

Bijlage I Zienswijze van Google op de Voorlopige Bevindingen, met de reactie daarop van het CBP (zoals weergegeven in het Rapport definitieve bevindingen, gegroepeerd én aangevuld met in hoeverre de reactie heeft geleid tot aanpassing van de bevindingen en daarmee samenhangende wijziging(en) in de conclusies van het Rapport definitieve bevindingen).

1. Procedure

Zienswijze Google: Google (Netherlands) stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat het feit dat het CBP zich met zijn Rapport voorlopige bevindingen heeft gewend tot Google Netherlands vragen oproept over de zorgvuldigheid en onafhankelijkheid waarmee het onderzoek is uitgevoerd. Het onderzoek heeft zich gericht op Google Inc., en er is alleen informatie gevraagd en verkregen van Google Inc. Omdat Google Netherlands niet weet op welke bronnen en documenten het Rapport voorlopige bevindingen is gebaseerd, zou het CBP openheid van zaken moeten geven over alle informatie waarop het zich in het rapport baseert evenals zijn contacten en correspondentie met andere Europese privacytoezichthouders en de Artikel 29-werkgroep in verband met dit onderzoek.¹ Daartoe door het CBP in de gelegenheid gesteld, heeft Google Inc. de zienswijze ingediend namens Google Netherlands aangevuld met de reactie dat Google zich niet kan vinden in de argumenten van het CBP ten aanzien van de toepasselijkheid van de Wbp. Google Inc. schrijft verder dat voor zover het Rapport voorlopige bevindingen misvattingen bevat omtrent haar Privacy beleid deze op adequate wijze zijn geïdentificeerd in de zienswijze die namens Google Netherlands is ingediend en beperkt zich tot de mededeling dat zij in dit stadium niets toe te voegen heeft aan deze zienswijze (hierna met de zienswijze van Google Inc. gezamenlijk te noemen: Zienswijze Google).²

Reactie CBP: Het CBP heeft niet beoogd om Google Netherlands als verantwoordelijke aan te merken voor de onderzochte verwerkingen van persoonsgegevens. Bij brief van 2 april 2013 aan Google Inc. heeft het CBP aangekondigd een onderzoek in te stellen naar het per 1 maart 2012 gewijzigde Privacy beleid van Google Inc. Dat Google Netherlands de verantwoordelijke zou zijn voor de gegevensverwerking in Nederland onder het nieuwe Privacy beleid betreft een verschrijving in het Rapport voorlopige bevindingen. Bij brief van 26 september 2013 heeft het CBP (de advocaat-gemachtigde van) Google Inc. op de hoogte gesteld van de verschrijving in het Rapport voorlopige bevindingen van het onderzoek, zijn voorlopige bevindingen ter kennis gebracht van Google Inc. (de verantwoordelijke) en aangegeven dat de verschrijving hersteld zou worden in het Rapport definitieve bevindingen. Het CBP heeft Google Inc., conform artikel 60, tweede lid, van de Wbp, in de gelegenheid gesteld (alsnog) haar zienswijze op de voorlopige bevindingen te geven. Google Inc. heeft van deze gelegenheid gebruikt gemaakt.

Wat betreft het verzoek (ingediend namens Google Netherlands) om openheid te geven over de bronnen en documenten waarop het rapport is gebaseerd, heeft het CBP op 25 september 2013 telefonisch geverifieerd bij de advocaat-gemachtigde van Google Inc. (tevens van Google Netherlands) dat dit géén Wob-verzoek is. Google Inc. is bekend met de informatie die van haar is verkregen. Voor zover het CBP bij de feitenvaststelling gebruik heeft gemaakt van onderzoek dat is verricht door de CNIL, de Engelse, Hamburgse, Italiaanse en Spaanse privacytoezichthouders, heeft het CBP deze zelfstandig gecontroleerd op juistheid. Gebruikte

¹ Zienswijze Google Netherlands van 19 september 2013 op het Rapport voorlopige bevindingen van het CBP van 25 juli, randnummers 6-7.

² Zienswijze Google Inc. van 10 oktober 2013 op het Rapport voorlopige bevindingen van het CBP van 25 juli 2013.

bronnen en documenten zijn met vindplaats gedocumenteerd in de voetnoten bij het rapport en daarmee ook voor Google transparant en inzichtelijk gemaakt. Voor zover Google Netherlands niet bekend is met de informatie die van Google Inc. is verkregen, wordt zij niet in haar belangen geschaad (niet zij, maar Google Inc. is de verantwoordelijke voor de onderzochte verwerkingen van persoonsgegevens en het onderzoekssubject).

De zienswijze van Google heeft op dit punt geleid tot aanvulling van de feiten en herstel van de conclusies in die zin dat Google Inc. de verantwoordelijke is voor de onderzochte verwerkingen van persoonsgegevens en dat Google Netherlands B.V. de vestiging van Google Inc. in Nederland is in het kader van wier activiteiten de verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt (artikel 4, eerste lid, van de Wbp).

2. Toepasselijkheid van de Wbp en verantwoordelijke

Zienswijze Google: Google betoogt dat de Wbp niet van toepassing is op Google Netherlands of op de onderzochte verwerkingen van persoonsgegevens. Google Netherlands is niet de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking waarop het onderzoek betrekking heeft. Google Netherlands levert geen diensten waarop het Privacy beleid ziet, gebruikers gaan een overeenkomst aan met Google Inc., en Google Netherlands plaatst noch leest cookies. Googles aanwijzing van Google Netherlands als haar vertegenwoordiger in het kader van de Street View dienst kan niet worden aangewend om het CBP te voorzien van bevoegdheid in deze zaak.³

Reactie CBP: Het CBP heeft, zoals vermeld, in het Rapport definitieve bevindingen hersteld dat niet Google Netherlands maar Google Inc. de verantwoordelijke is voor de onderzochte verwerkingen van persoonsgegevens. Het CBP betoogt niet dat het bevoegd is omdat Google Inc. Google Netherlands heeft aangewezen als haar vertegenwoordiger in Nederland in het kader van de Street View dienst. Het CBP ontleent bevoegdheid aan zijn toezichthoudende taak in artikel 51, eerste lid, van de Wbp. De collegeleden en de ambtenaren van het secretariaat zijn vervolgens in artikel 61, eerste lid, van de Wbp aangewezen als bevoegde toezichthouder (feitelijke uitvoerder van het toezicht) in de zin van artikel 5:11 van de Awb, toegerust met toezichts- en handhavingsbevoegdheden op grond van artikel 61 van de Wbp en afdeling 5.2 van de Awb. De bevoegdheid om een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop ten aanzien van gegevensverwerking toepassing wordt gegeven aan het bepaalde bij of krachtens de Wbp en hoofdstuk 11 van de Tw voor zover het gaat om de verwerking van persoonsgegeven, volgt uit artikel 60 van de Wbp.

De zienswijze van Google heeft geleid tot aanvulling van de feiten dat gebruikers een overeenkomst aangaan met Google Inc., dat Google Netherlands geen diensten aanbiedt of levert waarop het Privacy beleid ziet en geen cookies plaatst en uitleest. Het CBP heeft verder verduidelijkt dat Google Inc. Google Netherlands heeft aangewezen als haar vertegenwoordiger in het kader van de Street View dienst. De zienswijze van Google heeft geleid tot herstel van de conclusie in het rapport dat Google Inc. verantwoordelijke is voor de gegevensverwerking omdat zij ofwel een vestiging heeft in Nederland in het kader van wier activiteiten de persoonsgegevens worden verwerkt, ofwel omdat zij middelen gebruikt in Nederland voor de verwerking van persoonsgegevens. De zienswijze van Google heeft verder niet geleid tot aanpassing van de conclusie dat het CBP als toezichthouder bevoegd is ten aanzien van de verwerkingen van persoonsgegevens door Google en dat de Wbp van toepassing is.

³ Zienswijze Google, randnummers 8-11 en 88.

3. Persoonsgegevens

Zienswijze Google: De Wbp is volgens Google grotendeels niet van toepassing omdat zij in zijn algemeenheid geen persoonsgegevens verwerkt van niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers: "(...) *alleen data die wordt verzameld over - wat het College in het Rapport aanduidt als - "geauthenticeerde gebruikers" [heeft, toevoeging door het CBP] betrekking op een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (...).*"⁴

Reactie CBP: Het CBP stelt vast dat Google niet betwist dat sprake is van persoonsgegevens bij geauthenticeerde gebruikers. De zienswijze van Google heeft op het punt van de identificeerbaarheid van niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers geleid tot aanvulling van de feiten en beoordeling in het rapport, zoals hieronder puntsgewijs toegelicht.

Identificeerbaarheid van de persoon

Zienswijze Google: Google betoogt dat het CBP gegevens als persoonsgegevens aanmerkt die dat niet zijn. Het is voor de kwalificatie als persoonsgegeven niet voldoende als een persoon kan worden onderscheiden van een andere persoon, de wet vereist dat het redelijkerwijs mogelijk moet zijn de identiteit van die persoon te achterhalen. Google weet niet wie een bepaalde gebruiker is en heeft geen toegang tot reële middelen om IP-adressen en andere unieke codes of nummers (van een apparaat, applicatie of cookie) tot een geïdentificeerde gebruiker te herleiden. Het door het CBP aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van de EG over IP-adressen (in de zaak Scarlet/Sabam) heeft betrekking op herleidbaarheid door aanbieders van internettoegang, die zelf IP-adressen aan hun klanten toewijzen en met hen een contractuele en factureringsrelatie hebben. Deze zaak brengt volgens Google niet mee dat een IP-adres ook als persoonsgegeven moet worden aangemerkt in de context waarin Google dat verwerkt.⁵ Bovendien kan een IP-adres door meerdere apparaten in een huishouding worden gedeeld en worden individuele apparaten vaak gebruikt door meerdere personen: "*Wanneer mobiele apparaten met het internet worden verbonden via het mobiele netwerk, kunnen zelfs duizenden apparaten schuil gaan achter hetzelfde IP-adres.*"⁶

Reactie CBP: Het CBP heeft in het Rapport voorlopige bevindingen niet alleen verwezen naar de Scarlet/Sabam zaak als onderbouwing van het oordeel dat IP-adressen persoonsgegevens zijn, maar ook naar eerdere onderzoeken van het CBP en publicaties van de Artikel 29-werkgroep. In het Scarlet/Sabam-arrest is vastgesteld dat de IP-adressen in ieder geval voor de ISP persoonsgegevens waren. Aangezien de definitie van persoonsgegevens uitgaat van identificeerbaarheid door de verantwoordelijke of enig ander, zijn IP-adressen dus persoonsgegevens. Bovendien wijst het CBP op het advies van de AG in de zaak Google/AEPD waarin hij zonder enige relativering stelt dat IP-adressen persoonsgegevens zijn, juist in de specifieke context van Google die als zoekmachine IP-adressen en bijkomende gegevens over zoekgedrag verzamelt.⁷ Daar komt bij dat in de definitie van directe of indirecte

⁴ Zienswijze Google, randnummers 13, 20, 42 en 88.

⁵ Zienswijze Google, randnummers 14-17 en 20.

⁶ Zienswijze Google, randnummer 18.

⁷ Concl. A-G N. Jääskinen van 25 juni 2013, zaak C-131/12 (Google Spain SL en Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)), URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=>

identificeerbaarheid persoonsgegevens in artikel 2(a) van de Privacyrichtlijn (95/46/EG) in het bijzonder verwezen wordt naar een identificatienummer. IP-adressen zijn zulke identificatienummers (net als permanente cookies met unieke identifiers). Onder het volgende kopje 'Weerlegbaar rechtsvermoeden dat met tracking cookies persoonsgegevens worden verwerkt' in deze bijlage wordt nader ingegaan op de identificeerbaarheid van persoonsgegevens die met behulp van *tracking cookies* worden verzameld.

Dat een IP-adres door meerdere apparaten kan worden gebruikt, en apparaten door meerdere personen, laat onverlet dat het hier wel degelijk om persoonsgegevens gaat. Een vaste telefoon kan ook door meerdere personen in het huishouden worden gebruikt. Dit geldt ook voor bijvoorbeeld een auto. Dit staat, ook volgens de parlementaire geschiedenis van de Wbp⁸, niet in de weg aan de conclusie dat het een persoonsgegeven van een identificeerbare persoon betreft als de gegevens over het gebruik aan de houder van de telefoon of auto worden toegerekend.

Het verweer van Google dat bij het gebruik van unieke codes en nummers (al dan niet in combinatie met IP-adressen) geen sprake zou zijn van persoonsgegevens is bovendien in logische tegenspraak met de aard van de gepersonaliseerde diensten en advertenties. Het is een feit dat Google gepersonaliseerde diensten aanbiedt aan niet-geauthenticeerde gebruikers, en gepersonaliseerde advertenties aan zowel niet-geauthenticeerde als passieve gebruikers. Dit betekent dat individuele personen kennelijk effectief benaderd, en anders behandeld kunnen worden zonder hun individuele namen te kennen. Daarbij is van belang dat sinds het Lindqvist-arrest is aanvaard dat voor identificeerbaarheid niet nodig is de naam van de persoon te kennen.⁹ Indien Google via haar advertenties voortdurend producten of diensten zou aanbevelen die gebaseerd zijn op het internetgedrag van een 'andere' persoon, met hele andere interesses, zou het nut voor Google van de gepersonaliseerde advertenties beperkt zijn. Bovendien kan uit het internetgedrag (zoals vastgelegd via onder andere cookies met unieke identifiers) informatie worden afgeleid over de gezinssituatie (aanwezigheid van bijvoorbeeld kinderen), waarmee de beslisser in het huishouden (de waarschijnlijke eigenaar van het betreffende apparaat en/of abbonementhouder aan wie het IP-adres is toegekend) gericht benaderd kan worden. Via de gepersonaliseerde advertenties worden de gevolgen van gebruik van één IP-adres en/of één apparaat door meerdere personen dus effectief toegerekend aan de houder van het IP-adres/eigenaar van het apparaat.¹⁰ Het CBP verwijst ook naar de recente opinie van de Berlijn

NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=417901, randnummer 3: *"In de context van het internet zijn drie situaties te onderscheiden waarbij persoonsgegevens aan de orde zijn. (...) en in de derde, minder zichtbare situatie, voert een internetgebruiker met gebruik van een internetzoekmachine een zoekactie uit, waarbij sommige van zijn persoonsgegevens, zoals het IP-adres waarvandaan de zoekactie wordt verricht, automatisch worden doorgegeven naar de aanbieder van de internetzoekmachine."*

⁸ Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 9, p. 2. *"Aannemelijk is immers dat een zodanig gebruik van het gegeven consequenties heeft of kan hebben voor de persoon met wie het telefoonnummer in verband is gebracht. Een hiermee tot op zekere hoogte vergelijkbare situatie kan zich voordoen bij het gebruik van kentekens van auto's."*

⁹ HvJ EG 6 november 2003, zaak C-101/01 (*Lindqvist*), r.o. 27.

¹⁰ Vergelijk ook de beoordeling door het CBP van een vergelijkbaar verweer van TP Vision Netherlands B.V., de producent van Philips smart tv's, dat televisies door meerdere personen in een huishouden kunnen worden gebruikt, en dat gegevens over het televisiegedrag daarom geen persoonsgegevens zouden zijn. CBP, z2012-00605, Openbare versie Rapport definitieve bevindingen Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens met of door een Philips smart tv door TP Vision Netherlands B.V., juli 2013, URL: http://www.cbweb.nl/downloads_pb/pb_20130822-persoonsgegevens-smart-tv.pdf

groep van onder andere internationale privacytoezichthouders over Web Tracking en Privacy.¹¹ Daarin wordt helder omschreven dat het doeleinde van het tonen van gepersonaliseerde advertenties is om producten of diensten te verkopen aan mensen, niet aan apparaten:

*"While ads may well be addressed to a machine at the technical level, it is not the machine which in the end buys the proverbial beautiful pair of red shoes - it is an individual. Thus, the claim that the processing of behavioural data for marketing is directed "only" at machines in the first place may well be seen as an attempt to blur our vision as societies on the gravity of the problem, when in reality the individual and not the machine is the only instance that can make all such tracking operations a "success" for its proponents (i.e., when the red shoes are finally being bought)."*¹²

De opmerking dat IP-adressen op mobiele netwerken door duizenden verschillende mobiele apparaten kunnen worden gedeeld, gaat voorbij aan het feit dat Google juist allerlei unieke apparaat-identifiers, gegevens over het betreffende apparaat en (waar mogelijk) cookies met unieke nummers gebruikt in combinatie met de IP-adressen om de individuele apparaten te herkennen. Dit was al op diverse plekken opgenomen in de feiten van het Rapport voorlopige bevindingen. Over apparaat-ID's schrijft Google bijvoorbeeld: *"Een unieke apparaat-ID is een tekenreeks die wordt opgenomen in een apparaat door de fabrikant en kan worden gebruikt om dat apparaat uniek te identificeren. Verschillende apparaat-ID's variëren in hoe permanent deze zijn, of ze hersteld kunnen worden door gebruikers en hoe ze kunnen worden geopend. Een bepaald apparaat kan een paar verschillende unieke apparaat-ID's hebben. Unieke apparaat-ID's kunnen worden gebruikt voor verschillende doeleinden, waaronder beveiliging en fraudedetectie, het synchroniseren van services zoals het postvak IN van een gebruiker, het onthouden van de voorkeuren van een gebruiker en relevante advertenties bieden [onderstreping toegevoegd door het CBP]."*¹³ Dit betekent feitelijk dat Google het MAC-adres van de smartphone en het IMEI-nummer verzamelt, evenals een door de fabrikant van het besturingssysteem toegevoegde unieke identifier, zoals de AdID op iOS.

Waar cookies niet mogelijk zijn (bijvoorbeeld in apps op mobiele apparaten), gebruikt Google 'anonieme ID's'. Google schrijft hierover: *"Om advertenties weer te geven in services waarin cookietechnologie mogelijk niet beschikbaar is (bijvoorbeeld in mobiele apps), kunnen we anonieme ID's gebruiken. Deze voeren functies uit die vergelijkbaar zijn met die van cookies."* Een 'anoniem ID' wordt door Google als volgt gedefinieerd: *"Een anonieme id is een willekeurige reeks tekens die wordt gebruikt voor dezelfde doeleinden als een cookie op platforms, waaronder bepaalde mobiele apparaten, waar cookietechnologie niet beschikbaar is."*¹⁴

Omdat het begrip identificeren niet beperkt is tot het kennen van iemands naam en omdat het doel van de verwerkingen door Google alleen kan worden bereikt als zij de individuele

¹¹ International Working Group on Data Protection in Telecommunications, Working Paper on Web Tracking and Privacy: Respect for context, transparency and control remains essential (15 en 16 April 2013, Praag, Tsjechië, URL: http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/979/675_46_32.pdf?1379937149).

¹² Working Paper on Web Tracking and Privacy, p. 3, randnummer 11.

¹³ Google Beleid en Principes, hyperlink 'Belangrijke termen', URL: <http://www.google.nl/intl/nl/policies/privacy/key-terms/#toc-terms-unique-device-id> (forensisch vastgelegd door het CBP op 11 juli 2013).

¹⁴ Google Beleid en Principes, hyperlink 'Belangrijke termen', URL: <http://www.google.nl/intl/nl/policies/privacy/key-terms/#toc-terms-identifier> (forensisch vastgelegd door het CBP op 15 juli 2013).

gebruikers kan herleiden, wordt Google geacht reële middelen te hebben om hen te kunnen identificeren. Of Google de namen van de betrokkenen kent, is daarbij niet relevant.

De zienswijze van Google heeft op dit punt geleid tot aanvulling van de beoordeling, maar niet geleid tot aanvulling van de feiten of aanpassing van de conclusies in het rapport, omdat het geen aanpassing vergt van dragende of doorslaggevende argumenten ter onderbouwing van het oordeel dat de IP-adressen die Google verwerkt in het kader van de in dit rapport onderzochte gegevensverwerkingen, op zichzelf en in combinatie met overige gegevens zoals unieke identifiers en/of gebruiksgegevens of in samenhang met uit andere bron bekende informatie, persoonsgegevens zijn.

