het eerste lid, die tot doel heeft gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of de abonnee te verzamelen, combineren of analyseren zodat de betrokken gebruiker of abonnee anders behandeld kan worden, wordt vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn, als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet bescherming persoonsgegevens.

Artikel 11.7a van de Tw (geldend tot 11 maart 2015) (voor zover relevant):

1. Onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens dient een ieder die door middel van elektronische communicatienetwerken toegang wenst te verkrijgen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van een gebruiker dan wel gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de gebruiker:

a. de gebruiker duidelijke en volledige informatie te verstrekken overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens, en in ieder geval omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen tot de desbetreffende gegevens dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan, en

b. van de gebruiker toestemming te hebben verkregen voor de desbetreffende handeling.

Een handeling als bedoeld in de aanhef, die 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, wordt vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn, als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet bescherming persoonsgegevens.

(...)

3. Het bepaalde in het eerste en tweede lid is niet van toepassing, voor zover het de technische opslag of toegang tot gegevens betreft met als uitsluitend doel:

a. de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren, of

b. de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren en de opslag of toegang tot gegevens daarvoor strikt noodzakelijk is.

(...)

Artikel 5:16 van de Awb:

Een toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

Artikel 5:17 van de Awb:

1. Een toezichthouder is bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.
2. Hij is bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken.
3. Indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, is hij bevoegd de gegevens en bescheiden voor dat doel voor korte tijd mee te nemen tegen een door hem af te geven schriftelijk bewijs.

Artikel 5:20 van de Awb (voor zover relevant):

1. Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.
- (...)

Artikel 5:32 van de Awb (voor zover relevant):

1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.
- (...)

DATUM 17 april 2015
 ONS KENMERK z2014-00387

Bijlage II – Zienswijze Yieldr en reactie CBP

1. Yieldr heeft in haar schriftelijke en mondelinge zienswijzen het volgende naar voren gebracht tegen het voornemen van het CBP om een last onder dwangsom op te leggen.

Bevoegdheid CBP

2. Volgens Yieldr is het in de eerste plaats aan de ACM is om te beoordelen of zij voldoet aan de eisen uit de Tw.²⁰

Reactie CBP

3. Het CBP heeft als taak het toezien op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij een krachtens ‘de wet’ bepaalde²¹. Dit betekent dat het CBP ook bevoegde toezichthouder is op bepalingen van de Tw, indien sprake is van verwerking van persoonsgegevens. Dit wordt ook duidelijk gesteld in de memorie van toelichting bij de wijziging van artikel 11.7a Tw, in de volgende passage: “ Voorzover met het plaats en lezen van informatie op en van een randapparaat van een gebruiker persoonsgegevens worden verwerkt, ziet het CBP er op toe dat dit overeenkomstig artikel 11.7a Tw en de Wbp gebeurt”.²² Omdat het CBP in dit geval heeft vastgesteld dat sprake is van verwerking van persoonsgegevens, is zij (ook) bevoegd toe te zien of de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig de Tw plaatsvindt.

Geen persoonsgegevens, onjuiste definitie persoonsgegevens, bewijsvermoeden van artikel 11.7a van de Tw

4. Volgens Yieldr verwerkt zij geen persoonsgegevens, noch op basis van het rechtsvermoeden van artikel 11.7 a van de Tw, noch op grond van de Wbp.
5. Yieldr betoogt dat het bewijsvermoeden, dat sprake is van een verwerking van persoonsgegevens, in artikel 11.7a van de Tw niet van toepassing, althans in strijd met het Europese recht, is.²³
6. Yieldr betoogt dat het CBP een onjuiste definitie van persoonsgegevens hanteert door te spreken over ‘herleidbaar zijn tot een individu’. Deze definitie wijkt volgens haar af van de Wbp en van wat gebruikelijk is in de omliggende landen.²⁴ De Wbp moet, zo nodig, richtlijnconform worden uitgelegd.²⁵

²⁰ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

²¹ Artikel 51, eerste lid, van de Wbp.

²² Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 11 (voetnoot 8).

²³ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

²⁴ Zie o.a. brief van Yieldr aan het CBP van 26 juli 2014, paragraaf 3.4.

