

# Wetenschappelijk artikel

## Het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural targeting vanuit privacy perspectief

46

### Trefwoorden:

behavioural targeting, cookies, dataprotectie

Sinds een aantal jaren is behavioural targeting sterk in opkomst. Door het gedrag van internetgebruikers te volgen en te analyseren, kan reclame worden gegenereerd op basis van persoonlijke voorkeuren. Hiertoe worden cookies geplaatst op de computers van internetgebruikers, kleine tekstbestandjes die surfgedrag kunnen registreren. Aangezien deze reclame op persoonlijke voorkeuren is gebaseerd, is zij effectiever en vertegenwoordigt derhalve een grotere economische waarde. Al sinds de opkomst van dit fenomeen wordt er op het privacyschendende karakter van deze reclametechniek gewezen. Dit artikel geeft een overzicht van de kritiek die in de loop der jaren is geuit op het plaatsen van cookies en het gebruik van de verkregen gegevens voor behavioural targeting. De stelling is dat de opgeworpen argumenten onvoldoende reden geven om aan te nemen dat er een inherente privacy-schending met dit fenomeen is gemoeid, maar dat er daarentegen overduidelijk een dataprotectieprobleem aan is gelieerd. Uit dit laatste vloeit wel een afgeleid privacyprobleem voort.

### 1 Inleiding

Bij het bezoek van vrijwel iedere website wordt op de computer van de bezoekende internetgebruiker een zogenoemd cookie geplaatst.<sup>1</sup> Dit is een klein tekstbestand dat bepaalde gegevens over de internetgebruiker registreert en opslaat. Deze blijft vaak zonder inmenging enige jaren op de computer staan.<sup>2</sup> Het cookie kan wor-

den geplaatst door de webhoster, de eigenaar van de bezochte pagina, maar ook door een derde partij.<sup>3</sup> De reden om bepaalde gegevens over een gebruiker op te slaan kan zijn het bevorderen van het gebruikersgemak, zoals bij het opslaan van taalinstellingen of het onthouden van een virtueel winkelwagentje, maar kan ook gelegen zijn in het gebruik van deze gegevens voor het genereren van persoonlijke reclame. Dit wordt behavioural targeting of behavioural advertising genoemd: reclame aangepast aan het internetgedrag van een bepaalde gebruiker. Zodoende kunnen twee personen wanneer zij op hetzelfde moment dezelfde website bezoeken, verschillende reclames krijgen te zien. De websitehoster kan daartoe een deel van zijn site tegen betaling ter beschikking stellen aan een derde, die op die plaats reclames mag tonen. Dit geschiedt doorgaans door een tussenpersoon die websitehosters en adverteerders samenbrengt.<sup>4</sup> Google is momenteel het belangrijkste voorbeeld van een dergelijke intermediair. Via de geplaatste cookies kan Google registreren dat een internetgebruiker veel sites over auto's bezoekt en vaak in Google's zoekmachine naar 'Mercedes' zoekt. Google zal deze persoon registreren als 'autoliefhebber'. Een autobedrijf kan Google vervolgens de opdracht geven om aan 2000 mensen die zijn ingedeeld als 'autoliefhebber' zijn reclame te laten zien.<sup>5</sup>

Dit fenomeen is recentelijk in Europa opnieuw onderwerp van discussie geworden, daar de regels<sup>6</sup> omtrent

\* Bart van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatie Recht (IVIR) van de UvA. Hij doet onderzoek naar privacy in horizontale verhoudingen.

1 Dit kunnen zowel http-cookies als flash cookies zijn. A. Soltani e.a., 'Flash Cookies and Privacy', SSRN 1446862, <[http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1446862\\_code364326.pdf?abstractid=1446862&mirid=1](http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1446862_code364326.pdf?abstractid=1446862&mirid=1)>.

2 Session cookies worden verwijderd nadat de browsersessie wordt afgesloten, persistent cookies blijven daarentegen staan, <[www.allaboutcookies.org/cookies/cookies-the-same.html](http://www.allaboutcookies.org/cookies/cookies-the-same.html)>.