Weerlegbaar rechtsvermoeden dat met tracking cookies persoonsgegevens worden verwerkt
Zienswijze Google: Het in artikel 11.7a van de Tw opgenomen rechtsvermoeden ten aanzien van *tracking cookies* is een weerlegbaar vermoeden. Het wijzigt niet de criteria om te bepalen of bepaalde gegevens persoonsgegevens zijn en doet dus niet af aan het feit dat Google geen toegang tot reële middelen heeft om niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers te identificeren. Daarom is geen sprake van persoonsgegevens. Het combineren van een IP-adres met PREF-cookies en zoektermen maakt niet dat deze gegevens persoonsgegevens worden. Weliswaar heeft Google veel personeel en computerapparatuur, maar dat rechtvaardigt niet de algemene conclusie dat Google niet-geauthenticeerde gebruikers kan identificeren. Het feit dat sommige (niet-geauthenticeerde) gebruikers 'vanity searches' doen (zoekopdrachten naar hun eigen naam of eigen gegevens zoals telefoonnummer, e-mail adres etc.), rechtvaardigt evenmin de conclusie dat de zoekopdrachten (afzonderlijk of in combinatie met andere data) aangemerkt moeten worden als persoonsgegevens. Google kan alleen weten dat een zoekopdracht een 'vanity search' is als zij de identiteit van de gebruiker kent. Het feit dat Googles Privacy beleid haar toestaat om data te combineren om diensten te personaliseren en om gepersonaliseerde advertenties te tonen, betekent niet dat de data persoonsgegevens zijn. Weliswaar kan Google haar diensten richten op een niet-geauthenticeerde gebruiker door middel van een cookie-ID, zij kan de gebruiker van het apparaat niet identificeren.¹⁵

Reactie CBP: In het Rapport voorlopige bevindingen heeft het CBP betoogd dat Google gegevens over niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers verzamelt en verwerkt met behulp van verschillende soorten cookies. Dit in combinatie met IP-adressen, gegevens over de randapparatuur (mobiel of vast), meerdere unieke apparaat identifiers van mobiele apparaten, gegevens over het surfgedrag op allerlei websites van derde partijen en (bij niet-geauthenticeerde gebruikers) gegevens uit en over het gebruik van de verschillende open diensten van Google zoals Search, YouTube en Maps. Google heeft hierbij onder meer als doeleinde om het individuele surfgedrag van individuele gebruikers te kunnen volgen en hen op grond daarvan gepersonaliseerde advertenties te kunnen tonen.

In artikel 11.7a van de Tw is een rechtsvermoeden opgenomen ten aanzien van *tracking cookies*. Dit rechtsvermoeden wordt niet weerlegd met de (niet nader onderbouwde) mededeling dat Google geen toegang heeft tot reële middelen om de identiteit van de gebruiker direct of indirect te achterhalen. Dat Google niet 'weet' wie de gebruiker is, is niet het criterium, maar of Google óf enig ander de identiteit van de gebruiker redelijkerwijs kan herleiden.

¹⁵ Zienswijze Google, randnummers 19-22 en 42.

Het begrip persoonsgegevens behelst niet alleen identificatie door de verantwoordelijke, maar ook identificeerbaarheid, al dan niet met tussenstappen, door of via een derde partij. Daarbij is van belang dat derde partijen zoals adverteerders als oogmerk hebben om een dienst of product te verkopen en dus contactgegevens te verkrijgen van de betreffende internetgebruiker (bij daadwerkelijke aanschaf van het product of de dienst). Adverteerders maken juist gebruik van het meer dan 2 miljoen websites en apps omvattende advertentienetwerk van Google om gedetailleerde interesseprofielen te krijgen, en specifieke gebruikers met gepersonaliseerde advertenties te verleiden tot aankoop van het geadverteerde.¹⁶

Door te stellen dat geen sprake zou zijn van persoonsgegevens van niet-geauthenticeerde (en passieve gebruikers), zonder gemotiveerd aan te geven waarom het rechtsvermoeden niet van toepassing is, stelt Google zich op het standpunt dat Europese privacyregels op een groot deel van haar diensten niet van toepassing zouden zijn. Daarmee gaat Google voorbij aan het feit dat het rechtsvermoeden in de Tw juist betrekking heeft op de privacy-impact van het in kaart brengen van surf- en zoekgedrag middels cookies en andere tracking methodes voor commerciële doeleinden.¹⁷

Nu Google niet voldoende heeft gemotiveerd dat herleidbaarheid redelijkerwijs niet mogelijk is door haar of door een derde partij, acht het CBP het rechtsvermoeden ten aanzien van de door Google gebruikte *tracking cookies* niet weerlegd.

Ten aanzien van de 'vanity searches' merkt het CBP op dat een meerderheid van internetgebruikers wel eens naar zichzelf zoekt via zoekmachines¹⁸, en dat dit niet alleen ijdelheid betreft, maar ook een veel aangeraden methode om te controleren wat andere mensen te

¹⁶ Uit de publicatie op 4 oktober 2013 in de Engelse krant The Guardian van een (analyse van een) powerpointpresentatie van de NSA blijkt overigens dat ook de Amerikaanse geheime dienst NSA DoubleClick-cookies plaatst in de browsers van TOR-gebruikers met als specifieke oogmerk om hen te kunnen identificeren. URL analyse Bruce Schneier: <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/04/tor-attacks-nsa-users-online-anonymity>. Powerpointpresentatie: <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/oct/04/tor-stinks-nsa-presentation-document>, p. 8-9.

¹⁷ "Wanneer door middel van het gebruik van cookies persoonsgegevens worden verwerkt, met name bijvoorbeeld door het gebruik van «third party» cookies voor «behavioral advertising», dient de gebruiker zelf een expliciete keuze te maken." en: "Ook wanneer niet kan worden bewezen dat in de strikte zin van het woord persoonsgegevens worden verzameld of verwerkt, worden de bedoelde handelingen aangemerkt als het verzamelen of verwerken van persoonsgegevens. Daarmee gaat voor deze categorie handelingen, waarvan het plaatsen en uitlezen van zogeheten tracking cookies de meest bekende is, het strengere regime van de Wbp gelden. Dat wil zeggen dat de gebruiker een ondubbelzinnige toestemming moet verstrekken." Toelichting bij het nader gewijzigd amendement van de leden Van Bommel en Van Dam op de Wijziging van de Telecommunicatiewet, Kamerstukken II 2011/12, 32 549, nr. 39. Vergelijk ook de toelichting van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer over het rechtsvermoeden: "Door het rechtsvermoeden dat de Tweede Kamer aan de cookiebepaling heeft toegevoegd wordt de bewijslast omgekeerd wat het voor het College Bescherming Persoonsgegevens gemakkelijker maakt om effectief toezicht te houden op de naleving van de Wbp ten aanzien van tracking cookies." Kamerstukken II 2011/12, 32 549, nr. 47, brief van 8 maart 2012.

¹⁸ Een recent onderzoek van het Amerikaanse Pew Research Center geeft aan dat 56% van de (Amerikaanse) internetgebruikers naar zichzelf heeft gezocht. PewInternet, '56% of Internet Users Have Searched for Themselves Online', 27 september 2013, URL: <http://pewinternet.org/Media-Mentions/2013/56-percent-of-Internet-Users-Have-Searched-for-Themselves-Online.aspx> (URL laatst bezocht op 29 oktober 2013).

zien krijgen als zij naar jouw naam zoeken, bijvoorbeeld als je solliciteert.¹⁹ Feit is ook dat al in 2006 werd vastgesteld, na de vrijgave van een groot aantal zoekopdrachten in combinatie met een uniek nummer per gebruiker door de Amerikaanse internetprovider AOL²⁰, dat bepaalde individuen feitelijk konden worden geïdentificeerd door de combinatie van vanity searches met andere zoekopdrachten. In combinatie met de IP-adressen is dit (voor Google en voor derden) nog veel eenvoudiger. Feit is ook dat Google zelf in eerdere rechtszaken juist het privacybelang heeft erkend van zoekopdrachten omdat er gevoelige persoonsgegevens in voorkomen.²¹ In de rechtszaak van het Amerikaans Openbaar Ministerie in 2006 tegen Google in verband met de weigering om een groot aantal zoekopdrachten beschikbaar te stellen, verklaarde Google: *“There are ways in which a search query alone may reveal personally identifying information.”*²²

De zienswijze van Google heeft op het punt van de identificeerbaarheid van de niet-geauthenticeerde gebruikers en passieve gebruikers van Google diensten geleid tot uitbreiding van de beoordeling in het rapport. De zienswijze van Google heeft op dit punt niet geleid tot aanpassing van de conclusies in het rapport, omdat het geen aanpassing vergt van dragende of doorslaggevende argumenten ter onderbouwing van het oordeel dat Google persoonsgegevens verwerkt van niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers.

4. Doeleinde

Zienswijze Google: Google stelt zich in haar zienswijze op het standpunt: *“Het nieuwe Privacy beleid (...) brengt de realiteit tot uitdrukking dat Google één geïntegreerde dienst levert.”*²³ Googles dienst bestaat uit verschillende componenten, die elk afzonderlijk soms ook worden aangeduid als ‘dienst’, ‘product’, ‘tool’, ‘feature’, of ‘functionaliteit’, waarbij gebruikers zelf kunnen kiezen welke componenten zij willen gebruiken. Google doet dit op dezelfde manier als bijvoorbeeld telecompartijen die vaste telefonie, mobiele telefonie, internettoegang en televisie aanbieden in één pakket of banken die meerdere diensten leveren via een geïntegreerde website en met gebruikmaking van één gebruikersnaam en wachtwoord. Het lijkt ook op een office-pakket, waarmee de gebruiker spreadsheets kan maken, kan tekstverwerken en kan e-mailen. Google betwist dat sprake zou zijn van verschillende doeleinden van de gegevensverwerking: *“Deze categorisatie [door het CBP, toevoeging door het CBP] miskent Googles enkele, primaire doelstelling*

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Intermediair, 'Solliciteren? Google jezelf naar binnen!', 4 april 2013, URL: <http://www.intermediair.nl/vakgebieden/it-internet/solliciteren-google-jezelf-naar-binnen> (URL laatst bezocht op 29 oktober 2013).

²⁰ Zie bijvoorbeeld New York Times, 'A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749', URL: <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10612FC345B0C7A8CDDA10894DE404482> (URL laatst bezocht op 29 oktober 2013).

²¹ Begin 2006 heeft Google geweigerd om een groot aantal zoekopdrachten te overhandigen aan het Amerikaanse ministerie van Justitie, mede vanuit het privacybelang van gebruikers. Zie: The Guardian, Google refuses White House search request, 20 januari 2006, URL: <http://www.theguardian.com/technology/2006/jan/20/searchengines.usnews> (URL laatst bezocht op 9 oktober 2013). In juli 2013 heeft Google een settlement aangeboden van 8,5 miljoen dollar in twee gevoegde zogenaamde 'class action' zaken van gebruikers die klaagden dat hun zoekopdrachten, waaronder specifieke vanity searches, via de URL referrers aan derde partijen werden doorgegeven zonder hun toestemming. Zie bv MediaPost, 'Google To Settle 'Data Leakage' Case For \$8.5 Million', 22 juli 2013, URL: <http://www.mediapost.com/publications/article/205047/#axzz2hDZPbK54> (URL laatst bezocht op 9 oktober 2013).

²² Declaration of Matt Cutts in “Gonzales v. Google”, 234 F.R.D. 674 (N.D. Cal. 2006) p. 9, URL: <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/5:2006mc80006/175448/14/0.pdf>.

²³ Zienswijze Google, randnummer 23.

voor het gebruik van persoonsgegevens: om haar online dienst te leveren aan haar gebruikers. Google verzamelt gegevens voor dat doel (zowel wanneer geauthenticeerde gebruikers aanvankelijk hun Google Account aanmaken als wanneer gebruikers de Google dienst gebruiken) en verwerkt ze verder voor dat doel.”²⁴

Reactie CBP: De door het CBP onderzochte doeleinden betreffen niet alleen het combineren van persoonsgegevens van geauthenticeerde gebruikers, waarvan Google erkent dat het persoonsgegevens zijn, maar ook het combineren van persoonsgegevens van niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers. In antwoord op vragen van de CNIL, in de zienswijze voor het CBP en in GPP2012 schrijft Google herhaaldelijk over diensten (de term services komt 42 keer voor in GPP2012). In GPP2012 noemt Google ook verschillende doeleinden van de gegevensverwerking. Het CBP heeft in dit rapport vier van deze feitelijke doeleinden onderzocht.

Omdat de beschrijving van het doel/de doelen waarvoor Google gegevens verzamelt, niet consistent en eenduidig is, is het aan het CBP om de feitelijke doelen van de gegevensverwerking te onderzoeken en vast te stellen. Het CBP verwijst daarbij ook naar de opinie van de Artikel 29-werkgroep over doelbinding. *"(...) where the purposes are specified inconsistently or the specified purposes do not correspond to reality (...), all factual elements, as well as the common understanding and reasonable expectations of the data subjects based on such facts, shall be taken into account to determine the actual purposes.”²⁵*

Het CBP heeft in dit kader vier feitelijke doelen onderscheiden, en vastgesteld dat deze zo vaag of ruim zijn dat ze tijdens het verzamelproces niet zonder meer een kader kunnen bieden waaraan kan worden getoetst of de gegevens nodig zijn voor dat doeleinde of niet (zie verder hieronder, onder het kopje 'Welbepaalde en gerechtvaardigde doeleinden').

In werkelijkheid bestaat er voor gebruikers niet zoiets als één Google-dienst, maar een palet aan diensten, waarbij gebruikers er bewust voor kiezen om wel gebruik te maken van de ene dienst, maar niet van de andere dienst, en ervoor kiezen om wel of niet in te loggen, zoals Google ook zelf aangeeft in haar zienswijze.²⁶

Voor zover Google zich op het standpunt stelt dat 'Het leveren van de Google-dienst' het overkoepelende hoofddoel van de verwerking is, vat het CBP de vier onderzochte doeleinden ten aanzien van geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde gebruikers op als zelfstandige subdoeleinden van dit hoofddoeleinde. Ten aanzien van passieve gebruikers vat het CBP de drie doeleinden die op hen van toepassing zijn, op als naast elkaar staande (zelfstandige) doeleinden. Passieve gebruikers hebben geen contractuele relatie met Google en daarom kan in dat geval van subdoelen van de verwerking bij hen geen sprake zijn (zie hierover verder paragraaf 7 van deze bijlage, 'Uitvoering van een overeenkomst').

Voor zover Google zich op het standpunt stelt dat 'Het leveren van de Google-dienst' het overkoepelende hoofddoel van de verwerking is, geldt dat Google dit voor het eerst noemt in deze zienswijze, en niet in GPP2012 of in een melding bij het CBP. Alsdan is dit doeleinde te laat

²⁴ Zienswijze Google, randnummer 24-26.

²⁵ Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013 on purpose limitation, p. 19, URL: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

²⁶ Zienswijze Google, randnummer 74: "Een gebruiker kan zelf bepalen (..) om wel of niet een specifiek Google product zoals Gmail of Drive te gebruiken (..)"

vastgesteld en/of te laat uitdrukkelijk omschreven. De ratio van artikel 7 van de Wbp is immers dat de doelomschrijving van te voren vastgesteld moet zijn om daarna te kunnen toetsen (bijvoorbeeld in het kader van artikel 9 van de Wbp) of er sprake is van (verdere) verwerking (van de reeds verzamelde gegevens) voor onverenigbare doeleinden.

De zienswijze van Google heeft op dit punt geleid tot aanvulling van de feiten ten aanzien van het door Google genoemde (hoofd)doeleinde van de verwerkingen en van de beoordeling ten aanzien van de feitelijke doeleinden waarvoor Google gegevens verwerkt. De zienswijze heeft op dit punt niet geleid tot aanpassing van de conclusies.

Welbepaalde en gerechtvaardigde doeleinden

Zienswijze Google: Google stelt dat het CBP suggereert dat de doeleinden waarvoor Google persoonsgegevens verwerkt onvoldoende welbepaald zijn vanwege de verwijzing door Google in het Privacy beleid naar mogelijk toekomstige activiteiten waarbij persoonsgegevens verwerkt zouden worden (bijvoorbeeld een bestaande feature van haar online dienst die wordt verbeterd om deze gebruikersvriendelijker te maken of een bepaalde tekortkoming te verhelpen). Volgens Google zullen veel van deze toekomstige activiteiten van Google geen ander doel dienen, maar hetzelfde uitdrukkelijk bepaalde, legitieme doel (het leveren van de Google dienst). Voor zover informatie wordt verwerkt voor productontwikkeling, worden gebruikers in het Privacy beleid geïnformeerd dat Google de verstrekte informatie mag gebruiken om nieuwe producten te ontwikkelen. Google geeft aan dat zij zich altijd zal moeten afvragen of het nodig is nadere informatie te verstrekken of toestemming te verkrijgen, uit het oogpunt van een behoorlijke gegevensverwerking en gezien de redelijke verwachtingen van gebruikers en de aard van de verwerking. Maar het zou een aanzienlijke beperking opleveren van het innovatievermogen van de gehele bedrijfstak als Google en andere verantwoordelijken meer details moeten geven over toekomstige productontwikkeling.²⁷ Google citeert uit de opinie van de Artikel 29-werkgroep over doelbinding: *"It is also possible that when initially specifying the purpose, neither the controller nor the data subject thought additional purposes would be necessary, although it subsequently transpired that the data could indeed be very useful for other things."*²⁸ Google kan geen gedetailleerde beschrijving geven van een toekomstige verwerkingsoperatie en er bestaat ook geen juridische verplichting om informatie te verstrekken van vormen van gegevensverwerking die feitelijk niet plaatsvinden.²⁹

Google meent dat zij zich op meerdere gronden in artikel 8 van de Wbp kan beroepen en dat zij de persoonsgegevens daarom voor een gerechtvaardigd doeleinde verwerkt.³⁰

Reactie CBP: Ten aanzien van de vier feitelijke doeleinden voor het combineren van gegevens over en uit meerdere diensten die het CBP in dit rapport heeft onderzocht, geldt dat deze onvoldoende bepaald zijn in GPP2012 en onderliggende pagina's waarnaar in GPP2012 wordt verwezen.³¹

²⁷ Zienswijze Google, randnummers 78-82. Google citeert uit Artikel 29-werkgroep, Opinion 03/2013 on purpose limitation, p. 21.

²⁸ Zienswijze Google, randnummer 83.

²⁹ Zienswijze Google, randnummer 82.

³⁰ Zienswijze Google, randnummer 82.