²⁵ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 5, p.20.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

Reactie CBP

7. Het rechtsvermoeden dat bij het gebruik van tracking cookies persoonsgegevens worden verwerkt, is bij de totstandkoming van artikel 11.7a van de Tw bij amendement geïntroduceerd. Bij de recente wijziging van dit artikel is de formulering van de categorie handelingen die onder dit rechtsvermoeden vallen aangescherpt met als doel alleen cookies die meer dan geringe privacygevolgen met zich brengen, onder het rechtsvermoeden te laten vallen. Tot slot zijn redactionele aanpassingen gedaan. De keuze die de wetgever, inmiddels twee keer, gemaakt heeft, maakt duidelijk dat de wetgever gronden heeft voor het oordeel dat er juridisch geen problemen zijn met dit (louter processuele) vermoeden.
8. Dat de richtlijn (95/46/EG) juist is geïmplementeerd en dat daaraan niet rechtstreeks kan worden getoetst, dient voorop te staan. Yieldr heeft geen aanknopingspunten gegeven om aan te nemen dat de richtlijn in zoverre onjuist is geïmplementeerd of dat het CBP de wet niet richtlijnconform uitlegt. Yieldr miskent dat de definitie van persoonsgegevens die het CBP hanteert conform de wet én conform de richtlijn is. Het CBP hanteert de volgende definitie: elk gegeven (de richtlijn spreekt over 'iedere informatie') betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. De enkele omstandigheid dat het CBP de wettelijke normen interpreteert en de op basis van zijn onderzoek verzamelde feiten kwalificeert met als conclusie dat sprake is van gegevens betreffende een identificeerbare persoon (waar Yieldr het niet mee eens is), betekent nog niet dat het CBP daarmee een onjuiste definitie van persoonsgegevens hanteert.

Geen identificatie, geen interesseprofielen

9. Volgens Yieldr vindt, door Yieldr of een andere partij, geen identificatie plaats en kan dit ook niet plaatsvinden op basis van de gegevens waarover Yieldr beschikt.²⁶
10. Volgens Yieldr stelt zij geen interesseprofielen [VERTROUWELIJK]

Reactie CBP

11. Het doel van de verwerking impliceert dat personen specifiek en gericht worden benaderd, zodat daarmee de gebruiker door het gebruik van cookies anders wordt behandeld. Yieldr heeft aanknopingspunten gegeven waaruit blijkt dat het rechtsvermoeden niet van toepassing is op de in het geding zijnde gegevensverwerking. Het is volgens de wetsgeschiedenis daarbij niet van belang of degene die de tracking cookies plaatst en leest zelf met de daarmee verkregen informatie gebruikers anders behandelt, of dat dit door een derde gebeurt aan wie hij deze gegevens aanlevert.²⁷
12. Anders dan Yieldr stelt, heeft zij het rechtsvermoeden in artikel 11.7a van de Tw ook niet weerlegd. Yieldr heeft ter weerlegging van het rechtsvermoeden aangevoerd dat volgens haar geen identificatie, door Yieldr of een andere partij, plaatsvindt en dit ook niet kan

²⁶ Zie o.a. brief van Yieldr aan het CBP van 26 juli 2014, paragraaf 3.3.

²⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 19.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

plaatsvinden op basis van de gegevens waarover Yieldr beschikt. Volgens Yieldr heeft het CBP zich geen rekenschap gegeven van de technische en contractuele afspraken die Yieldr met haar klanten en toeleveranciers heeft gesloten.²⁸ Yieldr heeft echter daarmee niet aannemelijk gemaakt dat het ondenkbaar is dat identificatie ook daadwerkelijk plaatsvindt, (omdat de mogelijkheid daartoe weliswaar bestaat maar verwaarloosbaar klein zou moeten worden geacht dat het daadwerkelijk plaatsvindt). Aan contractuele afspraken over het niet delen of verstrekken van gegevens met haar klanten, adverteerders, komt op zichzelf geen groot gewicht toe. Deze leiden in beginsel niet tot de conclusie dat het geen persoonsgegevens zijn, aangezien in de afweging ook rekening moet worden gehouden met het risico van organisatorische tekortkomingen (bijvoorbeeld inbreuken op een vertrouwelijkheidsplicht, wanprestatie, technische storingen; in feite “*moet in het bijzonder rekening worden gehouden met alle relevante factoren*”).²⁹ Ook de koppelingsmogelijkheid met andere beschikbare (direct of indirect) identificerende gegevens bij bijvoorbeeld de ISP heeft Yieldr niet of onvoldoende weersproken. Het IP-adres wordt weliswaar gehasht bewaard door Yieldr. Hashing, als maatregel om de koppelbaarheid tegen te gaan, komt echter op zichzelf geen groot gewicht toe. Het is namelijk technisch eenvoudig om een opzoektabel te maken van de hashwaarden van alle mogelijke IP-adressen. Zodoende kan van een bepaalde hashwaarde het bijbehorende IP-adres worden opgezocht.