³¹ Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013 on purpose limitation, p. 19: *"It is important to emphasize that a failure to state, or accurately state the purpose or purposes for processing does not mean that the data controller can process personal data for any and all purposes at its discretion, or that it is free to determine the purposes based on its subjective expectations or unilateral interpretation of inconsistent information. (...) In such cases it will be necessary to reconstruct the purposes of the processing, keeping in mind the facts of the case."*

Google beschrijft in GPP2012 dat zij de verzamelde gegevens kan gebruiken voor de (voor dit rapport relevante) doeleinden "om nieuwe services te ontwikkelen" en "om gepersonaliseerde inhoud aan u te leveren, zoals relevantere zoekresultaten en advertenties". Google beschrijft in GPP2012 tevens dat zij gegevens uit verschillende diensten kan combineren. "We kunnen persoonlijke gegevens uit een bepaalde service combineren met gegevens uit andere Google-services, waaronder persoonlijke gegevens, zodat u bijvoorbeeld gemakkelijker dingen kunt delen met mensen die u kent." Uit de informatie over de dienst Analytics blijkt tevens dat Google gegevens die zij via deze dienst verkrijgt, conform het privacybeleid kan gebruiken. Onder verwijzing naar de opinie van de Artikel 29-werkgroep over doelbinding concludeert het CBP dat zulke ongedetailleerde doeleinden niet welbepaald zijn, en onvoldoende ingaan op de wijze waarop de persoonsgegevens worden verwerkt.³²

Het doelbindingsbeginsel sluit uit dat persoonsgegevens voor onverwachte en onverenigbare nieuwe doeleinden kunnen worden gebruikt. In samenhang met de transparantievereisten leidt een juiste toepassing van het doelbindingsbeginsel tot minimalisering van de verrassingen voor gebruikers (*surprise minimisation*³³). Dat wil zeggen dat mensen die overwegen om bewust van diensten van Google gebruik te maken (ongeacht of ze geauthenticeerd of niet-geauthenticeerd zijn), op voorhand moeten kunnen begrijpen voor wat voor doeleinden Google de gegevens verzamelt en daardoor zeggenschap krijgen of zij hun gegevens voor die specifieke doeleinden willen laten verzamelen. Het doeleinde mag niet zo vaag of ruim zijn dat dat zij tijdens het verzamelproces geen kader kan bieden waaraan getoetst kan worden over de gegevens nodig zijn voor dat doel of niet.³⁴ Het verzamelen van persoonsgegevens voor een doel dat in de toekomst wordt vastgesteld, voor 'je weet maar nooit', mag in beginsel dus niet.

Ten aanzien van de door Google genoemde doeleinden geldt dat noch gebruikers noch toezichthouders uit de doelomschrijving 'het leveren van de Google dienst', in samenhang met de mededelingen in GPP2012, zonder meer kunnen opmaken dat Google allerlei gegevens afkomstig uit en over het gebruik van verschillende Google-diensten combineert en verwerkt voor vanuit gebruikersperspectief hele verschillende doeleinden als het tonen van gepersonaliseerde advertenties, productontwikkeling of het personaliseren van diensten op basis van informatie uit andere diensten. Het door Google toegevoegde voorbeeld "zodat u bijvoorbeeld gemakkelijker dingen kunt delen met mensen die u kent" heeft betrekking op geauthenticeerde gebruikers, en wijst niet op het feit dat Google de verzamelde gegevens zelf voor eigen doeleinden combineert, van alle drie de soorten gebruikers. Het CBP verwijst hierbij opnieuw naar de opinie van de Artikel 29-werkgroep over doelbinding dat: "(...) *each separate purpose should be specified in enough detail to be able to assess whether collection of personal data for this purpose complies with the law, and to establish what data protection safeguards to apply.*"³⁵ Ook volgens de

³² Zie ook Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013 on purpose limitation, p. 16 en 52: "(...) *a purpose that is vague or general, such as for instance 'improving users experience', 'marketing purposes', 'IT-security purposes' or 'future research' will - without more detail - usually not meet the criteria of being 'specific'.*" En: "(...) *In this case [van een groot bedrijf dat werkzaam is in heel Europa en complexe analytics gebruikt om gepersonaliseerde aanbiedingen en advertenties te doen, toevoeging door het CBP], the purposes must be specified in a much more detailed and comprehensive way, including, among other things, 'the way in which' personal data are processed.*"

³³ Begrip ontleend aan de Warsaw Declaration on the appification of society, zoals aangenomen tijdens de jaarlijkse internationale vergadering van data protection commissioners te Warschau op 24 september 2013, URL: http://www.priv.gc.ca/information/conf2013/declaration_e.asp

³⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 79.

³⁵ Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013, p. 16.

wetsgeschiedenis bij de Wbp worden bij een hoofddoel met subdoelen of naast elkaar staande doelen de onderdelen elk afzonderlijk getoetst aan artikel 7 van de Wbp.³⁶

Het CBP stelt verder niet dat Google uitgebreid zou moeten informeren over toekomstige productontwikkeling, maar stelt vast dat de doelomschrijving 'gegevens gebruiken om services te verbeteren en om nieuwe services te ontwikkelen' onvoldoende specifiek is om gebruikers zeggenschap te geven of zij Google gegevens willen laten combineren met gegevens over en uit andere diensten voor dit doeleinde en te beoordelen of de verwerkingen rechtmatig zijn (zie hierboven in deze bijlage). Evenmin betoogt het CBP dat Google zou moeten informeren over vormen van gegevensverwerking die feitelijk niet plaatsvinden. Dit komt aan de orde in paragraaf 5 van deze bijlage, 'Informatie'.

Ten aanzien van de door Google aangehaalde zinsnede uit de opinie van de Artikel 29-werkgroep merkt het CBP op dat deze passage uit het hoofdstuk komt dat betrekking heeft op de beoordeling of de (verdere) verwerkingen verenigbaar zijn met de doeleinden (Assessment of compatibility), als bedoeld in artikel 9 van de Wbp.

De door Google geciteerde zinsnede wordt in de Opinie gevolgd door de vaststelling: "*In some of these (and similar) situations, a change of purpose may be permissible, and further processing may be considered not incompatible, provided that the compatibility test is satisfied* [onderstreping toegevoegd door het CBP]."³⁷ In de hierop volgende pagina's van de opinie gaat WP29 in op de sleutelfactoren om verenigbaarheid van de (verdere) verwerking te beoordelen. Daarbij noemt WP29 onder andere de redelijke verwachting die een gebruiker heeft van verdere verwerking van zijn gegevens op het moment dat de gegevens worden verzameld, de wijze waarop gegevens verder worden verwerkt, de aard van de gegevens, de impact die de verdere verwerking heeft op zijn persoonlijke levenssfeer en de waarborgen die een verantwoordelijke heeft getroffen om nadelige gevolgen te beperken. Ten aanzien van de wijze van verdere verwerking merkt WP29 specifiek op: "*Relevant impact in a larger sense may also involve the way in which data are further processed: such as (...) whether large amounts of personal data are processed or combined with other data (e.g. in case of profiling, for commercial, law enforcement or other purposes), particularly if such operations were not foreseeable at the time of collection.*"³⁸ Omdat verdere verwerking (artikel 9 van de Wbp) buiten de scope valt van dit onderzoek door het CBP, gaat het CBP verder niet in op dit onderdeel van de zienswijze van Google.

De belangrijkste conclusie van WP29 over de betekenis van 'specific purposes' (de voorwaarde dat doeleinden welbepaald dienen te zijn) luidt als volgt: "*Purposes must be specific. This means that - prior to, and in any event, no later than the time when the collection of personal data occurs - the purposes must be precisely and fully identified to determine what processing is and is not included within the specified purpose and to allow that compliance with the law can be assessed and data protection safeguards can be applied.*"³⁹

³⁶ "In de twee andere gevallen (van subdoelen en naast elkaar staande doelen, toevoeging CBP) worden de onderdelen van de doelstelling elk afzonderlijk getoetst aan artikel 7 van dit wetsvoorstel, waarbij wordt gelet op de onderliggende rechtsverhouding. Dit kan zich met name voordoen bij bedrijven en instellingen die uiteenlopende diensten leveren en die met hun cliënten dus ook uiteenlopende rechtsverhoudingen kunnen hebben." Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 79.

³⁷ Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013, p. 21.

³⁸ Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013, p. 26.

³⁹ Artikel 29-werkgroep, Opinie 3/2013, p. 39.

In reactie op de zienswijze van Google dat zij zich altijd zal moeten afvragen of het nodig is nadere informatie te verstrekken of toestemming te verkrijgen, heeft het CBP een nieuwe paragraaf toegevoegd aan de feiten in het Rapport definitieve bevindingen In paragraaf 3.6 van het Rapport definitieve bevindingen heeft het CBP vastgesteld dat Google sinds de invoering van GPP2012 geen hernieuwde grondslag heeft gezocht voor de nieuwe gegevensverwerking van het combineren van bestaande gegevens uit andere diensten met nieuwe gegevens (die via de nieuwe dienst worden verkregen). In geen van deze gevallen heeft Google de (geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde) gebruikers geïnformeerd of en hoe reeds verzamelde gegevens zouden worden gecombineerd met gegevens over en uit de nieuwe dienst. Dat geldt in het bijzonder voor de integratie van YouTube. Google heeft toegelicht dat zij door de wijziging van het privacybeleid in staat is om gegevens van YouTube te delen met haar andere diensten, waar dat voorheen niet mogelijk was op grond van het privacybeleid van YouTube.⁴⁰ Google heeft sindsdien geen duidelijke informatie toegevoegd aan de YouTube website over haar identiteit als verantwoordelijke en evenmin specifieke informatie verstrekt via YouTube over de gevolgen van de integratie. Het CBP begrijpt hieruit dat Google het combineren van gegevens over het gebruik van YouTube niet als nieuw doeleinde opvat, en daarom geen specifieke toestemming heeft gevraagd, noch de gebruikers apart heeft geïnformeerd. Omdat de genoemde doeleinden in GPP2012 en onderliggende pagina's onvoldoende specifiek zijn om dit te kunnen voorzien, kunnen gebruikers daarom door deze integratie worden verrast als zij ontdekken dat de zoekresultaten mede gebaseerd zijn op kijkgedrag, of dat de gepersonaliseerde advertenties die zij ontvangen op websites van derde partijen, mede gebaseerd worden op de films die ze via YouTube hebben bekeken.

De zienswijze van Google heeft op dit punt geleid tot aanvulling van de feiten en de beoordeling ten aanzien van het (hoofd)doeleinde, waarvoor Google zegt gegevens te verwerken. De zienswijze heeft op dit punt niet geleid tot aanpassing van de conclusie dat Google gegevens van de drie soorten gebruikers niet voor welbepaalde en voldoende specifieke doeleinden verwerkt. Evenmin is de conclusie aangepast dat de onderzochte feitelijke doeleinden waarvoor Google de gegevens verzamelt, ten aanzien van alle drie de soorten gebruikers niet gerechtvaardigd zijn, door het ontbreken van een grondslag. Dit gebrek aan grondslag wordt nader toegelicht in paragraaf 7 van deze bijlage, 'Grondslag'.

5. Informatie

Zienswijze Google: Google merkt op dat het in haar belang is dat gebruikers bereid blijven de persoonlijke gegevens te verstrekken waarmee Google haar dienst kan aanbieden. Gebruikers zitten op geen enkele manier 'vast' aan Googles dienst, maar kunnen op elk gewenst moment eenvoudig overstappen naar een concurrent.⁴¹ Volgens Google is overigens geen sprake van een 'marktaandeel' in Search en andere diensten, maar van een 'gebruiksaandeel'. Google geeft aan dat gebruikers en *Original Equipment Manufacturers* (van smartphones met het Android besturingssysteem) gemakkelijk naar alternatieven kunnen overstappen tegen beperkte (of zelfs zonder) kosten, en dat de door het CBP genoemde aandelen daarom geen zinvolle maatstaf bieden voor Googles positie op die twee gebieden. Het gebruiksaandeel van Search zou

⁴⁰ Brief Google aan leden van het Amerikaans Congres van 30 januari 2012: "*We had not updated YouTube's original privacy policy to include Google, with the result that Google could share information with YouTube, but not vice versa.*"

⁴¹ Zienswijze Google, randnummers 27-28.

bovendien onjuist zijn, omdat daarin verticale zoekdiensten, sociale netwerken en informatiesites als Wikipedia niet meegenomen zijn.⁴²

Het Privacy beleid is gericht op een enorm brede gebruikersgroep verspreid over de hele wereld, die gebruik (kan) maken van een scala aan opties. Het Privacy beleid is daarom qua woordkeuze, stijl en detailleringniveau geformuleerd op een manier die begrijpelijk is voor álle gebruikers, van IT-professional tot grootmoeder. Google stelt zich op het standpunt dat haar Privacy beleid voldoende details bevat en gebruikers voldoende specifieke informatie geeft over de wijze waarop Google hun gegevens gebruikt om haar online dienst te leveren, waaronder informatie over de ontvangers van de gegevens en over het bestaan van inzage- en correctierechten. Google gebruikt daarnaast 'in-product notices' om gebruikers te informeren dat het verschaffen van bepaalde persoonlijke informatie nodig is voor Google om de dienst te kunnen aanbieden, dan wel dat dit juist optioneel is. Dit terwijl de wettelijke noodzaak om dergelijke informatie te verschaffen afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Conform de wensen van de Artikel 29-werkgroep heeft Google een Privacy beleid opgesteld dat niet onnodig ingewikkeld of juridisch is geformuleerd, met een mate van detaillering en 'gelaagdheid' die zij voor de doelgroep geschikt acht (en die niet snel verouderd raakt door technologische ontwikkelingen). Het Privacy beleid bevat hyperlinks waarmee de geïnteresseerde gebruiker elders verder kan lezen. Volgens Google houdt het CBP onvoldoende rekening met dergelijke factoren. Google stelt dat het niet functioneel is om in het Privacy beleid expliciet melding te maken van IMEI's, MAC-adressen, UUID en versnellingsmeters, aangezien dergelijke begrippen voor de meeste gebruikers onbegrijpelijk zijn. Volgens Google miskent het CBP ook de rol van aanvullende privacy documenten zoals de 'in-product notices', uitleg van belangrijke termen, 'Veel gestelde vragen', 'Google ondersteuning' en informatie over hoe Google cookies gebruikt.⁴³

Reactie CBP: Het CBP heeft de term marktaandeel vervangen door de term gebruiksaandeel in de feiten en beoordeling in het Rapport definitieve bevindingen. De boven geciteerde zienswijze over het bestaan van alternatieven voor Google-diensten is toegevoegd aan het feitelijk kader. De zienswijze van Google heeft op dit punt niet geleid tot aanpassing van de beoordeling en conclusies in het rapport, omdat het geen aanpassing vergt van de beoordeling dat Google in Nederland een dominante partij is bij het gebruik van tracking cookies voor commerciële doeleinden

Het CBP betoogt geenszins dat Googles privacybeleid heel ingewikkeld, lang, technisch of juridisch van aard zou moeten zijn. Doel van de informatieplicht is om inzicht te geven in de belangrijkste eigenschappen en kenmerken van de dienstverlening, op een wijze die alle soorten gebruikers in staat stelt een bewuste keuze te maken of zij instemmen met de voorgestelde gegevensverwerking en de impact die dit heeft op hun persoonlijke levenssfeer.

In het Rapport voorlopige bevindingen is het CBP uitgebreid ingegaan op alle informatie die Google verstrekt naast GPP2012, waaronder de 'in-product notices', de genoemde pagina met informatie over cookies en andere pagina's. Het CBP heeft vastgesteld dat deze aanvullende toelichtingen vrijwel geen informatie bevatten over de verwerking van persoonsgegevens die Google verzamelt, verwerkt en vooral combineert over het gebruik van haar verschillende diensten. De 'in-product notices' zien, zoals reeds toegelicht in het Rapport voorlopige

⁴² Zienswijze Google, randnummer 27, voetnoot 1.

⁴³ Zienswijze Google, randnummers 27-36, 80 en 89. Zie ook randnummers 53-54 over de gelaagde informatie over haar advertenties, hoe gebruikers hun advertentie-instellingen kunnen beheren en gebruik kunnen maken van Googles privacy-tools.

bevindingen, vrijwel exclusief op het gebruik van informatie die geauthenticeerde gebruikers van Google-diensten bewust aan Google verstrekken, zoals documenten, e-mail en de inhoud van een persoonlijk profiel op Google+ en hoe zij deze informatie kunnen afschermen voor derden (maar niet voor Google). Het CBP betoogt geenszins dat Googles privacybeleid heel ingewikkeld, lang, technisch of juridisch van aard zou moeten zijn. Doel van de informatieplicht is om inzicht te geven in de belangrijkste eigenschappen en kenmerken van de dienstverlening, op een wijze die alle soorten gebruikers in staat stelt een bewuste keuze te maken of zij instemmen met de voorgestelde gegevensverwerking en de impact die dit heeft op hun persoonlijke levenssfeer.

Indien Google haar privacybeleid zou willen opstellen conform de wensen van de Artikel 29-werkgroep, zou dit een gelaagd beleid zijn, met de belangrijkste informatie voor gebruikers in de eerste laag, detaillering in een tweede laag, bijvoorbeeld door hyperlinks, en alle verdere relevante details in een eventuele derde laag.⁴⁴ De eerste laag moet de kerninformatie bevatten waarmee gebruikers kunnen bepalen wat de impact is van de verwerkingen op hun persoonlijke levenssfeer, en dus een begrijpelijk overzicht bevatten van de soorten persoonsgegevens die Google verwerkt, voor welke doeleinden. Uit die doeleinden moet een gebruiker zonder moeite kunnen begrijpen wat er wel en wat er niet met zijn gegevens gebeurt.⁴⁵ Die informatie zou niet beperkt moeten zijn tot de geauthenticeerde gebruikers, maar nadrukkelijk ook gericht moeten zijn op niet-geauthenticeerde en passieve gebruikers.

Dat een privacybeleid niet snel mag verouderen door technologische ontwikkelingen, is geen valide argument om te weinig informatie te geven. Voor zover Google, in verband met technologische veranderingen zoals het introduceren van nieuwe diensten, nieuwe soorten persoonsgegevens wil combineren, al dan niet voor nieuwe doeleinden, dient Google betrokkenen daarover in ieder geval te informeren, in het bijzonder via haar privacybeleid. Hoewel de wet niet voorschrijft dat Google een online privacyverklaring/privacybeleid heeft, kan zij - nu de onderlinge communicatie uitsluitend via de elektronische weg plaatsvindt - in de praktijk eigenlijk alleen door middel van zo'n document (tijdig) aan haar informatieverplichting voldoen.

Ten aanzien van technische gegevens als IMEI's, MAC-adressen, UUID en versnellingsmeters geldt dat het voor betrokkenen relevante technische nadere informatie is om te bepalen welke persoonsgegevens voor welke doeleinden worden verwerkt, en om hun rechten te kunnen uitoefenen. Google kan en moet deze gegevens in een tweede laag (via een enkele hyperlink) in haar privacybeleid ontsluiten, gerelateerd aan het specifieke doeleinde waarvoor Google deze gegevens verzamelt en verwerkt.⁴⁶

De beoordeling in het rapport is met bovenstaande toelichting aangevuld. De zienswijze van Google heeft geen gevolgen voor de conclusie dat Google in strijd handelt met artikel 33 en 34

⁴⁴ Artikel 29-werkgroep, Opinion 10/2004 on More Harmonised Information Provisions, p. 8-9, URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp100_en.pdf

⁴⁵ Idem, *"This must offer individuals the core information required under Article 10 of the Directive namely, the identity of the controller and the purposes of processing - except when individuals are already aware -and any additional information which in view of the particular circumstances of the case must be provided beforehand to ensure a fair processing. In addition, a clear indication must be given as to how the individual can access additional information."*

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld ten aanzien van het gebruik van IMEI-nummers de privacy-verklaringen van T-Mobile (URL: <https://www.t-mobile.nl/Global/media/pdf/privacy-statement.pdf>) en KPN (URL: <http://www.kpn.com/privacy.htm>).

van de Wbp, omdat het geen aanpassing vergt van dragende argumenten ter onderbouwing van het oordeel dat GPP2012, ook in combinatie met het geheel aan documenten waar Google naar heeft verwezen en naar verwijst in haar zienswijze, niet voldoende duidelijk is over de kernelementen van de gegevensverwerking(en), met name de soorten persoonsgegevens en voor welke doeleinden zij worden verwerkt.