Onjuist juridisch kader, Yieldr beroept zich op grondslag van gerechtvaardigd belang

13. Volgens Yieldr heeft het CBP niet aannemelijk gemaakt waarom toestemming de enige grond zou zijn op basis waarvan (eventuele) persoonsgegevens verwerkt kunnen worden.³⁰ Yieldr meent dat zij zich kan beroepen op de verwerkingsgrondslag van het gerechtvaardigd (ondernemers)belang van haarzelf en dat van haar klanten.³¹
14. De opmerkingen in het rapport dat de wijziging van artikel 11.7a van de Tw niets verandert aan de conclusie dat toestemming is vereist, vindt Yieldr onjuist.³²
15. Volgens Yieldr stelt het CBP alleen dat, nu de gebruiker het ‘gevoel’ zou hebben op het internet door advertenties achtervolgd te worden, het belang van Yieldr hier niet tegen opweegt. Yieldr meent³³ dat deze redenering onjuist en ontoereikend gemotiveerd is. Marketing, het aanbieden en ontvangen van commerciële informatie, is niet categorisch ondergeschikt aan de rechten van gebruikers op hun vrijheid van meningsuiting en de eerbieding van de persoonlijke levenssfeer, aldus Yieldr.³⁴

²⁸ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

²⁹ Zie WP 136. Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegeven, p. 16.

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_nl.pdf.

³⁰ Brief van Yieldr aan het CBP van 26 juli 2014, paragraaf 3.5.

³¹ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

³² Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

³³ Brief van Yieldr aan het CBP van 26 juli 2014, paragraaf 3.6.

³⁴ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

Reactie CBP

16. In het rapport is geconcludeerd dat Yieldr zich voor de verwerking van persoonsgegevens voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties op grond van eerder surfgedrag niet kan beroepen op een gerechtvaardigd bedrijfsbelang dat boven het belang van de betrokken gebruikers gaat. Enerzijds is vanwege de samenhang met artikel 11.7a van de Tw ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp voor dit doeleinde de enige mogelijke van de in artikel 8 van de Wbp genoemde verwerkingsgrondslagen. Anderzijds valt, de samenhang met de Tw daargelaten, een belangenafweging in dit geval niet uit in het voordeel van het belang van Yieldr bij de verwerking. Dat is ten aanzien van de belangen van de klanten van Yieldr niet anders, die belangen liggen in elkaars verlengde. Daarbij overweegt het CBP het volgende.
17. Yieldr biedt een effectieve en gebruiksvriendelijke 'opt-out' mogelijkheid voor het ontvangen van gepersonaliseerde advertenties. Het Evidon/Ghostery 'opt-out' venster bevat een link naar Yieldrs privacybeleid. Yieldr geeft via haar Privacy informatie in het Nederlands uitgebreide informatie voor gebruikers over cookies, privacy en opt-out. Yieldr informeert per 1 december 2014 via haar Privacy informatie dat er daartoe een 'tot een persoon herleidbaar profiel' wordt opgesteld, en dat zij 'in voorkomende gevallen persoonsgegevens verwerkt'. De cookie tuuid kent een levensduur van 30 dagen. Het 'versleutelde' IP-adres dat Yieldr bewaart voor fraudedetectie wordt na 24 uur verwijderd.
18. Yieldr stelt verschillende online advertentie aanbieders in staat tracking cookies te plaatsen/lezen in het randapparaat van een gebruiker als hij een internetpagina bezoekt van een aanbieder met wie Yieldr is overeengekomen dat zij via die website cookies mag plaatsen/lezen. Door de manier waarop internet, websites, browsers en online behavioural targeting werken, maken zulke cookies het mogelijk dat online advertentie aanbieders vervolgens ook het gedrag van de gebruiker door de tijd heen volgen, op meerdere websites, óók van aanbieders die niet in enige relatie staan tot Yieldr, om hiermee een inschatting te maken van de gebruikers interesses en om de advertenties te kunnen tonen.
19. Het betoog van Yieldr dat de opmerkingen in het rapport dat de wijziging van artikel 11.7a van de Tw niets verandert aan de conclusie dat toestemming is vereist, onjuist is, kan niet slagen. In de wetsgeschiedenis wordt expliciet aandacht besteed aan re-targeting cookies, zoals hier aan de orde. Opgemerkt is: *"In de consultatie werd de vraag gesteld of remarketing cookies (beter bekend als retargeting cookies) onder de uitzondering vallen. Met een retargeting cookie wordt bijvoorbeeld aan iemand die eerder een webwinkel heeft bezocht zonder daar iets te kopen, op een andere website een advertentie getoond die is afgestemd op dat eerdere webwinkelbezoek. Met een retargeting cookie wordt met andere woorden de interesse van een internetgebruiker op basis van diens surfgedrag geregistreerd om daarop afgestemde advertenties te kunnen tonen. Dit maakt dat het gebruik van deze cookies meer dan geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer met zich meebrengt,*