Googles Privacy beleid is voldoende specifiek

Zienswijze Google: Google betoogt dat haar Privacy beleid voldoende specifiek is. Een privacy beleid beoogt niet te omschrijven wat technisch allemaal mogelijk is of wat de verantwoordelijke niet gaat doen, maar beschrijft met een passende mate van detail wat de verantwoordelijke wel gaat doen. Het gebruik van het woord 'kan' (en 'mogelijk') in het Privacy beleid wordt in de meeste gevallen verklaard en is onvermijdelijk door het feit dat Google de desbetreffende informatie niet noodzakelijkerwijs in alle gevallen zal verzamelen. Dat verzamelen hangt af van (i) de vraag of de gebruiker een bepaalde Google-dienst gebruikt, (ii) de relevantie van de gegevens voor de specifieke dienst en (iii) of de gegevens aan Google worden verstrekt. Dat laatste is bijvoorbeeld niet het geval als de browser van de gebruiker geen cookies accepteert. Dergelijke bewoordingen houden bovendien rekening met toekomstige technologische veranderingen. Een privacy beleid dat alleen onvoorwaardelijke bewoordingen hanteert, houdt geen rekening met die realiteit. De informatie wordt door Google niet fragmentarisch aangeboden onder niet voor de hand liggende kopjes, zoals het CBP stelt. De homepage www.google.nl bevat een hyperlink 'Privacy en voorwaarden', die leidt naar een pagina met een duidelijk overzicht van belangrijkste privacy-gerelateerde documenten zoals het Privacy beleid, de 'Veel gestelde vragen' en de 'Goed om te weten' campagne. De invoering van het nieuwe Privacy beleid behelst juist een significante verbetering ten opzichte van de 60 verschillende privacy policies. De Wbp schrijft niet voor hoe informatie aan de betrokkene moet worden verstrekt. De Wbp noch de Privacyrichtlijn verplicht de verantwoordelijke om af te zien van wijziging in zijn privacy beleid of documentatie of om betrokkenen te informeren over inmiddels vervangen privacybeleid of documentatie of over wijzigingen die in het verleden hebben plaatsgevonden.⁴⁷

Reactie CBP: Een privacybeleid hoeft niet gedetailleerd toe te lichten welke gegevensverwerkingen niet van toepassing zijn, maar dient betrokkenen een duidelijk beeld te geven van de beoogde gegevensverwerkingen. Het doel van de informatieplicht is dat een gemiddelde internetgebruiker op grond van de informatie in het privacybeleid en onderliggende pagina's in staat is in te schatten welke soorten persoonsgegevens voor welke doeleinden worden verwerkt, wat de gevolgen van die verwerkingen zijn en hoe hij zijn rechten kan uitoefenen. Het specifiek informeren van betrokkenen betekent daarom automatisch dat ook de grenzen van de gegevensverwerking moeten worden aangegeven. Dat betekent dat Google de geschetste omstandigheden waarin zij gegevens daadwerkelijk combineert voor de onderzochte vier feitelijke doeleinden, wel degelijk helder kan en moet toelichten in haar privacybeleid. Google zou kunnen en moeten verduidelijken voor elk van de vier onderzochte doeleinden van het combineren van gegevens welke persoonsgegevens zij per doeleinde combineert, en daarbij ingaan op de belangrijkste kanalen waarlangs zij gegevens verzamelt, zoals het Google account met Gmail, Drive, Google+ en Google Play en Google Music, open diensten als Search, Maps en YouTube en tenslotte, gegevens die zij verzamelt via websites van derde partijen.

⁴⁷ Zienswijze Google, randnummers 37-40.

Daarbij kan en moet Google preciseren dat zij bepaalde gegevens alleen verzamelt als een gebruiker (bewust) een bepaalde Google-dienst gebruikt (gespecificeerd of het uitmaakt dat een gebruiker is ingelogd of niet) en uitleggen dat zij soms bepaalde gegevens niet verzamelt, bijvoorbeeld als de gebruiker zijn browser zodanig heeft ingesteld dat geen (third party) cookies worden geaccepteerd.⁴⁸

De door Google geschetste afhankelijkheid of het verzamelen van gegevens 'relevant' is voor een specifieke dienst, biedt geen handvat aan gebruikers om te beoordelen of bepaalde gegevens van hen worden verwerkt en zo ja, of die verwerkingen rechtmatig zijn. Uit de huidige formuleringen in GPP2012 kan een doorsnee gebruiker niet opmaken wanneer een gegeven volgens Google relevant is voor de door het CBP onderzochte doeleinden van het combineren van gegevens. Op het punt van 'relevantie' houdt Google nadrukkelijk alle mogelijkheden open. Is de inhoud van documenten in Google Drive of een overzicht van bekeken filmpjes op YouTube relevant voor het personaliseren van advertenties, binnen Google (bijvoorbeeld via Gmail) of op websites van derde partijen? Zijn routebeschrijvingen die via Maps zijn opgevraagd relevant voor het personaliseren van zoekresultaten? De geauthenticerde en niet-geauthenticerde gebruikers krijgen hierover geen informatie. Zijn identifiers van en op mobiele apparaten relevant voor het personaliseren van advertenties op websites van derde partijen? Als passieve gebruikers van Google diensten al in aanraking komen met het privacybeleid van Google, kunnen zij geen antwoord op deze vragen vinden.

Dat Google zo vaak het woord 'kan' zou moeten gebruiken in GPP2012 om rekening te kunnen houden met technologische veranderingen, is, zoals hierboven vermeld, geen valide argument. Voor zover Google, in verband met technologische veranderingen zoals het introduceren van nieuwe diensten, nieuwe soorten persoonsgegevens wil combineren, voor nieuwe doeleinden die niet redelijkerwijs verwacht kunnen worden door betrokkenen, dient Google maatregelen te treffen, zoals het informeren van betrokkenen of het vragen van toestemming voor die nieuwe verwerking, zeker ten aanzien van betrokkenen (in alle drie de hoedanigheden) waarover Google reeds gegevens heeft verzameld

In GPP2012 stelt Google dat zij om toestemming vraagt "*voordat we gegevens gebruiken voor andere doeleinden dan die in dit Privacybeleid worden beschreven*". Uit het aanvullend feitenonderzoek blijkt dat deze waarborg in de praktijk (nog) niet is toegepast. Uit het feitenonderzoek blijkt dat Google onder 'toestemming' (ten onrechte) een opt-out mogelijkheid verstaat, zoals bij de recente wijziging van de terms of service ten aanzien van Google+ gebruikers, waardoor Google foto's en gegevens uit Google+ profielen kan gebruiken in advertenties. Deze onjuiste invulling van het begrip toestemming blijkt ook uit de manier waarop Google op haar eigen websites en via websites van derde partijen om 'toestemming' vraagt voor de gegevensverwerkingen die samenhangen met het plaatsen en uitlezen van *tracking cookies*. De mededeling in GPP2012 over het vragen van toestemming is daardoor onjuiste informatie, althans onvoldoende duidelijk, over wanneer sprake is van toestemming en/of van andere doeleinden.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld het Cookie- en Privacybeleid van Albert Heijn (versie juni 2012) op het punt van gelaagde informatie en de gegevens die worden verwerkt bij het gebruik van de Anonieme Bonuskaart in combinatie met verschillende AH diensten. CBP, z2012-00068, Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door Albert Heijn B.V. in het kader van de AH Bonuskaart/het voordeelprogramma Mijn Bonus, november 2012, bijlage 2, URL: http://www.cbppweb.nl/downloads_rapporten/rap_2012-ah-bonus-persoonsgegevens.pdf.

De beoordeling in het rapport is met bovenstaande toelichting aangevuld. De zienswijze van Google heeft geen gevolgen voor de conclusie dat Google in strijd handelt met artikel 33 en 34 van de Wbp, omdat het geen aanpassing vergt van dragende argumenten ter onderbouwing van het oordeel dat GPP2012, ook in combinatie met het geheel aan documenten waar Google naar heeft verwezen en naar verwijst in haar zienswijze, niet voldoende specifiek is over de soorten persoonsgegevens die zij combineert voor de doeleinden personaliseren van gevraagde diensten, personaliseren van advertenties, productontwikkeling en analytics.

Het CBP merkt op dat Google zichzelf tegen lijkt te spreken wanneer zij er enerzijds op wijst dat de pagina 'Privacy en voorwaarden' een duidelijk overzicht geeft van de belangrijkste privacy-gerelateerde documenten, terwijl zij anderzijds het CBP verwijt geen aandacht te besteden aan de 'in-product notices' en de Google ondersteuningspagina's met gedetailleerde gebruikershandleidingen. Het CBP heeft in het Rapport voorlopige bevindingen vastgesteld dat Google via de pagina 'Privacy en voorwaarden' niet alle relevante informatie over het privacybeleid ontsluit, waaronder antwoorden op veelgestelde vragen en relevante toelichtingen in het ondersteuningscentrum. Daarnaast heeft het CBP in het Rapport voorlopige bevindingen vastgesteld dat de door Google aan de CNIL verstrekte 'in-product notices' vrijwel geen informatie verstrekken aan gebruikers over het combineren van gegevens door Google. Het CBP heeft grondig gezocht in alle informatie die Google ter beschikking stelt aan gebruikers en ontwikkelaars over het gebruik door Google van (persoons-)gegevens, en dergelijke verwijzingen telkens gedocumenteerd in de voetnoten van het rapport.

De zienswijze van Google leidt op dit onderdeel niet tot aanpassing van de beoordeling dat de informatie fragmentarisch wordt aangeboden.

Het CBP heeft opgemerkt in het Rapport voorlopige bevindingen dat Google vorige versies van het privacybeleid ontsluit, maar de verschillen tussen de versies niet heeft gemarkeerd. Tevens heeft het CBP opgemerkt dat van antwoorden op veelgestelde vragen en andere documentatie geen archief wordt bijgehouden. Het bijhouden van vorige versies van privacybeleid met *track changes* is inderdaad op zich geen letterlijke verplichting op grond van artikel 33 en 34 Wbp en was daarom ook niet als zodanig in de beoordeling opgenomen.

Het CBP heeft het feit dat Google de verschillen tussen de verschillende versies van het privacybeleid niet markeert, verwijderd uit het feitelijk kader in het rapport.

6. Cookies

Zienswijze Google: Google stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat het CBP geen bevoegdheid toekomt als met de cookies geen persoonsgegevens worden verwerkt en dat zelfs al zou sprake zijn van persoonsgegevens, daaruit niet volgt dat Google de Wbp heeft overtreden.⁴⁹

Informatieplicht en toestemmingsvereiste voor cookies

In haar zienswijze verklaart Google dat zij voor haar eigen websites in overeenstemming handelt met de principes die in Tw zijn verankerd, bijvoorbeeld door op www.google.com en www.youtube.com aan Nederlandse gebruikers een 'notification bar' te tonen met de tekst: *"Cookies helpen ons bij het leveren van onze diensten. Door gebruik te maken van onze diensten, gaat u akkoord met ons gebruik van cookies. OK/Meer informatie."* De tekst 'Meer informatie' bevat een hyperlink naar informatie over de verschillende soorten cookies die Google gebruikt, hoe Google

⁴⁹ Zienswijze Google, randnummer 42.

gebruik maakt van cookies in advertenties en hoe cookies kunnen worden beheerd door middel van browserinstellingen. Als het gaat om Google-cookies op websites van partners van Google, ligt het volgens Google voor de hand dat die partners bezoekers informeren en toestemming vragen waar dat nodig is. Google verwijst daarbij naar de opinie van de Artikel 29-werkgroep over Online Behavioural Advertising dat website-aanbieders onderworpen zijn aan de transparantieplichtingen uit de richtlijn met betrekking tot advertenties op hun pagina's en het standpunt van de Nederlandse wetgever en de ACM dat het mogelijk is voor een website-aanbieder om toestemming te verkrijgen namens een derde partij, zoals de aanbieder van een advertentienetwerk. Google verklaart dat haar contractuele afspraken met website-aanbieders eisen dat deze laatsten informatie verstrekken en toestemming verkrijgen waar dat vereist is. Er is volgens Google geen reden om aan te nemen dat Nederlandse website-aanbieders niet aan deze vereisten voldoen en het Rapport voorlopige bevindingen bevat geen informatie die een dergelijke (andere) conclusie rechtvaardigt.⁵⁰ Naast de informatie die websitehouders aanbieden, biedt Google zelf 'in-product notices' aan, bijvoorbeeld het info-knopje in getoonde advertenties op het Google Display Network.⁵¹

Google schrijft voorts in haar zienswijze dat Analytics-cookies geen *tracking cookies* zijn, omdat Google niet het surfgedrag volgt van individuele gebruikers die websites bezoeken die gebruik maken van verschillende Google Analytics accounts. Bij Google Analytics wordt per Analytics klant (website-aanbieder) een andere identifier gebruikt in de cookies en Google Analytics correleert niet websitebezoeken van gebruikers tussen accounts van verschillende Analytics klanten.⁵²

Reactie CBP: In reactie op de zienswijze van Google heeft het CBP aanvullend technisch onderzoek gedaan naar de vraag of Google toestemming verkrijgt conform het bepaalde in artikel 11.7a van de Tw voor het plaatsen en lezen van cookies, zowel op haar eigen websites als via de websites van derde partijen (partners).

Toestemming via eigen websites Google

Het CBP heeft vastgesteld dat Google bij geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde gebruikers bij bezoek aan de meest gebruikte Google-diensten (www.google.nl, maps.google.nl en www.youtube.nl) automatisch meerdere permanente cookies met unieke identifiers plaatst en/of uitleest bij het laden van de hoofdpagina's.⁵³ Bij geauthenticeerde gebruikers betreft dit bij alle drie de websites twee NID-cookies (van het .nl en het .com domein), telkens met dezelfde unieke identifier. Bij Search en Maps wordt op de homepage ook een PREF-cookie geplaatst (met identieke identifier), en bij YouTube worden er op de homepage drie permanente DoubleClick-cookies geplaatst met een unieke identifier.

Bij niet-geauthenticeerde gebruikers plaatst Google op alle drie de sites een PREF-cookie in de browser van de bezoeker. Op Search en Maps komt daar een NID-cookie bij (vanuit het .nl

⁵⁰ Zienswijze Google, randnummers 43-45.

⁵¹ Zienswijze Google, randnummer 53.

⁵² Zienswijze Google, randnummer 47.

⁵³ Technisch onderzoek CBP op 17 oktober 2013 naar de cookies die worden geplaatst en uitgelezen op www.google.nl, maps.google.nl en www.youtube.nl, en op welk moment de cookies worden geplaatst. Het CBP heeft gebruik gemaakt van een bestaand Google-account van een medewerker van het CBP om vast te leggen welke cookies Google bij geauthenticeerde gebruikers plaatst en uitleest op deze websites.

domein). Op YouTube komen daar twee permanente DoubleClick-cookies bij met een unieke identifier.

Op het moment dat een geauthenticeerde of niet-geauthenticeerde gebruiker op 'meer informatie' klikt in de informatiebanner over cookies op Search, plaatst Google meerdere (permanente en sessiegebonden) Analytic-cookies. Bij niet-geauthenticeerde gebruikers wordt op dat moment tevens een PREF-cookie vanuit het YouTube domein geplaatst.

Dat wil zeggen dat Google deze cookies plaatst en/of uitleest voordat een gebruiker een keuze heeft gehad om in te stemmen met het plaatsen en/of uitlezen van de cookies, of eventueel zijn browserinstellingen heeft kunnen wijzigen of de site heeft kunnen verlaten.

De verklaring van Google dat zij voor haar eigen sites in overeenstemming zou handelen met de principes die in de Tw zijn verankerd, is toegevoegd aan het feitelijk kader, met bovenstaande aanvulling uit eigen technisch onderzoek door het CBP ten aanzien van het plaatsen van Analytic-, PREF- en NID-cookies. De zienswijze van Google heeft op dit punt geleid tot een aanvullende beoordeling van de werkwijze van Google bij het plaatsen en uitlezen van cookies op haar eigen websites.

Google plaatst en leest al verschillende cookies bij het laden van haar eigen websites Search, Maps en YouTube, en additionele Analytic-cookies bij het klikken op de optie 'meer informatie'. Dit kwalificeert niet als voorafgaande toestemming. Google voldoet evenmin aan het vereiste dat de toestemming op informatie moet berusten. Weliswaar toont Google sinds medio april 2013 een pop-up scherm op haar eigen pagina's met zoekresultaten met een hyperlink naar 'meer informatie', maar Google plaatst en leest de cookies al voordat een gebruiker deze informatie heeft kunnen lezen. Het klikken op een 'meer informatie' knop kan niet geduid worden als toestemming omdat de bezoeker alleen om meer informatie heeft gevraagd.⁵⁴

De werkwijze van Google op haar eigen websites is daarom niet conform het bepaalde in artikel 11.7a van de Tw, omdat daarin is vereist dat bezoekers voorafgaand aan het plaatsen en lezen van cookies op informatie berustende toestemming geven.

Volledigheidshalve merkt het CBP op dat de uitzonderingen in artikel 11.7a van de Tw op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste voor functionele cookies niet van toepassing zijn op de geplaatste PREF- NID- en Analytic-cookies (en de DoubleClick-cookies op YouTube) die Google plaatst en uitleest om het bezoek aan haar eigen websites te registreren. Het plaatsen en uitlezen van deze cookies is immers niet strikt noodzakelijk om de communicatie uit te voeren via de verschillende websites van Google (de websites werken ook zonder de cookies). De functionaliteit van webstatistieken en advertenties voldoet evenmin aan het vereiste dat het noodzakelijk is voor een door de gebruiker gevraagde dienst (artikel 11.7a, derde lid, onder b, van de Tw).⁵⁵

⁵⁴ Vergelijk ook Artikel 29-werkgroep, Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies, URL: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf, p. 5: "*Additionally, only a click to a »more information on cookies« link cannot be deemed consent, due to the fact that the user explicitly requested only for more information.*"

⁵⁵ Het CBP heeft bovenstaande toepassing van de uitzonderingen op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste in artikel 11.7a van de Tw voorgelegd aan de ACM in het kader van het Samenwerkingsprotocol CBP-OPTA van beide toezichthouders. De ACM stemt in met de voorgelegde toepassing van deze uitzonderingen in dit rapport.

Search, Maps en YouTube zijn verschillende diensten van de informatiemaatschappij. Indien cookies worden gebruikt om gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij te verzamelen, combineren of analyseren voor onder andere commerciële doeleinden, is daarop het rechtsvermoeden van toepassing uit artikel 11.7a van de Tw, dat bij *tracking cookies* persoonsgegevens worden verwerkt.

De definitie van 'dienst van de informatiemaatschappij' gaat onder andere terug op de richtlijn betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij 1995/34/EG (zie ook overweging 17 van de richtlijn inzake elektronische handel 2000/31/EG). Onder de definitie vallen alle diensten die gewoonlijk tegen vergoeding⁵⁶, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht worden.⁵⁷ In overweging 18 van de richtlijn inzake elektronische handel worden *verschillende voorbeelden* van diensten van de informatiemaatschappij genoemd, die een grote verscheidenheid aan economische activiteiten die online plaatsvinden, bestrijken: het aanbieden van producten en diensten via websites, het aanbieden van zoekmachines of opslagdiensten, het aanbieden van video-on-demand en e-mail diensten.⁵⁸

Met de PREF- en NID-cookies verzamelt Google via haar eigen websites (Search, Maps en YouTube) gegevens over het gebruik van meerdere diensten van de informatiemaatschappij. De PREF- en NID-cookies worden volgens Google bij niet-geauthenticeerde gebruikers allebei gebruikt voor het personaliseren van advertenties en voor rapportagedoeleinden.⁵⁹ De PREF- en de NID-cookies die Google op haar eigen websites plaatst, zijn daarom *tracking cookies*. Dit geldt ook voor de DoubleClick-cookies die op YouTube worden geplaatst, omdat de unieke identifier in deze cookies ook wordt uitgelezen door alle andere websites die de gebruikers bezoeken met DoubleClick-advertenties. Conform het rechtsvermoeden zijn dit persoonsgegevens.

Ten aanzien van de Analytic-cookies die Google via haar eigen websites plaatst en uitleest geldt dat dit voor Google persoonsgegevens zijn (zowel van de geauthenticeerde als niet-geauthenticeerde gebruikers). Het CBP was en is op de hoogte van het feit dat Google bij Analytic-cookies per website een andere identifier gebruikt, zoals ook blijkt uit eerder

⁵⁶ Diensten waarvoor de afnemers niet betalen vallen onder de definitie, zo lang die een zekere waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigen. *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12.*

⁵⁷ *““Dienst”: elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zegen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt”, artikel 1, tweede lid, van de richtlijn betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij.*

⁵⁸ *“Diensten van de informatiemaatschappij blijven niet beperkt tot diensten waarvoor on line contracten gesloten worden, maar ook, voorzover zij een economische activiteit vormen, betrekking hebben op diensten waarvoor de afnemers niet betalen, zoals diensten die bestaan in het aanbieden van on-line-informatie of commerciële communicatie, of diensten die instrumenten verschaffen voor het opzoeken en ophalen van en het toegang krijgen tot gegevens. Onder diensten van de informatiemaatschappij worden ook verstaan diensten voor het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk, voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk of het toegankelijk maken van informatie die verstrekt is door een afnemer van een dienst. (...) Diensten daarentegen die van punt tot punt worden doorgegeven, zoals video op verzoek of het verlenen van commerciële communicatie via elektronische post, zijn wel diensten van de informatiemaatschappij. (...)”, overweging 18 van de richtlijn inzake elektronische handel.*

⁵⁹ Zienswijze Google, randnummer 57.

gepubliceerd onderzoek naar het gebruik van Google Analytic-cookies door TP Vision.⁶⁰ Dit doet echter niets af aan het feit dat Google automatisch de cookie-identificer (met IP-adres, tijdstip, vermoedelijke locatie (tot op het niveau van stad), browsereigenschappen en de URL-referrer⁶¹) verzamelt bij het plaatsen en uitlezen van Google Analytics-cookies op haar eigen verschillende websites. Daarbij is van belang dat Google nergens stelt of verklaart dat zij ook voor zichzelf het laatste octet van het IP-adres verwijderd. Voor zover Google, conform haar privacybeleid, de Analytics-gegevens combineert met gegevens over DoubleClick-cookies voor het doeleinde van retargeting en met gegevens over gebruik van sociale media (Social Analytics), zijn het tevens *tracking cookies* waarop het rechtsvermoeden uit artikel 11.7a van de Tw van toepassing is.

De zienswijze op dit punt van Google heeft geleid tot aanvulling van de beoordeling en conclusies in het rapport dat de PREF-, NID- en DoubleClick-cookies die Google op haar eigen websites plaatst en uitleest, eveneens *tracking cookies* zijn, omdat ze betrekking hebben op meerdere diensten van de informatiemaatschappij. Aan de beoordeling is toegevoegd dat de uitzonderingen in artikel 11.7a van de Tw op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste voor functionele cookies niet van toepassing zijn. De zienswijze heeft eveneens geleid tot aanvulling van de beoordeling en conclusie dat de Analytic-cookies die Google op haar eigen websites plaatst, persoonsgegevens zijn, en in sommige gevallen, ook *tracking cookies*.

Toestemming via websites van derde partijen

Het CBP heeft naar aanleiding van de zienswijze van Google aanvullend technisch onderzoek verricht naar de vraag of websitehouders in Nederland namens Google aan passieve gebruikers om ondubbelzinnige toestemming vragen voor combineren van persoonsgegevens door Google over het surfgedrag op meerdere websites voor de onderzochte vier doeleinden van de gegevensverwerking. Het CBP heeft daarbij in het bijzonder gekeken naar het plaatsen en uitlezen van DoubleClick- en Analytic-cookies op de vijftig best bezochte websites in Nederland (in het .nl domein).⁶²

⁶⁰ CBP, z2012-00605, Openbare versie Rapport definitieve bevindingen Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens met of door een Philips smart tv door TP Vision Netherlands B.V., juli 2013, p. 57-58, URL: http://www.cbpweb.nl/downloads_pb/pb_20130822-persoonsgegevens-smart-tv.pdf

⁶¹ "The HTTP request for any web page contains details about the browser and the computer making the request, such as the hostname, the browser type, referrer, and language. In addition, the DOM of most browsers provides access to more detailed browser and system information, such as Java and Flash support and screen resolution. Analytics uses this information in constructing reports like the Map Overlay, Browser, and Referring Sites reports. Analytics also sets and reads first-party cookies on your visitors' browsers in order to obtain visitor session and any ad campaign information from the page request. The Google Analytics Tracking Code also reads the double-click cookie to inform Google Analytics for Display Advertisers". Bron: Google 'How Does Google Analytics Collect Data?', URL:

<https://developers.google.com/analytics/resources/concepts/gaConceptsTrackingOverview?hl=en#howAnalyticsGetsData> (URL laatst bezocht op 29 oktober 2013).

⁶² Technisch onderzoek CBP op 17 oktober 2013 op basis van rankinggegevens van websites in Nederland op www.alexa.com, waarbij alleen websites in het .nl domein zijn bekeken. Elke website is maximaal 7 keer geladen, met 7 seconden wachttijd tussen het laden, om recht te doen aan de variatie aan advertenties die via real-time bidding worden aangeboden. Tussen elk bezoek door zijn alle cookies gewist. Per website is vastgelegd of, en op welke wijze een website toestemming vraagt voor het plaatsen en uitlezen van cookies, of er al cookies worden geplaatst en uitgelezen voordat de bezoeker een keuze heeft kunnen maken, of de toestemmingsvraag informatie bevat over het plaatsen en uitlezen van cookies door Google, en zo ja, of de toestemmingsvraag specifieke informatie bevat over de onderzochte vier doeleinden van het combineren van persoonsgegevens door Google.

Het CBP heeft vastgesteld dat van de vijftig meest bezochte Nederlandse websites 72 procent Analytic-cookies plaatst en uitleest, en 68 procent DoubleClick-cookies. Van de 34 websites die DoubleClick-cookies plaatsen en uitlezen, vraagt 74 procent (25 websites) geen voorafgaande toestemming voor het plaatsen en uitlezen van de cookies. Van de 36 websites die Analytic-cookies plaatsen en uitlezen, vraagt 69 procent (25 websites) geen voorafgaande toestemming voor het plaatsen en uitlezen van de cookies. In het merendeel van de gevallen, op de onderzochte vijftig meest bezochte websites in Nederland, worden er dus DoubleClick- en Analytic-cookies geplaatst en uitgelezen voordat de gebruiker een keuze heeft kunnen maken. 33 van de 50 websites (66%) bevatten weliswaar enige informatie dat er cookies worden geplaatst en uitgelezen, maar geen van de onderzochte websites die daadwerkelijk Google-cookies plaatsen vraagt om ondubbelzinnige toestemming namens Google om persoonsgegevens te mogen combineren voor de in dit rapport onderzochte doeleinden.

Op grond van artikel 11.7a van de Tw dient de plaatser/uitlezer van cookies de bezoeker te informeren en toestemming te verkrijgen. Google is de partij die feitelijk de DoubleClick- en Analytic-cookies plaatst en uitleest via websites van derde partijen. Google kan het informeren en verkrijgen van toestemming uitbesteden aan deze derde partijen, maar het risico van het ontbreken van een geïnformeerde toestemming blijft bij Google berusten. Uit het feitenonderzoek blijkt dat de cookies merendeels al worden geplaatst voordat toestemming is gevraagd. Dit kwalificeert niet als voorafgaande toestemming.

Ook voor deze cookies geldt dat zij niet onder de uitzonderingen vallen in artikel 11.7a van de Tw op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste voor functionele cookies, omdat het plaatsen en uitlezen van deze cookies niet strikt noodzakelijk is de communicatie uit te voeren via websites van derde partijen. De functionaliteit van webstatistieken en advertenties voldoet evenmin aan het vereiste dat het noodzakelijk is voor een door de gebruiker gevraagde dienst (artikel 11.7a, derde lid, onder b, van de Tw).⁶³

Google kan weliswaar met derde partijen overeenkomen dat zij de benodigde ondubbelzinnige toestemming voor haar verkrijgen, maar het risico blijft op Google rusten als verantwoordelijke voor de gegevensverwerking. In aanvullend feitenonderzoek (paragraaf 3.3.2 van het Rapport definitieve bevindingen) heeft het CBP vastgesteld dat Google via de 50 meest bezochte websites in Nederland, voor zover zij DoubleClick en Analytic-cookies plaatsen, geen toestemming verkrijgt om de verkregen persoonsgegevens te mogen combineren voor de in dit rapport onderzochte feitelijke vier doeleinden. Voor zover Google in haar zienswijze aangeeft dat zij geen aanwijzingen heeft dat deze derde partijen geen toestemming verkrijgen, geldt het volgende. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een verantwoordelijke actief dient te verifiëren of ondubbelzinnige toestemming is verkregen. *"Er is sprake van een verschuiving van de bewijslast in de richting van de verantwoordelijke: als er twijfel is over de vraag of de betrokkene zijn toestemming heeft verleend dient hij te verifiëren of hij er terecht vanuit gaat dat de betrokkene er mee heeft ingestemd."*⁶⁴ Zie hierover verder paragraaf 7 van deze bijlage, 'Ondubbelzinnige toestemming'.

Het CBP heeft de verklaring van Google ten aanzien van de contractuele overeenkomsten met website-houders toegevoegd aan de feiten, evenals bovenstaande beschrijving van het

⁶³ Het CBP heeft bovenstaande toepassing van de uitzonderingen op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste in artikel 11.7a van de Tw voorgelegd aan de ACM in het kader van het Samenwerkingsprotocol CBP-OPTA van beide toezichthouders. De ACM stemt in met de voorgelegde toepassing van deze uitzonderingen in dit rapport.

⁶⁴ *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 66-67.*

aanvullend technisch onderzoek dat het CBP heeft verricht. Aan de beoordeling is toegevoegd dat de uitzonderingen in artikel 11.7a van de Tw op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste voor functionele cookies niet van toepassing zijn.

Google Analytics

Zienswijze Google: Google betoogt dat zelfs als de informatie die Google verkrijgt uit Analytics moet worden aangemerkt als persoonsgegevens, zij alleen optreedt als bewerker van de verantwoordelijke website-aanbieder en dat de verplichtingen die de Wbp aan verantwoordelijken oplegt op de website-aanbieders rusten. Google biedt Analytics klanten diverse mogelijkheden om de privacy van hun bezoekers te beschermen. Google biedt klanten sinds mei 2010 de keuzemogelijkheid van 'IP-adres anonimisering', dat wil zeggen dat Google het laatste octet van het IPv4-adres (of de laatste 80 bits van het IPv6-adres) verwijdert nog voordat de gegevens bij Google in permanent geheugen worden opgeslagen. Website-aanbieders kunnen een eigenschap in het Google Analytics JavaScript wijzigen waardoor Google Analytics voor elke afzonderlijke websitebezoeker kan worden uitgeschakeld, zodat website-aanbieders hun bezoekers kunnen laten bepalen of hun websitebezoeken worden gevolgd door Google Analytics.⁶⁵ Websitebezoekers kunnen zelf middels een add-on in hun browser verhinderen dat er data naar Google Analytics wordt gestuurd.

Reactie CBP:

Het CBP heeft de aanvullende informatie over anonimisering en de opt-out mogelijkheden bij Analytics toegevoegd aan de feiten, onder toevoeging van het feit dat van IP-adres anonimisering feitelijk geen sprake is, omdat Google (bij de huidige IPv4 adressen) als een websitehouder daarom verzoekt, alleen het laatste octet van het IP-adres verwijdert. De Artikel 29-werkgroep heeft Google in 2010 geschreven dat deze werkwijze niet tot anonimisering leidt.⁶⁶

Ten aanzien van Analytic-cookies die geen *tracking* cookies zijn, heeft het CBP tijdens het onderzoek vastgesteld en geverifieerd bij Google⁶⁷ dat Google in Nederland (in ieder geval tot 7 november 2013) geen bewerkersovereenkomsten aanbood aan afnemers van de Google Analytics-diensten in Nederland.

Door het ontbreken van dergelijke bewerkersovereenkomsten kan Google de gegevens die zij met haar Analytics-dienst verzamelt, blijkens GPP2012 combineren met allerlei andere gegevens uit en over het gebruik van alle andere diensten van Google.

Ook als het conceptwetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a Tw zoals dat in internetconsultatie was tot 1 juli 2013, wet wordt, voldoen deze cookies - bij ongewijzigde omstandigheden - niet aan het vereiste dat het plaatsen of lezen van een cookie geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de internetter.⁶⁸ Dit omdat Google verder

⁶⁵ Zienswijze Google, randnummers 47-51.

⁶⁶ 6.05.2010 Brief van de Artikel 29-werkgroep gericht aan Google als zoekmachine-aanbieder, 6 mei 2010, p. 2: "Additionally, deleting the last octet of the IP-addresses is insufficient to guarantee adequate anonymisation. Such a partial deletion does not prevent identifiability of data subjects." URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/others/2010_05_26_letter_wp_google.pdf

⁶⁷ Het CBP heeft hierover telefonisch overlegd met vertegenwoordigers van Google Netherlands op 11 februari 2013.

⁶⁸ Op 20 mei 2013 is een concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a Tw in openbare consultatie gegaan. Zie: <http://www.internetconsultatie.nl/cookiebepaling> (de consultatie liep tot 1 juli 2013). Doel van de voorgestelde aanpassing is dat niet meer hoeft te worden geïnformeerd en geen

gebruik van de gegevens door Google voor eigen doeleinden niet uitsluit en de verwerking derhalve meer dan geringe gevolgen heeft voor de privacy van de internetgebruiker wiens gegevens het betreft. Zie hierover verder paragraaf 7 van deze bijlage, 'Gerechtigd belang'.

Het CBP heeft begin oktober 2013 uit de media vernomen dat Google alsnog voornemens is (in Europa) een bewerkerscontract aan te bieden aan afnemers van de Analytics-dienst.⁶⁹ Bij gebreke aan een officiële kennisgeving van Google aan het CBP dat Google Nederlandse websitehouders een bewerkersovereenkomst gaat aanbieden voor Analytics, staat de status van dit document onvoldoende vast en kan het CBP hierover geen oordeel geven. Het is mogelijk dat verantwoordelijke websitehouders middels afsluiting van een bewerkersovereenkomst met Google voor het gebruik van Analytics een beroep kunnen doen op de nieuw vast te stellen uitzondering in de Tw op het toestemmingsvereiste voor cookies, maar dan moet de bewerkersovereenkomst wel voldoen aan de wettelijke vereisten. Dat betekent dat de overeenkomst in ieder geval moet voldoen aan de vereisten van artikel 14, jo. artikel 12 van de Wbp. Uitgangspunt van een bewerkersovereenkomst is dat de verantwoordelijke (in casu de websitehouder) zelf bepaalt welke soort gegevens hij verwerkt, hoe lang en met welke middelen. Teneinde in aanmerking te komen voor de nieuwe uitzondering, acht het CBP het van belang dat in de overeenkomst wordt bepaald dat Google als bewerker de gegevens alleen mag gebruiken voor het bijhouden voor de websitehouder van statistieken over het websitegebruik, en de gegevens niet mag combineren met andere gegevens voor eigen doeleinden. Dit geldt specifiek ook voor de mogelijkheid om Analytic-cookies te combineren met DoubleClick-cookies en Social Analytics (de interactie van geauthenticeerde gebruikers met de +1 knoppen), evenals unieke apparaat-identifiers van mobiele apparaten of andere methoden om individuele gebruikers uniek te kunnen identificeren bij hun bezoek aan meerdere websites. De rol van Google als eventuele bewerker valt buiten de scope van dit onderzoek.

De zienswijze op dit punt van Google heeft geleid tot bovenstaande aanvulling van de beoordeling van een mogelijke grondslag onder artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp voor websitehouders die gebruik maken van Google Analytics indien Google een bewerkersovereenkomst met hen sluit, maar heeft niet geleid tot aanpassing van de conclusies.

DoubleClick

Zienswijze Google: In haar zienswijze wijst Google erop dat haar positie ten aanzien van het combineren van de persoonsgegevens van een gebruiker met het DoubleClick-cookie is toegelicht in het Privacy beleid. De veronderstelling dat omdat andere Google producten bepaalde device identifiers ontvangen en omdat het Privacy beleid stelt dat Google gegevens kan combineren, al die informatie ook daadwerkelijk gecombineerd wordt, is onjuist.⁷⁰

toestemming meer hoeft te worden gevraagd als met het plaatsen of lezen van een cookie informatie wordt verkregen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de internetter. Daaronder vallen volgens dit concept wetsvoorstel analytische cookies, mits het bedrijf dat zijn gebruiksgegevens uit analytic cookies deelt met een derde in een (bewerkers) overeenkomst duidelijk afsprekt met de derde dat ook hij de informatie niet zal gebruiken op een manier die meer dan geringe gevolgen heeft voor de privacy van de internetgebruiker wiens gegevens het betreft. Toelichting bij Concept wetsvoorstel ten behoeve van internetconsultatie, p. 8.

⁶⁹ URL: http://www.google.com/analytics/terms/dpa/dataprocessingamendment_20130906.html, geciteerd in Webwereld, 'Google past na privacydruk Analytics in heel Europa aan', 7 oktober 2013, URL: <http://webwereld.nl/beveiliging/79561-google-past-na-privacydruk-analytics-in-heel-europa-aan> (URL's laatst bezocht op 29 oktober 2013).

⁷⁰ Zienswijze Google, randnummer 52.

Reactie CBP: Het CBP heeft in de feiten in het Rapport voorlopige bevindingen op p. 13 de verklaringen van Google opgenomen dat er geen device identifiers zijn opgenomen in de DoubleClick-gegevens, met uitzondering van de anonieme identifier gekoppeld aan de hash van de device identifier die via het AdMob-netwerk wordt verzameld en dat Google de DoubleClick-cookies niet gebruikt om persoonsgegevens te verzamelen, dat wil zeggen: 'personally identifiable information'. Tevens heeft het CBP in dit rapport op p. 14 de verklaring van Google opgenomen dat zij toestel-specifieke gegevens inclusief unieke identifiers verzamelt: "*when a user accesses a Google service from a particular device*". In de feiten heeft het CBP ook opgenomen dat Google gegevens combineert met behulp van unieke nummers van mobiele apparaten, die Google gebruikt in plaats van cookies in sommige mobiele apps. In de beoordeling (p. 35) heeft het CBP herhaald dat Google stelt met de DoubleClick-cookies geen unieke device identifiers te verzamelen, maar dat dat onverlet laat dat Google de device identifiers wel verzamelt bij bezoek aan en gebruik van (andere) Google-diensten. Dit vormt onderdeel van de beoordeling dat de gegevens die Google van geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde gebruikers verzamelt, persoonsgegevens zijn.

De zienswijze van Google heeft op dit punt niet geleid tot aanpassing van de feiten, beoordeling of conclusies in het rapport.

+1 en NID-cookies

Zienswijze Google: In haar zienswijze verklaart Google over de cookies die geplaatst worden door de +1 knop dat deze niet worden ingezet om het surfgedrag van de gebruiker in kaart te brengen: "*Het feit dat een gebruiker een webpagina heeft bezocht waarop een +1 knop wordt aangeboden wordt alleen gebruikt als hij of zij op die knop klikt.*"⁷¹ Google bewaart bepaalde informatie over het bezoek aan een pagina met een +1 knop ongeveer twee weken, maar alleen voor onderhoud en 'debugging' van haar systemen: "*Er vindt geen persistente opslag plaats van het surfgedrag van de bezoeker als onderdeel van het proces om de +1 knop te tonen.*"⁷² Op de helppagina waar Google in haar zienswijze naar verwijst, verklaart Google: "*De +1-knop wordt niet gebruikt voor het bijhouden van uw bezoeken op internet. Google houdt uw browsegeschiedenis niet bij wanneer aan u een +1-knop wordt getoond of wanneer u een pagina heeft bezocht met de +1-knop.*"⁷³ Tevens verklaart Google dat de (PREF- en) NID-cookies worden geplaatst bij niet-geauthenticeerde gebruikers en dat die worden gebruikt om de voorkeuren van een gebruiker te onthouden voor het personaliseren van advertenties en voor rapportagedoeleinden, maar dat ze daarvoor niet worden gecombineerd met de persoonlijke gegevens van de gebruiker. Gebruikers kunnen het gebruik van deze cookies voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties op Google instellen.⁷⁴

Reactie CBP: Het CBP heeft in reactie op de zienswijze van Google een eigen website gebouwd met (alleen) een +1 knop en vastgesteld dat Google bij bezoek aan deze website een NID-cookie plaatst met een geldigheidsduur van zes maanden.⁷⁵

⁷¹ Zienswijze Google, randnummer 55.