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

*waardoor zij niet onder de uitzondering vallen.*³⁵ In een context waarin de wetgever die afweging dat het gebruik van deze cookies meer dan geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer met zich brengt al heeft gemaakt, waardoor zij niet onder de uitzondering vallen, behoeft het betoog van Yieldr geen verdere bespreking. De keuze die de wetgever inmiddels gemaakt heeft, maakt immers duidelijk dat bij de te maken afweging aan 'het belang van de internetgebruiker bij bescherming van diens privacy' doorslaggevend gewicht moet worden toegekend (nog los van de vraag of de re-targeting cookies informatie verzamelen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij).

20. Yieldr miskent dat het CBP alleen stelt dat, nu de gebruiker het 'gevoel' zou hebben op het internet door advertenties achtervolgd te worden, het belang van Yieldr hier niet tegen opweegt. Marketing/reclame, het aanbieden en ontvangen van commerciële informatie, kan op zich een gerechtvaardigd belang zijn voor het verwerken van persoonsgegevens. Maar bij de te maken afweging moet bijvoorbeeld ook de impact van de gegevensverwerking voor de betrokken gebruikers worden betrokken. Elementen die daarbij een rol spelen zijn de aard van de verwerkte gegevens (wel of geen gevoelige gegevens), de wijze waarop de gegevensverwerking plaatsvindt (al dan niet op grote schaal en/of op een ondoorzichtige wijze), de voorzienbaarheid van de verwerking voor de betrokkene en de onderlinge verhouding tussen de verantwoordelijke en de betrokkene (wel of geen klein of groot bedrijf, kind of kwetsbaar persoon).³⁶ Additionele privacy waarborgen kunnen, onder omstandigheden, een balans doen doorslaan ten behoeve van het gerechtvaardigd bedrijfsbelang van de verantwoordelijke.
21. Bij de weging van de aard van de verwerkte gegevens en de wijze waarop de gegevensverwerking plaatsvindt, is het volgende een belangrijke factor. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat indien het gebruik van een cookie waarmee persoonsgegevens worden verwerkt niet meer dan geringe privacy gevolgen heeft, en de cookie om die reden onder de uitzondering op het toestemmingsvereiste voor het gebruik van cookies in de Tw valt, het waarschijnlijk is dat de persoonsgegevens op grond van de belangenafweging in artikel 8, onder f, van de Wbp zonder toestemming mogen worden verwerkt. Anders dan bij dergelijke cookies, leidt het gebruik van de tracking cookies (door Yieldr) juist tot het verwerken van gegevens van gevoelige aard over het surfgedrag van gebruikers, die kunnen worden gebruikt om de betrokkene anders te behandelen.

Geldige 'cookie toestemming'

22. Yieldr stelt, zonder aanvaarding van enige gehoudenheid daartoe, de volgende maatregelen te hebben genomen, zodat daarop niet gehandhaafd kan worden. Het gaat om een goed werkende opt-out voor alle cookies en een herziening van de informatie op haar website voor

³⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 22.

³⁶ Zie ook WP 217. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, p. 36 e.v., http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf#h2-1.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

internetgebruikers.³⁷

23. Yieldr meent dat zij internetgebruikers juist en volledig informeert over het plaatsen van cookies en dat zij op de juiste wijze toestemming van hen verkrijgt.

Reactie CBP

24. Het niet verder onderbouwde betoog van Yieldr dat zij gebruikers juist en volledig informeert over het plaatsen van cookies en dat zij op de juiste wijze toestemming van hen verkrijgt op basis van de Tw, wordt niet gestaafd door de feiten. Weliswaar is inmiddels sprake van juiste informatie en een effectieve opt-out op de website van Yieldr, maar daarmee is nog niet aan de door de Tw en de Wbp vereiste (voorafgaande) ondubbelzinnige toestemming voldaan.