⁷² Zienswijze Google, randnummer 56.

⁷³ Bron: Google, URL: <https://support.google.com/plus/answer/1319578> (URL laatst bezocht op 23 oktober 2013).

⁷⁴ Zienswijze Google, randnummer 57.

⁷⁵ Digitaal onderzocht en vastgelegd door het CBP op 25 oktober 2013. Het CBP heeft gebruik gemaakt van het script "<https://apis.google.com/js/plusone.js>".

De verklaring van Google dat de +1-cookies niet worden gebruikt om surfgedrag van gebruikers in kaart te brengen, is in tegenspraak met de verklaring die Google op haar informatiepagina over het gebruik van cookies geeft. Daar verklaart Google dat zij onder andere NID-cookies gebruikt voor gepersonaliseerde advertenties. In de hierboven geciteerde zienswijze verklaart Google ook dat zij de NID-cookies bij niet-geauthenticeerde gebruikers gebruikt voor het personaliseren van advertenties. De zienswijze en de informatie op de door Google genoemde help-pagina heeft derhalve niet per se betrekking op (de zeer grote groep) passieve gebruikers die op websites komen met een +1 knop.

Marktpartijen die gebruik maken van +1 knoppen verkeerden kennelijk, net als het CBP, in de overtuiging dat Google het plaatsen en uitlezen van de NID-cookies dat met het laden van de +1 knop gepaard gaat, wel degelijk gebruikt om het surfgedrag van passieve gebruikers te volgen en hen op basis daarvan gepersonaliseerde advertenties te tonen. Dagblad Trouw bijvoorbeeld informeert bezoekers in haar cookie-informatie onder het kopje 'social media cookies' dat de NID-cookies van Google gebruikt worden om surfgedrag te volgen over meerdere websites, en een geldigheidsduur hebben van zes maanden.⁷⁶ Het CBP heeft uitgebreid gezocht naar informatie van Google aan websitehouders over de gevolgen van het plaatsen van een +1 knop op hun website. Het CBP stelt vast dat Google de websitehouders niet informeert, of althans niet op een voor het CBP vindbare manier, over de cookies die worden geplaatst en uitgelezen via het script dat zij moeten laden om een +1 knop op hun website te plaatsen en de doeleinden waarvoor Google de cookies gebruikt.⁷⁷ Om vast te stellen of de zienswijze van Google ook betrekking heeft op de NID-cookies die geplaatst en uitgelezen worden bij passieve gebruikers als zij een website bezoeken met een +1 knop, is nader technisch onderzoek nodig. Het CBP heeft echter maar beperkte technische mogelijkheden om dit op afstand te onderzoeken, en in het belang van een snelle afronding van het onderzoek heeft het CBP besloten het gebruik door Google van de gegevens die zij verkrijgt via de NID-cookies die geplaatst en gelezen worden bij het bezoek door passieve gebruikers aan een webpagina met een +1 knop in dit onderzoek niet verder te beoordelen.

De verwijzingen naar +1-cookies op websites van derde partijen zijn daarom verwijderd uit het Rapport definitieve bevindingen. De zienswijze van Google heeft op dit punt geleid tot het verwijderen van de beoordeling en conclusie dat de cookies die automatisch worden geplaatst en gelezen bij het bezoek aan een website van een derde partij met een +1 knop *tracking cookies* zijn. Dit laat de beoordeling onverlet dat de NID-cookies die Google plaatst en/of uitleest bij bezoek aan haar eigen verschillende websites *tracking cookies* zijn.

7. Grondslag

Zienswijze Google: Google stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat voor zover de Wbp van toepassing is, zij een beroep kan doen op meerdere grondslagen in artikel 8 van de Wbp. Op welke grond(en) Google zich in een concreet geval zal kunnen beroepen, hangt mede af van de

⁷⁶ Trouw, 'Uitleg over de gebruikte cookies op deze website', URL: <http://www.trouw.nl/static/nmc/nmc/cookiewet/scherm4.html?20121029> (URL laatst bezocht op 10 oktober 2013).

⁷⁷ De developers informatie van Google over +1 knoppen heeft alleen betrekking op de wijze waarop websitehouders bijvoorbeeld de grootte van de knop kunnen instellen en bijvoorbeeld de wijze waarop het script wordt geladen. URL: <https://developers.google.com/+/plugins/+1button/?hl=nl>.

aard van de gegevens, de wijze van verwerking en Googles relatie met de betrokkene, alsmede de context van de verwerking in meer algemene zin.⁷⁸

Ondubbelzinnige toestemming

Google betoogt dat zij in veel gevallen zal kunnen leunen op toestemming. Bij geauthenticeerde gebruikers doordat zij via het aanvinken van een tickbox de Servicevoorwaarden en het Privacy beleid aanvaarden, bij niet-geauthenticeerde gebruikers volgt de aanvaarding - conform de Servicevoorwaarden - uit het feit dat zij gebruik blijven maken van de website. Voor zover cookies resulteren in een verwerking van persoonsgegevens volgt de toestemming uit de informatie- en toestemmingsmechanismen van Google en van websites van haar partners. Waar dit nodig of passend is, verkrijgt Google meer granulaire toestemming (de Chrome browser vraagt specifieke toestemming om een wachtwoord op te slaan).

De toestemming die Google verkrijgt, berust volgens Google in voldoende mate op informatie, nu het Privacy beleid genoeg informatie geeft over de verwerkingen van Google (de verschillende mogelijkheden en de consequenties ervan) met een toereikende mate van detail. De gebruiker kan grotendeels zelf bepalen welke gegevens hij verstrekt en wanneer en hoe die gegevens gebruikt worden. Google verwijst daarbij naar de informatie in het Privacy beleid over de verschillende 'tools' die de gebruiker in staat stellen om het gebruik van diens data te veranderen, beperken of beëindigen. Om die reden is het gebruik van gegevens volgens Google in hoge mate gebaseerd op de specifieke behoeften van de gebruiker in het individuele geval. De gebruiker kan vrijelijk kiezen om gebruik te maken van Google, of van de vele concurrenten van Google. Het staat de gebruiker vrij om zich al dan niet te registreren voor een Google dienst, de dienst al dan niet geauthenticeerd te gebruiken, wel of niet gebruik te maken van alle verschillende onderdelen van de online dienstverlening (zoals Gmail of Google Drive), al dan niet het gebruik van informatie uit de zoekgeschiedenis (Google web history) uit te zetten of tijdelijk op te schorten, al dan niet verschillende Google accounts te gebruiken voor verschillende onderdelen van de dienstverlening of over te stappen naar een andere aanbieder van een vergelijkbare dienst.⁷⁹

Reactie CBP: Het CBP heeft in reactie op deze zienswijze aanvullend technisch onderzoek verricht, zoals beschreven in paragraaf 6 van deze bijlage, 'Cookies'. Het CBP heeft vastgesteld dat de PREF- en NID-cookies die Google op haar eigen websites plaatst, *tracking cookies* zijn. Hetzelfde geldt voor de DoubleClick-cookies die YouTube plaatst en uitleest. Ook de DoubleClick-cookies die Google via websites van derde partijen plaatst en uitleest, zijn *tracking cookies*. Voor zover Google, conform haar privacybeleid, de Analytics-gegevens combineert met gegevens over DoubleClick-cookies voor het doeleinde van retargeting⁸⁰ en met gegevens over gebruik van sociale media (Social Analytics), zijn het eveneens *tracking cookies*.

Met de *tracking cookies* die Google via haar eigen websites en via de websites van derde partijen plaatst en uitleest, worden gegevens over het bezoek aan meerdere websites vastgelegd. Daarom is sprake van een verwerking van persoonsgegevens. Artikel 11.7a van de Tw biedt geen grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Daarom dient Google niet alleen te

⁷⁸ Zienswijze Google, randnummer 58.

⁷⁹ Zienswijze Google, randnummers 59-63.

⁸⁰ *The Google Analytics Tracking Code also reads the double-click cookie to inform Google Analytics for Display Advertisers*". Bron: Google 'How Does Google Analytics Collect Data?', URL: <https://developers.google.com/analytics/resources/concepts/gaConceptsTrackingOverview?hl=en#howAnalyticsGetsData>.

voldoen aan het bepaalde in artikel 11.7a van de Tw, maar daarnaast ook een grondslag te hebben voor de gegevensverwerking voor de in dit rapport onderzochte feitelijke doeleinden van personalisatie van gevraagde diensten, productontwikkeling, het tonen van gepersonaliseerde advertenties en web analytics, zoals bepaald in artikel 8 van de Wbp.

Gelet op de samenloop met artikel 11.7a van de Tw⁸¹ en gelet op de bedoeling van de Europese wetgever om een gelijk beschermingsniveau te bieden onder de beide wettelijke normen én de overlap van de definities van toestemming/ ondubbelzinnige toestemming ligt het voor de hand om voor de met de cookies samenhangende (daaronder mede begrepen: de daaruit resulterende) verwerking van persoonsgegevens uit te gaan van het vereiste van ondubbelzinnige toestemming.⁸²

Uit de wetsgeschiedenis blijkt weliswaar dat ook andere grondslagen in aanmerking kunnen komen⁸³, zoals bijvoorbeeld artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp, dat de gegevensverwerking noodzakelijk is ter behartiging van een gerechtvaardigd belang, mits daarbij het belang van betrokkenen op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer niet prevaleert. Bij *tracking cookies* wordt echter niet aannemelijk geacht dat het gerechtvaardigde belang van degene die de gegevens verwerkt prevaleert boven het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. *“Om die reden zal op grond van de Wbp over het algemeen ‘ondubbelzinnige toestemming’ van de betrokkene nodig zijn.”*⁸⁴

Voor zover het combineren van persoonsgegevens samenhangt met *tracking cookies*, kan Google zich dus alleen op de grondslag ondubbelzinnige toestemming beroepen.

Van toestemming is, zoals vermeld, slechts sprake wanneer er een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting is (artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp) waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. Het verschil tussen ‘toestemming’ en ‘ondubbelzinnige toestemming’ is dat bij de verantwoordelijke elke twijfel moet zijn uitgesloten over de vraag of de betrokkene zijn toestemming heeft gegeven.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2010/2011, 32 549, nr. 39, p. 2.* "Los van het toestemmingsvereiste voor het plaatsen en lezen van cookies in artikel 11.7a Tw moet altijd ook nog aan de vereisten in de Wbp worden voldaan indien er bij of door middel van het plaatsen of lezen van cookies persoonsgegevens worden verwerkt. Dit betekent dat in die gevallen op grond van artikel 8 Wbp «ondubbelzinnige» toestemming vereist is (...)."

⁸² Zie in dezelfde zin T&C Telecommunicatierecht, commentaar op artikel 11.7a Tw, aantekening 3.

⁸³ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I 2011/12, 32 549, E, p. 5-6.* "Anders dan enkele leden aannemen, betekent de omstandigheid dat deze handelingen onder de Wbp vallen overigens niet per se dat daarvoor ondubbelzinnige toestemming vereist is. Artikel 8 Wbp noemt naast ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene nog vijf andere rechtvaardigingsgronden." Zie ook p. 7 "(...) indien geen sprake is van de overige rechtvaardigingsgronden in artikel 8 Wbp, ondubbelzinnige toestemming van de gebruiker een vereiste moet zijn." en p. 11-12: "(...) dus ondubbelzinnige toestemming hebben verkregen, of een beroep doen op een andere rechtvaardigingsgrond van artikel 8 Wbp." "Ook kan de behartiging van het gerechtvaardigde belang van degene die de gegevens verwerkt een rechtvaardiging vormen voor verwerking van persoonsgegevens, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene (in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer) prevaleert. Het is echter niet aannemelijk dat hier snel sprake van zal zijn bij het gebruik van *tracking cookies*. Om die reden zal op grond van de Wbp over het algemeen ‘ondubbelzinnige toestemming’ van de betrokkene nodig zijn." Toelichting bij Concept wetsvoorstel met toelichting met betrekking tot artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (cookiebepaling), p. 15. URL: <http://internetconsultatie.nl/cookiebepaling>.

⁸⁴ Idem.

Google kan weliswaar met derde partijen overeenkomen dat zij de benodigde ondubbelzinnige toestemming voor haar verkrijgen, maar het risico blijft op Google rusten als verantwoordelijke voor de gegevensverwerking. In het aanvullend feitenonderzoek heeft het CBP vastgesteld dat Google via de 50 meest bezochte websites in Nederland, voor zover zij DoubleClick en Analytic-cookies plaatsen, geen toestemming verkrijgt om de verkregen persoonsgegevens te mogen combineren voor de in dit rapport onderzochte feitelijke vier doeleinden. Voor zover Google in haar zienswijze aangeeft dat zij geen aanwijzingen heeft dat deze derde partijen geen toestemming verkrijgen geldt het volgende. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een verantwoordelijke actief dient te verifiëren of ondubbelzinnige toestemming is verkregen. *"Er is sprake van een verschuiving van de bewijslast in de richting van de verantwoordelijke: als er twijfel is over de vraag of de betrokkene zijn toestemming heeft verleend dient hij te verifiëren of hij er terecht vanuit gaat dat de betrokkene er mee heeft ingestemd."*⁸⁵

Ten aanzien van het element 'ondubbelzinnige' in artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp merkt het CBP daarnaast het volgende op. Het is voor een gemiddelde internetgebruiker bij bezoek aan een website met DoubleClick-cookies niet zonder meer duidelijk of vanzelfsprekend dat er een (gedeeltelijke) weigermogelijkheid verscholen gaat achter de keuze 'meer informatie' of onder het icoontje "Ads (i)" rechts bovenin DoubleClick-advertenties. De gebruiker kan via de Ad Settings van Google weliswaar het tonen van gepersonaliseerde advertenties tegengaan, maar hiermee kan de betrokken gebruiker het plaatsen en uitlezen van cookies niet weigeren, en dus ook de daarmee samenhangende verwerking van persoonsgegevens niet weigeren. Hierdoor is geen sprake van een duidelijke keuzemogelijkheid voor betrokken websitebezoekers om in te stemmen met een voorgenomen gegevensverwerking, of deze te weigeren. Wil er sprake zijn van ondubbelzinnige toestemming, dan is bovendien van belang dat er geen twijfel bestaat over de vraag of de bezoeker toestemming heeft gegeven.⁸⁶

Het door Google eind juni 2013 geïntroduceerde informatieveld op de Search-pagina's over cookies bevat drie keuzemogelijkheden: OK klikken, doorklikken of 'Meer informatie'. Onder 'Meer informatie' vindt de gebruiker informatie hoe Google cookies gebruikt, en hyperlinks naar meer informatie over de verschillende soorten cookies die Google kan gebruiken voor onder meer het personaliseren van zoekresultaten, het tonen van gepersonaliseerde advertenties en Google Analytics en algemene informatie over het beheren van cookies in browsers. De pagina bevat geen keuzemogelijkheid om de verschillende soorten cookies (via Google zelf) te weigeren. In het gebruik van de term 'wilsuïting' ligt een actie van de betrokkene besloten (oftewel, instemming en geen opt-out). Uit het uitblijven van een opt-out van de betrokkene of het feit dat een betrokkene geen gebruik maakt van de mogelijkheid om via zijn browserinstellingen cookies te weigeren, mag Google niet afleiden dat de betrokkene instemt met deze gegevensverwerking. Nog los van het feit dat Google al cookies plaatst op het moment dat haar verschillende websites laden, en aanvullend cookies plaatst op het moment dat de bezoeker op 'meer informatie' klikt, biedt de huidige pagina 'meer informatie' niet de mogelijkheid tot het verkrijgen van (ondubbelzinnige) toestemming.

Pas na vijf keer klikken vanaf het informatieveld op Search-pagina's kan een gebruiker bij een menu komen om de advertentiecookies van Google te weigeren.⁸⁷ Ook kan een gebruiker na twee

⁸⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 66-67.

⁸⁶ Zie ook Toelichting bij Concept wetsvoorstel met toelichting met betrekking tot artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (cookiebepaling), p. 8.

⁸⁷ Via 'Meer informatie', 'Hoe Google cookies gebruikt', 'Hoe Google gebruikmaakt van cookies in advertenties', 'Instellingen voor Google-advertenties' en 'Afmelden' (2 keer, nl. 1 keer voor

keer klikken, helemaal onderaan de pagina een korte instructie lezen voor gebruikers van mobiele apparaten om te verhinderen dat Google gebruik maakt van zogeheten 'anonieme ID's' op apparaten met het Android of iOS-besturingssysteem voor advertentiedoeleinden. Deze instructie is echter onvoldoende om het tonen van gepersonaliseerde advertenties door Google met behulp van cookies op mobiele apparaten te verhinderen.

Van ondubbelzinnige toestemming voor de gegevensverwerkingen die samenhangen met *tracking cookies* is geen sprake omdat Google bezoekers aan haar eigen websites en aan websites van derde partijen geen duidelijke keuze biedt tussen instemmen met het plaatsen van (bepaalde soorten) cookies dan wel de cookies te weigeren.

Ten aanzien van het betoog dat Google toestemming zou verkrijgen van zowel geauthenticeerde als niet-geauthenticeerde gebruikers doordat zij toepassing van de Service Voorwaarden en het Privacy beleid aanvaarden (in het geval van niet-geauthenticeerde gebruikers door het gebruik van de open diensten van Google), geldt dat geen sprake is van ondubbelzinnige toestemming zoals bepaald in artikel 8, onder a, van de Wbp voor het combineren van gegevens door Google voor de doeleinden van het personaliseren van gevraagde diensten, personaliseren van advertenties, productontwikkeling en analytics. Dit om een aantal redenen.

1. Ondubbelzinnige toestemming en servicevoorwaarden

In het wettelijk kader in dit rapport (en in het Rapport voorlopige bevindingen) is aangehaald dat ondubbelzinnige toestemming niet verkregen kan worden via algemene voorwaarden.

“Als voorbeeld noem ik algemene voorwaarden die van toepassing zijn op het sluiten van een overeenkomst. Indien in dergelijke voorwaarden wordt bepaald welke gegevens er voor welk doel en door wie verwerkt worden, wil dat nog niet automatisch zeggen dat betrokkene daartoe ondubbelzinnig zijn toestemming heeft gegeven, enkel omdat hij de betreffende overeenkomst heeft ondertekend.”⁸⁸

2. Ondubbelzinnige toestemming en opt-outmogelijkheden

In dit wettelijk kader is tevens uitgelicht dat 'ondubbelzinnig' betekent dat de verantwoordelijke niet mag uitgaan van toestemming indien de betrokkene geen opmerkingen maakt over de gegevensverwerking (oftewel: bij 'toestemming' die wordt geacht voort te vloeien uit het uitblijven van actie of het stilzwijgen van de betrokkene).

Google hanteert als default-instelling dat gebruikers toestemming verlenen en biedt hoogstens gedeeltelijke opt-out mogelijkheden aan. In het geval van productontwikkeling is in het geheel geen opt-out mogelijkheid beschikbaar. Ten aanzien van het personaliseren van advertenties kan een betrokkene zich alleen verzetten tegen het tonen van die advertenties, maar er is geen verzet mogelijk tegen de onderliggende gegevensverwerkingen door Google zonder drastisch verlies aan functionaliteit (het per sessie weggooien van cookies of het volledig blokkeren van cookies in de browser).

Uit het aanbieden van (gedeeltelijke) opt-out mogelijkheden blijkt dat Google uitgaat van stilzwijgende toestemming van niet-geauthenticeerde gebruikers voor het gebruik van gegevens

gepersonaliseerde advertenties binnen Google en en 1 keer voor gepersonaliseerde advertenties op de rest van het internet).

⁸⁸ *Handelingen I* 1999/2000, 34, p. 1632. Vgl. ook HvJ EU van 19 juli 2012, zaak C-112/11 (ebookers.com), r.o. 16 en HvJ EU van 9 november 2010, zaaknummers C-92/09 en C-93/09.

uit de ene dienst (YouTube of Maps) voor het personaliseren van de andere dienst (Search) en het combineren van gegevens uit de open diensten voor het personaliseren van advertenties elders op het internet. Bij geauthenticeerde gebruikers gaat Google eveneens uit van stilzwijgende toestemming voor het gebruik van de inhoud van diensten als verzenden en ontvangen e-mails in Gmail en inhoud van documenten op Drive voor het personaliseren van advertenties, en het combineren van gegevens uit al die diensten voor het personaliseren van advertenties elders op het internet.

Stilzwijgen (in dit geval, geen gebruik maken van de beperkte opt-out mogelijkheden) leidt niet tot rechtsgeldige toestemming.

3. Ondubbelzinnige toestemming en informatie

Ten slotte vereist ondubbelzinnige toestemming dat de informatie specifiek is en de betrokkene geïnformeerd, in de zin van artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp. Zoals eerder in deze bijlage en in het Rapport vastgesteld, informeert Google haar drie soorten gebruikers onvoldoende over het combineren van persoonsgegevens uit verschillende diensten, al dan niet met behulp van cookies. De verschillende doeleinden van het combineren van gegevens zijn onvolledig, althans onvoldoende duidelijk omschreven in GPP2012 en onderliggende pagina's waarnaar in GPP2012 wordt verwezen. Google voldoet daardoor niet aan het criterium 'geïnformeerd'.

Google voldoet evenmin aan het criterium 'specifiek' omdat zij geen toestemming vraagt voor de verschillende gegevensverwerkingen voor de feitelijk onderzochte vier doeleinden. Google biedt alleen (verspreide) opt-out mogelijkheden voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties, en wijst op de mogelijkheid om alle cookies te weigeren in een browser. Uit de onderliggende informatie valt niet op te maken welke gegevens precies voor welke doeleinden worden verwerkt (en gecombineerd).

De gebruikte omschrijvingen zijn onvoldoende specifiek, omdat daaruit niet af te leiden valt dat Google tenminste twee soorten permanente cookies met unieke identifiers plaatst en uitleest en combineert met gegevens over het bezoek aan meerdere websites. In het geval van geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde gebruikers kan Google deze gegevens combineren met gegevens uit en over alle andere diensten waar deze betrokkenen gebruik van maken, inclusief nieuwe diensten als Google Music die na de introductie van het privacybeleid zijn geïntroduceerd. Daardoor kan Google geen rechtsgeldige, specifieke toestemming van hen verkrijgen voor gegevensverwerking voor de in dit rapport onderzochte doeleinden van het combineren van gegevens. Daarbij speelt bijvoorbeeld ook een rol dat YouTube niet herkenbaar is als Google-dienst. De informatie is daardoor onvoldoende 'specifiek' en 'geïnformeerd' in de zin van artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp.

De zienswijze op dit punt van Google heeft geleid tot aanvulling van de beoordeling in het rapport. De zienswijze van Google heeft geen gevolgen voor de conclusie dat Google geen ondubbelzinnige toestemming verkrijgt zoals bepaald in artikel 8, aanhef en onder a van de Wbp, voor het combineren van gegevens van geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde gebruikers, over en uit het gebruik van verschillende diensten en informatie over het surfgedrag verkregen via websites van derde partijen voor de vier in dit rapport onderzochte doeleinden.

Uitvoering van een overeenkomst

Zienswijze Google: Google stelt dat de Servicevoorwaarden een contractuele relatie doen ontstaan met alle gebruikers van Googles diensten, ongeacht of die geauthenticeerd zijn of niet.

Google kan daarom ook een beroep doen op artikel 8, onder b, van de Wbp. Omdat het object van de Servicevoorwaarden (die een link bevatten naar het Privacy beleid) is dat Google haar online diensten verleent en dat de gebruiker daartoe toegang krijgt en er gebruik van kan maken, vergt het volgens Google noodzakelijkerwijs de verwerking van informatie van de gebruiker. Personalisatie is een inherente eigenschap van sommige onderdelen van de dienst zoals Google die aanbiedt en de gebruiker die wenst te aanvaarden, bijvoorbeeld bepaalde opties van Google Maps. Een voorbeeld van verwerking van persoonsgegevens die noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst met de betrokkene, is de verwerking van creditcard gegevens om een online bestelling van een gebruiker bij Google Play te verwerken.⁸⁹

Reactie CBP: Het CBP heeft zijn reactie op deze zienswijze gesplitst naar de drie soorten gebruikers.

Passieve gebruikers

In het contractenrecht⁹⁰ geldt dat een overeenkomst tot stand komt door de aanvaarding van een aanbod (volgens Google: de Servicevoorwaarden, die een link bevatten naar het Privacy beleid). Het aanbod moet kenbaar zijn gemaakt en alle essentiële elementen van de te sluiten overeenkomst bevatten. Passieve gebruikers in Nederland, oftewel bezoekers van websites die Googles (advertentie)diensten gebruiken, ontvangen geen voorstel van Google tot het aangaan van een overeenkomst, elektronisch of anderszins. Laat staan dat ze gezegd kunnen worden een aanbod te aanvaarden. Passieve gebruikers zullen in de meeste gevallen niet eens weten dat ze te maken hebben (gehad) met Google cookies op websites van derde partijen. De Servicevoorwaarden doen daarom in elk geval geen contractuele relatie ontstaan met de passieve gebruikers.

Niet-geauthenticeerde gebruikers

De grondslag waarop Google zich beroept, artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp, kan ten aanzien van niet-geauthenticeerde gebruikers van toepassing zijn indien een gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is. Onverlet de vraag of in een online omgeving sprake kan zijn van de totstandkoming van een geldige onaantastbare overeenkomst louter door het bezoeken van de Search, Maps of YouTube website, is de kernvraag in dit verband of de verwerkingen van persoonsgegevens noodzakelijk zijn voor uitvoering van de overeenkomst. Alleen in dat geval kan Google een beroep doen op artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat het noodzakelijkheids criterium expliciet refereert aan artikel 8, tweede lid, EVRM, en daaropvolgende jurisprudentie.⁹¹

Om een beroep te kunnen doen op een grondslag onder artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp moet het dus gaan om verwerkingen die noodzakelijk zijn om de dienst te leveren. Het feit dat iemand van Search, Maps of YouTube gebruik maakt als niet-geauthenticeerde gebruiker, maakt

⁸⁹ Zienswijze Google, randnummers 64-66.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 6:217 van het Burgerlijk Wetboek; hierna: BW.

⁹¹ *Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 6, p. 33. "De herkomst van begrip «noodzakelijk» ligt in deze context in artikel 8, tweede lid, EVRM. In de oorspronkelijke Nederlandse vertaling van het EVRM in het Tractatenblad van 1951 (154), is dit begrip vertaald met «nodig». In het licht van de daaropvolgende jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is in de nieuwe vertaling van 1990 (Trb. 156) dit begrip vertaald met «noodzakelijk». De in de Europese en Nederlandse jurisprudentie onder meer daarmee verbonden begrippen als «proportionaliteit» en «subsidiariteit» zouden minder duidelijk tot hun recht komen wanneer nu weer zou worden teruggekeerd tot het oude begrip «nodig»."*

het nog niet noodzakelijk om die gegevens te gebruiken om die betrokkene elders op internet (op websites met Google advertenties) gepersonaliseerde advertenties te tonen of om zoekresultaten te personaliseren op grond van gedrag in de andere open diensten. Het plaatsen en uitlezen van de PREF- en NID-cookies op alle websites binnen het Google domein (en DoubleClick-cookies op YouTube) voor deze doeleinden is niet noodzakelijk voor het leveren van diensten door Google aan niet-geauthenticeerde gebruikers.

Geauthenticeerde gebruikers

Ongeacht eventuele contractuele overeenstemming geldt ook ten aanzien van geauthenticeerde gebruikers dat het niet proportioneel is om gegevens uit de inhoud van gegevens die zij aan Google verstrekken, zoals e-mail en aankoopgedrag van apps, te combineren om zoekresultaten te personaliseren of om gegevens over en uit gebruik van verschillende Google diensten te combineren met gegevens over surfgedrag naar websites van derde partijen voor het personaliseren van advertenties.

Zoals Google in haar zienswijze zelf aangeeft, gebruikt zij in haar privacybeleid bewust de woorden 'kan' en 'mogelijk', opdat zij zich niet - onbedoeld en ongewenst - contractueel verplicht jegens de betrokkene om de gegevens op een bepaalde manier te gebruiken (combineren).⁹² Het combineren van persoonsgegevens is daarom niet noodzakelijk om een contractuele verplichting na te komen (net zoals dat niet het geval is bij niet-geauthenticeerde gebruikers).

Hetzelfde gebrek aan noodzaak geldt ten aanzien van alle drie de soorten gebruikers voor de andere twee onderzochte doeleinden voor het combineren van gegevens (productontwikkeling en website analytics). Er is geen rechtvaardiging voor deze verwerkingen aanwezig in de relatie tot (een overeenkomst met de) specifieke individuele betrokkene. Het combineren van gegevens over en uit meerdere diensten voor deze doeleinden beoogt meer het algemeen bedrijfsbelang van Google te dienen, te weten: informatie verkrijgen over het gebruik van haar eigen diensten en het in kaart brengen en analyseren van bezoek aan websites van derde partijen (inclusief advertenties), zodat de kwaliteit van haar diensten verbeterd kan worden en zij nieuwe diensten kan ontwikkelen op basis van reeds verzamelde gegevens.

Van een grondslag voor de in dit rapport onderzochte gegevensverwerkingen, het combineren van gegevens voor de doeleinden van personalisatie van gevraagde diensten, productontwikkeling, gepersonaliseerde advertenties en website analytics onder artikel 8, aanhef en onder b is daarom ten aanzien van alle drie de soorten gebruikers geen sprake.

Google noemt zelf als voorbeeld van een grondslag in de noodzaak om een contractuele overeenkomst uit te voeren het verwerken van creditcardgegevens bij aankopen via Google Play. Voor deze specifieke gegevensverwerking bij geauthenticeerde gebruikers kan mogelijk inderdaad een grondslag worden gevonden in artikel 8, aanhef en onder b van de Wbp, net als voor de (noodzakelijke) verwerking van gegevens via Google Wallet om betalingen mogelijk te maken, en het aanmaken van een Google account en/of e-mailadres om bepaalde welomschreven verwerkingen uit te kunnen voeren. Deze twee voorbeelden betreffen echter verwerkingen van persoonsgegevens binnen één dienst. Ze hebben geen betrekking op de vier onderzochte feitelijke doeleinden waarvoor Google gegevens uit en over meerdere diensten combineert en vallen daarom buiten de scope van dit onderzoek.

⁹² Zienswijze Google, randnummer 38.

De zienswijze op dit punt van Google heeft geleid tot aanvulling, uitsplitsing naar de drie soorten gebruikers en precisering van de beoordeling in het rapport. De zienswijze van Google heeft geen gevolgen voor de conclusie dat Google geen beroep kan doen op noodzaak voor de gegevensverwerking ter uitvoering van een overeenkomst zoals bepaald in artikel 8, aanhef en onder b van de Wbp voor het combineren van gegevens van geauthenticeerde en niet-geauthenticeerde gebruikers, over en uit het gebruik van verschillende diensten en informatie over het surfgedrag verkregen via websites van derde partijen voor de vier in dit rapport onderzochte doeleinden. Dit laat onverlet dat Google wel een beroep op deze grondslag kan doen voor specifieke verwerkingen binnen één dienst, zoals het door Google genoemde voorbeeld van het verwerken van creditcard gegevens om een online bestelling van een gebruiker bij Google Play te verwerken. Ten aanzien van de passieve gebruikers is als aparte (tussen-)conclusie opgenomen dat tussen hen en Google geen contractuele relatie ontstaat.

Gerechtvaardigd belang

Zienswijze Google: Google betoogt dat zij in veel gevallen ook een beroep zal kunnen doen op het feit dat de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van haar gerechtvaardigde belang, als bedoeld in artikel 8, onder f, van de Wbp. Omdat de belangen van Google parallel zijn aan die van de gebruiker als het gaat om de beschikbaarheid van een online dienst van Google met de hoogst mogelijke kwaliteit, moet volgens Google wel sprake zijn van een gerechtvaardigd belang. De fundamentele rechten en vrijheden van betrokkenen wegen niet zwaarder, omdat Google 'tools' aanbiedt waarmee gebruikers hun rechten kunnen uitoefenen en omdat Google gebruikers gedetailleerde informatie biedt: *"Door gebruikers gedetailleerde informatie te geven over de verwerking van hun gegevens, en de wijze waarop zij hun bijbehorende rechten kunnen uitoefenen, kunnen zij een geïnformeerde keuze maken of en hoe zij de dienst van Google van willen gebruiken."*⁹³ Google noemt als voorbeeld van een gelegitimeerde verwerking de personalisatie van zoekresultaten bij geauthenticeerde gebruikers op basis van de zoekgeschiedenis van die gebruiker. De gebruiker kan zijn zoekgeschiedenis uitzetten, pauzeren of wissen, of de incognito-browsing modus kiezen in Chrome. Het combineren van gegevens voor het doel van productontwikkeling is volgens Google een andere vorm van gegevensverwerking die duidelijk geoorloofd is op grond van de gerechtvaardigde belangen van Google, mits de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit in acht worden genomen.⁹⁴

Reactie CBP: Het CBP heeft in paragraaf 6 van deze bijlage, 'Cookies', vastgesteld dat Google voor dat Google voor het combineren van persoonsgegevens voor de vier onderzochte doeleinden in veel gevallen gebruik maakt van *tracking cookies* en dat voor de gegevensverwerkingen die daarmee samenhangen en daaruit voortvloeien ondubbelzinnige toestemming is vereist. Daarom kan een beroep op een grondslag onder artikel 8, aanhef en f, van de Wbp om die reden al niet slagen.

Voor zover Google voor de onderzochte gegevensverwerkingen (van het combineren van gegevens uit en over meerdere diensten) toch een beroep doet op een grondslag onder artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp, geldt het volgende.

Voorop staat dat verantwoordelijken gerechtvaardigde belangen kunnen hebben bij de ontwikkeling van innovatieve nieuwe diensten op internet waar vraag naar bestaat. Conform artikel 8, aanhef en onder f van de Wbp dient de verantwoordelijke daarbij rekening te houden met de impact van deze diensten op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. De

⁹³ Zienswijze Google, randnummers 67-68.

⁹⁴ Zienswijze Google, randnummers 69-70.

verantwoordelijke dient waarborgen in te bouwen om onevenredige benadeling te voorkomen. Een zorgvuldige gegevensverwerking vereist dat betrokkenen actief geïnformeerd worden over het vastleggen van hen betreffende persoonsgegevens en de specifieke doeleinden waarvoor deze gegevens worden verzameld en verwerkt.

Het CBP heeft in het Rapport voorlopige bevindingen primair geoordeeld dat de noodzaak ontbreekt om gegevens van de drie soorten gebruikers te combineren voor de in dit rapport onderzochte vier doeleinden. Google heeft noch in zijn zienswijze, noch in eerdere beantwoording van vragen van de CNIL, aangetoond of onderbouwd waarom het combineren van gegevens uit en over meerdere diensten noodzakelijk zou zijn om haar diensten te kunnen leveren. De plicht om de noodzaak van de verwerking aan te tonen berust onder de Wbp bij de verantwoordelijke.⁹⁵

De wijze waarop Google allerlei soorten gegevens uit verschillende diensten kan combineren volgens GPP2012 geeft onvoldoende blijk van een evenredige belangenafweging (proportionaliteitsbeginsel). Daarbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat indien het gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke anderszins of met minder ingrijpende middelen wordt gediend, de gegevensverwerking niet is toegestaan (subsidiariteitsbeginsel).

De noodzaak voor Google om (een beperkte set) gegevens over het gebruik van haar diensten te verzamelen en (verder) te verwerken behelst niet zonder meer een noodzaak om de aldus verkregen gegevens vervolgens ook te combineren voor in dit rapport onderzochte vier doeleinden. Ten aanzien van het combineren van gegevens uit en over meerdere diensten voor productontwikkeling heeft Google niet aangetoond dat het noodzakelijk is om hiervoor persoonsgegevens te gebruiken, en indien dat al het geval is, waarom een minder inbreukmakende methode niet volstaat, zoals het gebruik van testpanels van gebruikers die toegestemd hebben in deze gegevensverwerking. Het gaat daarbij ook om grootschalige, heimelijke verzameling van gevoelige persoonsgegevens (surfgedrag) via cookies en de verwerking daarvan. Daarom hebben de verwerkingen voor dit doeleinde grote gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen.

Ten aanzien van het combineren van gegevens om gepersonaliseerde advertenties te tonen geldt dat Google een gerechtvaardigd belang heeft om haar bedrijfsmodel te baseren op advertentie-inkomsten, maar dat Google wel aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit moet voldoen. Het volgen van gedrag over meerdere websites en het anders behandelen van betrokkenen op grond daarvan (met gepersonaliseerde advertenties), maakt een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen.

Het CBP ziet in de zienswijze van Google geen aanleiding om de beoordeling aan te passen dat de huidige werkwijze van Google van het combineren van gegevens uit allerlei diensten en bezoek aan meerdere websites van derde partijen om de advertenties te personaliseren, niet noodzakelijk is. Indien de gegevensverwerkingen niet noodzakelijk zijn, kan een beroep op een grondslag onder artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp, om die reden al niet slagen.

⁹⁵ Kamerstukken II 1998/99, 25 892, nr. 13, p. 6: "Overigens wijzen wij erop dat alleen een gerechtvaardigd belang niet voldoende is. Gegevensverwerking is blijkens artikel 8, onder f, alleen toelaatbaar indien deze met het oog op het desbetreffende belang ook «noodzakelijk» is. De plicht om de noodzaak van de verwerking aan te tonen berust bij de verantwoordelijke."

Aanvullend is het CBP ook ingegaan op de tweede, zelfstandige afweging die een verantwoordelijke op grond van dit artikel moet maken, of zijn gerechtvaardigde belang opweegt tegen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, voor zover Google dus alsnog de noodzaak van specifieke gegevensverwerkingen voor specifieke doeleinden zou aantonen.

Bij die tweede privacy-toets spelen de mate (ernst) van inbreuk op de levenssfeer van betrokkenen een essentiële rol, evenals waarborgen als transparantie en het bestaan van effectieve opt-outmogelijkheden voor betrokkenen.

Het combineren van gegevens door Google, onder andere met behulp van *tracking cookies* uit meerdere diensten en websites van derde partijen voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties, het personaliseren van diensten, productontwikkeling en analytics vormt voor elk van de drie soorten betrokkenen een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruikers.

Impact voor geauthenticeerde gebruikers

Google kan de persoonsgegevens van geauthenticeerde gebruikers volgens GPP2012 combineren met gegevens over en uit alle andere Google-diensten. Om het gebruik van haar open diensten (Search, YouTube en Maps) vast te leggen, maakt Google gebruik van (tracking) cookies.