Geen zorgvuldig onderzoek, vooringenomenheid

25. Handhavend optreden op basis van het rapport is volgens Yieldr willekeurig en onzorgvuldig omdat het rapport doelredeneringen bevat, waaruit tevens blijkt van een vooringenomenheid van het CBP en die in strijd zouden zijn met de onschuldpresumptie.

Reactie CBP

26. Het CBP is van mening dat het in zijn onderzoek alle zorgvuldigheid heeft betracht die van hem als bestuursorgaan mag worden verwacht, waarbij hoor en wederhoor is toegepast en de uit dit onderzoek getrokken conclusies voldoende zijn onderbouwd.
27. Het CBP heeft aan de door hem getrokken conclusies in het rapport de geconstateerde feiten ten grondslag gelegd. De enkele omstandigheid dat het CBP bepaalde interpretaties van de wettelijke normen geeft en op basis van zijn feitenonderzoek conclusies trekt die Yieldr onwelgevallig zijn, betekent nog niet dat sprake is van vooringenomenheid. Het is immers de taak van het CBP om, indien het meent dat daarvoor aanleiding is, een onderzoek in te stellen naar de feiten en die te beoordelen en waar nodig invulling te geven aan de open normen.
28. Volgens vaste jurisprudentie is de onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, van het EVRM in dit geval reeds niet van toepassing omdat het opleggen van een last onder dwangsom niet is te beschouwen als een 'criminal charge' in de zin van dat artikel.³⁸

Détournement de pouvoir

29. Yieldr brengt naar voren dat het CBP zijn handhavingsbevoegdheden wil gebruiken om een proces van parlementaire besluitvorming te beïnvloeden, op een manier die niet past binnen de bevoegdheden van het CBP.³⁹

³⁷ Brief van Yieldr aan het CBP van 26 juli 2014, paragraaf 2.2.

³⁸ Zie o.a. ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9506.

³⁹ Verslag van de hoorzitting van 11 augustus 2014, paragraaf 2.

DATUM 17 april 2015
ONS KENMERK z2014-00387

Reactie CBP

30. De parlementaire besluitvorming over de wijziging van artikel 11.7a van de Tw is inmiddels afgerond. Reeds daarom mist het betoog van Yieldr over het handelen in strijd artikel 3:3 van de Awb feitelijke grondslag.
31. Overigens wijst het CBP erop dat het CBP een wettelijke bevoegdheid heeft om handhavend op te treden. In het onderhavige geval is een overtreding geconstateerd naar aanleiding waarvan het CBP in beginsel verplicht is handhavend op te treden, zodat van schending van artikel 3:3 reeds daarom Awb geen sprake kan zijn.

Geen handhaving vanwege het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 van de Awb), het gelijkheidsbeginsel;
[VERTROUWELIJK]

32. [VERTROUWELIJK] Handhaving (op korte termijn) die alleen tegen Yieldr is gericht, heeft volgens Yieldr geen effect op de naleving in de branche als zodanig. [VERTROUWELIJK]
33. [VERTROUWELIJK]
34. [VERTROUWELIJK]

Reactie CBP

35. Omdat een groot deel van de omzet van Yieldr samenhangt met de geconstateerde overtreding is denkbaar dat handhaving consequenties heeft voor de bedrijfsvoering en resultaten van Yieldr. Maar daarom zijn deze gevolgen niet zonder meer onevenredig. In Yieldrs financiële belangen, die samenhangen met de overtreding, is geen bijzondere omstandigheid gelegen op grond waarvan het CBP van handhavend optreden behoort af te zien.⁴⁰
36. Voorts is het een bestuursorgaan toegestaan om te kiezen voor een gefaseerde handhaving⁴¹, onder meer vanwege praktische redenen. Het gelijkheidsbeginsel wordt dan ook niet geschonden. [VERTROUWELIJK]

Begunstigingstermijn

37. Volgens Yieldr moet bij eventueel handhavend optreden in elk geval een voldoende lange begunstigingstermijn worden gesteld, [VERTROUWELIJK]

Reactie CBP

38. Bij het vaststellen van de begunstigingstermijn heeft het CBP rekening gehouden met hetgeen Yieldr zelf als haalbaar heeft aangegeven. Zie ook randnummer 58 van het dwangsombesluit.

⁴⁰ Zie in dezelfde zin ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5601.

⁴¹ ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6987.