In sommige gevallen kan het combineren van gegevens voor de hand liggen, zoals het tonen van Gmail-contactgegevens in de agenda, maar in andere gevallen, zeker als het om de inhoud van documenten gaat en bijvoorbeeld een Google+ profiel, locatiegegevens, gegevens, betalingsgegevens en zoekopdrachten, kan de verwerking grote inbreuk maken op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Bij betalingsinformatie en bijvoorbeeld locatiegegevens gaat het om gegevens van gevoelige aard, bij de inhoud van e-mail en documenten om vertrouwelijke communicatie. Daarbij komt dat Google zeer diverse diensten aanbiedt, die vanuit het perspectief van gebruikers hele andere doelen dienen (zoals zoeken, e-mailen, filmpjes kijken, apps kopen). Ten slotte combineert Google deze gegevens ook met gegevens over het bezoek aan een groot aantal websites van derde partijen, om gepersonaliseerde advertenties te kunnen tonen of diensten als Search te personaliseren. Het vastleggen van het bezoek aan meerdere websites van derde partijen leidt tot een omvangrijke verzameling van gevoelige persoonsgegevens die iets (kunnen) zeggen over het gedrag van mensen op internet.

Impact voor niet-geauthenticeerde gebruikers

Om het gebruik van haar open diensten (Search, YouTube en Maps) vast te leggen, maakt Google gebruik van (tracking) cookies. Met behulp van deze cookies kan Google een groot aantal soorten gegevens combineren over het gebruik van Google diensten met gegevens over het bezoek aan websites van derde partijen, om gepersonaliseerde advertenties te kunnen tonen of diensten als Search en YouTube te personaliseren. Net als bij geauthenticeerde gebruikers geldt dat het vastleggen van het bezoek aan meerdere websites van derde partijen tot een omvangrijke verzameling leidt van gevoelige persoonsgegevens die iets (kunnen) zeggen over het gedrag van mensen op internet. Deze gegevens raken aan de vertrouwelijke communicatie. Hiermee kan Google volgens GPP2012 gegevens van gevoelige aard combineren, zoals (direct verkregen of afgeleide) locatiegegevens.

Impact voor passieve gebruikers

Ten aanzien van passieve gebruikers van Google diensten (de bezoekers van websites die DoubleClick of Analytic-cookies laten plaatsen en uitlezen) geldt dat het niet waarschijnlijk is dat zij in aanraking komen met het Google privacybeleid. Zij hebben er niet voor gekozen om gebruik te maken van diensten van Google, maar hun websitebezoek wordt door Google niettemin (deels, voor zover er Google cookies aanwezig zijn op die websites) in kaart gebracht. De gegevens die Google verzamelt over hun websitebezoek en kan combineren voor de doeleinden van het tonen van gepersonaliseerde advertenties, website analytics en productontwikkeling, zijn voor de betrokkenen en websitehouders niet noodzakelijk om het websitebezoek mogelijk te maken. De gegevensverwerking gaat ten koste van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken passieve gebruikers. De passieve gebruiker ontkomt er door deze handelswijze van Google bijna niet aan dat zijn persoonsgegevens door Google worden verwerkt.

De verwerkingen resulteren in een andere behandeling van alle drie de soorten betrokkenen bij het tonen van gepersonaliseerde advertenties.

Ook het aanzienlijke gebruiksaandeel van de verschillende Google-diensten in Nederland speelt een rol bij de beoordeling van de impact van de gegevensverwerkingen op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Naast een gebruiksaandeel van meer dan 90% voor Search, omvat het Google Display netwerk wereldwijd meer dan twee miljoen websites, video's en apps, en bevat ruim 20 procent van de bijna 8.000 best bezochte websites in Nederland DoubleClick advertenties, en ruim 65 procent Analytics-code. Het is voor een Nederlandse internetter in de praktijk bijna onmogelijk om geen interactie aan te gaan met Google, ook zonder Google account aan te maken (hetzij via Search, YouTube of Maps, dan wel passief op websites van derde partijen via de DoubleClick- of Analytic cookies).

Google schrijft in haar zienswijze ook dat de fundamentele rechten en vrijheden van betrokkenen niet zwaarder wegen [dan haar gerechtvaardigd belang, toevoeging door het CBP], omdat zij 'tools' aanbiedt waarmee gebruikers hun rechten kunnen uitoefenen en omdat zij gebruikers gedetailleerde informatie biedt.

Het CBP stelt echter vast dat Google (ook) onvoldoende waarborgen heeft getroffen om te voorkomen dat het combineren van gegevens strikt beperkt is tot gerechtvaardigde doeleinden en dat het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen prevaleert.

In paragraaf 5 van deze bijlage, 'Informatie', heeft het CBP geconstateerd dat Google betrokkenen niet toereikend en onvoldoende specifiek informeert over de kernelementen van de gegevensverwerking die bestaan uit het combineren van gegevens uit en over meerdere diensten (de soorten gegevens en de doeleinden). Betrokkenen kunnen uit GPP2012 en onderliggende pagina's niet afleiden wat er feitelijk met hun persoonsgegevens gebeurt. Het is niet of onvoldoende duidelijk welke persoonsgegevens voor welke doeleinden met elkaar in verband worden gebracht.

Indien Google gebruikers daadwerkelijk gedetailleerde informatie zou aanbieden over de gegevensverwerkingen die bestaan uit het combineren van gegevens uit meerdere eigen diensten met gegevens over surfgedrag op websites van derde partijen, vormt dat op zich een belangrijke waarborg om ervoor te zorgen dat het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen niet prevaleert boven het gerechtvaardigd belang van Google bij de gegevensverwerking. Datzelfde geldt voor het aanbieden van 'tools' waarmee gebruikers hun

rechten kunnen uitoefenen. Maar zelfs met deze waarborgen kan Google voor de gegevensverwerkingen voor de onderzochte vier doeleinden geen beroep doen op een grondslag onder artikel 8, onder f, van de Wbp, omdat voor het gebruik van met tracking cookies verkregen persoonsgegevens alleen ondubbelzinnige toestemming mogelijk is als grondslag, en subsidiair, de onderzochte verwerkingen niet voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.

De zienswijze op dit punt van Google heeft geleid tot aanvulling van de beoordeling in het rapport. De zienswijze van Google heeft geen gevolgen voor de conclusie dat Google geen grondslag heeft onder artikel 8 van de Wbp voor het combineren van gegevens uit verschillende diensten van de informatiemaatschappij voor de vier in dit rapport onderzochte doeleinden.

Opt-out

Zienswijze Google: Google merkt op dat artikel 8, onder f, van de Wbp niet met zoveel woorden voorschrijft welke waarborgen gerealiseerd moeten worden, laat staan dat het artikel specificeert hoe die moeten worden geboden. Google hoeft geen algemeen recht van verzet te bieden, zoals het CBP lijkt te stellen. Artikel 40 van de Wbp regelt een bijzonder verzetsrecht dat alleen geldt in bijzondere en uitzonderlijke gevallen. Google citeert daarbij uit de wetsgeschiedenis van de Wbp. De veronderstelling van het CBP dat Google een algemeen verzetsrecht moet bieden, mist een toereikende grondslag in de wet en heeft, gelet op de negatieve gevolgen voor Google en de beperkte gebruikersbelangen die de wetgever heeft willen beschermen, een onevenredige impact. Google biedt overigens verschillende opt-out tools en verschillende andere 'tools' waarmee gebruikers kunnen kiezen hoe hun gegevens worden verwerkt (bijvoorbeeld door wel of geen geauthenticeerde gebruiker te worden, wel of niet een specifiek Google product te gebruiken, Web History uit te zetten of te pauzeren, verschillende accounts aan te maken met verschillende settings en de Ad Preferences Manager waarmee gebruikers kunnen kiezen wel of niet gepersonaliseerde advertenties getoond te krijgen). Volgens het CBP zijn de opt-out mogelijkheden ontoereikend omdat ze niet op een centrale plaats worden aangeboden, maar de Wbp legt die verplichting niet op.

Google biedt verzetsmogelijkheden op plaatsen waar die volgens haar het beste aansluiten bij de belangstelling van gebruikers en voor die gebruikers ook nuttig zijn.⁹⁶

Google is volledig transparant over haar verwerking van persoonsgegevens. Artikel 8, onder f, van de Wbp vereist niet dat een verantwoordelijke alle potentiële toekomstige vormen van gegevensverwerking moet specificeren, en voorziet daarnaast ten aanzien van cookies in de waarborg van contractuele afspraken met websiteaanbieders (zij kunnen bijvoorbeeld grenzen stellen aan het gebruik dat Google mag maken van informatie die Google via DoubleClick-cookies verzamelt).⁹⁷

Reactie CBP: Primair dient Google ondubbelzinnige toestemming te krijgen van betrokkenen voor het combineren van persoonsgegevens over en uit meerdere diensten voor zover Google daartoe *tracking cookies* gebruikt, voor de in dit rapport onderzochte vier doeleinden.

⁹⁶ Zienswijze Google, randnummers 71-75. Zie ook randnummer 54 over Googles 'Ads Settings'.

⁹⁷ Zienswijze Google, randnummers 76-77.

Zoals hierboven in de bijlage vermeld, heeft Google ten aanzien van het combineren van gegevens uit en over meerdere diensten niet aangetoond dat deze verwerkingen noodzakelijk zijn om haar (afzonderlijke) diensten te kunnen leveren. Het gaat daarbij (bij het gebruik van *tracking cookies*) ook om grootschalige, heimelijke verzameling van gevoelige persoonsgegevens (surfgedrag) en de verwerking daarvan. Daarom hebben de verwerkingen voor dit doeleinde grote gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen.

Naar aanleiding van de zienswijze van Google dat zij verschillende opt-out tools aanbiedt, heeft het CBP niettemin toch nader gekeken naar de opt-outmogelijkheden voor de verschillende soorten betrokkenen. Het CBP heeft paragraaf 3.7 in het feitelijk kader van het Rapport definitieve bevindingen over de opt-out mogelijkheden (die vooral was toegespitst op de opt-out mogelijkheden voor gepersonaliseerde advertenties) uitgebreid, met onderstaand overzicht van de opt-outmogelijkheden per doeleinde, en uitgesplitst naar de drie soorten gebruikers.

Google biedt geen algehele opt-out mogelijkheid voor het combineren van gegevens. Google biedt wel een aantal gedeeltelijke opt-out mogelijkheden voor drie van de vier onderzochte doeleinden.

Voor zover het combineren van gegevens geschiedt met behulp van cookies, wijst Google op de mogelijkheid om cookies te weigeren in browsers, maar wijst ook op de nadelen daarvan.⁹⁸ Veel websites (ook websites zonder Google-cookies) functioneren veelal minder goed als alle cookies worden geweigerd.

Tegen het combineren van persoonsgegevens over en uit meerdere diensten voor het doeleinde productontwikkeling is geen verzet mogelijk.

Ten aanzien van het combineren van persoonsgegevens voor website analytics geldt dat alle drie de soorten gebruikers zich kunnen verzetten tegen het doorgeven van gegevens aan Google door een speciale plug-in (add-on) te installeren in hun browser. Google biedt geen andere opt-outmogelijkheid aan. De add-on moet apart in elke browser en op elk apparaat worden geïnstalleerd.

Ten aanzien van personalisatie van gevraagde diensten geldt dat geauthenticeerde gebruikers zich per dienst kunnen verzetten, zoals Search en YouTube, maar niet tegen het combineren door Google van gegevens uit en over hun gebruik van andere diensten met die diensten, zoals informatie over hun Google+ activiteiten (in het bijzonder ook resultaten van personen waarmee ze via Google+ bevriend zijn). De opt-outmogelijkheden die Google daarbij ter beschikking stelt aan geauthenticeerde gebruikers zijn daarbij arbeidsintensief⁹⁹, en dienen in het geval van wissen of pauzeren bij elk bezoek herhaald te worden. Het volledig uitzetten van zoekresultaten leidt

⁹⁸ Google schrijft: "U kunt uw browser alle cookies laten weigeren of u laten waarschuwen wanneer er een cookie wordt verzonden. Sommige functies of services van een website functioneren wellicht niet goed zonder cookies." Bron: Google Beleid en Principes, Belangrijke Termen, Cookies, URL: <https://www.google.nl/intl/nl/policies/privacy/key-terms/#toc-terms-cookie>.

⁹⁹ Google informeert op een aparte pagina met Veelgestelde vragen: "Als u terwijl u was ingelogd personalisatie op basis van zoekgeschiedenis heeft uitgeschakeld, moet u deze optie opnieuw uitschakelen nadat u de cookies van uw browser heeft gewist. Als u de Google-cookie wist, worden namelijk niet alleen uw zoekinstellingen gewist, maar wordt ook personalisatie op basis van zoekgeschiedenis weer ingeschakeld." URL: <https://support.google.com/accounts/answer/54048#signedout> (URL laatst bezocht 14 oktober 2013).

daarbij overigens ook niet tot het daadwerkelijk wissen van de zoekresultaten, maar leidt er alleen toe dat Google deze gegevens niet meer gebruikt om de zoekresultaten te personaliseren.¹⁰⁰ Bovendien leidt het volledig uitzetten van zoekresultaten tot een verlies aan functionaliteit, namelijk dat geauthenticeerde gebruikers niet terug kunnen zoeken in hun persoonlijke overzicht van eerder bezochte websites.

Niet-geauthenticeerde gebruikers kunnen zich eveneens verzetten tegen het bijhouden van hun webgeschiedenis. Zij dienen te klikken, in de lijst met getoonde zoekresultaten, op het icoontje van een tandwiel rechts bovenin de pagina (opties). Daar verschijnt een uitklapmenu, met als optie 'Webgeschiedenis'. Standaard is het personaliseren van de zoekresultaten ingeschakeld, maar betrokkenen kunnen dit uitschakelen. Dan verschijnt de tekst: "*Aanpassingen op basis van zoekactiviteit (wanneer niet ingelogd) zijn uitgeschakeld.*" De tekst bevat geen hyperlinks naar toelichtingen wat dit betekent, of informatie over het feit dat Google de gegevens nog steeds kan combineren voor andere doeleinden zoals productontwikkeling of het personaliseren van advertenties. Niet-geauthenticeerde gebruikers kunnen zich niet verzetten tegen personalisatie van resultaten in YouTube en Maps, anders dan via het weigeren van alle cookies in de browser (met navenant verlies aan functionaliteit op andere websites). De opt-out mogelijkheid is namelijk alleen beschikbaar na inloggen met een Google-account.¹⁰¹

De tekst over de opt-outmogelijkheden voor advertentiedoeleinden is ongewijzigd, met uitzondering van de opsplitsing naar de mogelijkheden voor de verschillende soorten gebruikers.

Het CBP heeft dezelfde indeling voor de verschillende soorten gebruikers toegepast in de beoordeling.

Opt-outmogelijkheden voor geauthenticeerde gebruikers

Ten aanzien van personalisatie van gevraagde diensten geldt dat geauthenticeerde gebruikers zich per dienst kunnen verzetten, zoals YouTube en Search, maar niet tegen het combineren door Google van gegevens uit en over hun gebruik van andere diensten met die diensten. De opt-outmogelijkheden die Google daarbij ter beschikking stelt zijn daarbij arbeidsintensief, leiden niet in alle gevallen tot het daadwerkelijk wissen van de gegevens en leiden bovendien tot een verlies aan functionaliteit.

Opt-outmogelijkheden voor niet-geauthenticeerde gebruikers

Het CBP stelt vast dat Google niet-geauthenticeerde gebruikers onvoldoende informeert over het bestaan van een opt-outmogelijkheid voor het personaliseren van de zoekresultaten. Niet-geauthenticeerde gebruikers kunnen zich niet verzetten tegen personalisatie van resultaten in YouTube en Maps, anders dan via het weigeren van cookies in de browser (met navenant verlies aan functionaliteit).

¹⁰⁰ Verwijdering van de zoekgeschiedenis door de geauthenticeerde gebruiker leidt niet tot volledige verwijdering van de gegevens door Google en evenmin tot stopzetting van het combineren van gegevens uit andere diensten voor dit doeleinde, of tot stopzetting van het gebruik van de gegevens voor productontwikkeling. Google schrijft hierover "*Zoals algemeen gebruikelijk is in de branche en wordt uiteengezet in het Privacybeleid van Google, onderhoudt Google een afzonderlijk logsysteem voor controledoeleinden en om de kwaliteit van onze services voor gebruikers te verbeteren.*" Bron: <https://support.google.com/accounts/answer/54068?topic=14149&ctx=topic>.

¹⁰¹ Bij YouTube staat personalisatie standaard aan. Niet-geauthenticeerde gebruikers hebben geen mogelijkheid zich hiertegen te verzetten. Zie URL: <https://support.google.com/youtube/answer/57711>

Opt-outmogelijkheden voor passieve gebruikers

De opt-outmogelijkheden voor passieve gebruikers voor Analytics- en DoubleClick-cookies op websites van derde partijen zijn eveneens arbeidsintensief (zeker voor bezoek vanaf mobiele apparaten) en niet (voldoende) effectief (als de cookies al geplaatst en uitgelezen worden voordat de gebruiker een keuze heeft kunnen maken). Als passieve gebruikers ervoor kiezen om in hun browser alle cookies te weigeren, ondervinden ze daarvan grote nadelen. Veel websites (ook websites zonder Google-cookies) functioneren veelal minder goed als cookies worden geweigerd. Om de Google Analytic-cookies te weigeren, dienen gebruikers een speciale plug-in te installeren, per browser en per apparaat dat ze gebruiken. Een opt-out mogelijkheid voor het gebruik van de gegevens over websitebezoek voor het doeleinde van productontwikkeling, bestaat niet.

Subsidiar aan de beoordeling dat Google bij het gebruik van persoonsgegevens die verkregen zijn met behulp van *tracking cookies* alleen een beroep kan doen op ondubbelzinnige toestemming als grondslag voor de daaruit voortvloeiende/daarmee samenhangende gegevensverwerkingen, concludeert het CBP dat Google geen beroep kan doen op een grondslag onder artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp voor de onderzochte vier gegevensverwerkingen van het combineren van gegevens over en uit verschillende diensten, primair door het ontbreken van noodzaak (proportionaliteits- en subsidiariteitstoets), en daarnaast – subsidiar -, door ontbreken van waarborgen als transparantie en effectieve opt-outmogelijkheden. Door de aard van de gegevens, de diversiteit aan diensten, het ontbreken van adequate en specifieke informatie en toegankelijke en effectieve opt-outmogelijkheden weegt het gerechtvaardigd belang van Google niet op tegen het recht van betrokkenen op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. Hierdoor heeft Google geen grondslag als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp.

De zienswijze op dit punt van Google heeft geleid tot aanvulling van de feiten in het rapport met betrekking tot opt-out mogelijkheden, en aanpassing en aanvulling van de beoordeling op dat onderdeel in het rapport. De zienswijze van Google heeft geen gevolgen voor de conclusie dat Google geen grondslag heeft onder artikel 8 van de Wbp voor het combineren van gegevens uit verschillende diensten van de informatiemaatschappij voor de vier in dit rapport onderzochte doeleinden.

8. Bovenmatigheid

Zienswijze Google: Google betoogt dat het CBP over het hoofd ziet dat Google alle informatie die zij verzamelt, verwerkt voor de levering van de online dienst aan haar gebruikers. Het verzamelen van een telefoonnummer van geauthenticeerde gebruikers (dat bijvoorbeeld wordt gebruikt voor identificatie/verificatiedoeleinden) is niet bovenmatig voor dat doel. Google bestrijdt dat door het niet-limitatieve karakter van de omschrijvingen die Google geeft voor het combineren van gegevens, zij niet kan waarborgen dat gegevens voor de onderzochte vier doeleinden ter zake dienend en niet bovenmatig zijn. Het CBP neemt volgens Google ten onrechte aan dat als het Privacy beleid iets niet nadrukkelijk uitsluit, Google dit in de toekomst zal doen of kan doen.¹⁰²

Reactie CBP: Google stelt dat de persoonsgegevens die zij verwerkt niet bovenmatig zijn voor de levering van het in haar zienswijze genoemde doel, de online dienst aan haar gebruikers. Nu het CBP (slechts) vier van de subdoeleinden/naast elkaar staande doeleinden heeft geïdentificeerd en onderzocht, is toetsing aan artikel 11 van de Wbp naar aanleiding van de zienswijze van Google buiten de scope van dit onderzoek verklaard.

¹⁰² Zienswijze Google, randnummers 37, 84-87.