3 Dit worden first party respectievelijk third party cookies genoemd.

4 Groep gegevensbescherming artikel 29, *Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising')*, WG 171, 22 juni 2010, Brussel.

5 Dit kan ook 'real-time' geschieden, in de zin dat profielen en de daarbij behorende advertenties op het meest recente web-gedrag worden gebaseerd. Zie ook: Federal Trade Commission Washington, 'Realtime Targeting and Auctioning, Data Profiling Optimization, and Economic Loss to Consumers and Privacy. Complaint, Request for Investigation, Injunction, and Other Relief: Google, Yahoo, PubMatic, TARGUSInfo, MediaMath, eXelate, Rubicon Project, AppNexus, Rocket Fuel, and Others', 8 april 2010, <<http://democraticmedia.org/files/u1/20100407-FTCfiling.pdf>>.

6 E-Privacyrichtlijn, Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie). De huidige regeling omtrent cookies is in Nederland geïmplementeerd in: Besluit van 7 mei 2004, houdende

het plaatsen van cookies zijn gewijzigd.<sup>7</sup> Deze wijziging wordt thans door de lidstaten geïmplementeerd. Ook in Nederland is het implementatieproces nog gaande.<sup>8</sup> De Europese richtlijn eist dat de internetgebruiker voortaan per cookie van tevoren toestemming moet geven alvorens tot plaatsing wordt overgegaan. Een overweging uit de richtlijn geeft echter aan dat wanneer dit technisch mogelijk en doeltreffend is de toestemming van de gebruiker ten aanzien van de verwerking van zijn gegevens ook kan worden uitgedrukt door de desbetreffende browserinstellingen.<sup>9</sup> Hierdoor zou de toestemming van een datasubject ook stilzwijgend door middel van de standaardbrowserinstellingen kunnen worden gegeven. De meeste browsers accepteren 'by default' automatisch alle cookies, maar kunnen handmatig zo worden ingesteld dat alle of bepaalde cookies worden geweigerd. Aangezien het artikel en de overweging beide op een andere wijze van toestemming lijken te duiden, dat wil zeggen dat de gebruiker per cookie zijn toestemming dient te geven of dat hij dit ook eenmalig kan doen ten aanzien van alle toekomstig te plaatsen cookies door middel van zijn browserinstellingen, is er zowel op nationaal als internationaal niveau discussie ontstaan over de keuze tussen een generiek en specifiek toestemmingsregime.<sup>10</sup>

De discussie over het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural advertising wordt door meerdere partijen gevoerd. Zo wijzen adverteerders op de voordelen die deze vorm van adverteren biedt. Ten eerste is deze vorm van reclame effectiever en dus winstgeverder. De gemiddelde rockfan zal immers sneller verleid worden door een advertentie voor een Rolling Stones-concert dan door de laatste modelijn van Gucci. Ten tweede is deze vorm van reclame het meest klantvriendelijk. Klanten krijgen immers reclame voor producten die hen interes-

seren.<sup>11</sup> Zo geeft Hyves op haar website aan: 'Hyves gebruikt de informatie over jou om Hyves beter op je wensen en behoeften af te stemmen. Zo kan het worden gebruikt om te zorgen dat je advertenties te zien krijgt die beter bij jou passen. Zo proberen we bijvoorbeeld te voorkomen dat mannelijke Hyvers maandverbandreclame zien, en vrouwelijke Hyvers reclame voor scheermesjes. (Mannen die toch geïnteresseerd zijn in maandverband kunnen dat aangeven).'<sup>12</sup> Daarbij komt dat juist omdat advertenties effectiever zijn, websitehosters hier meer geld voor kunnen vragen en zij derhalve minder reclames op hun pagina hoeven te laten zien, wat het gebruikersgemak ten goede komt.<sup>13</sup> Tot slot is persoonlijke data de olie van het internet.<sup>14</sup> Diensten en websites op het internet, zoals Google en Facebook, kunnen slechts 'gratis' worden geleverd, zo stellen adverteerders, omdat er persoonlijke gegevens van klanten worden verzameld, verwerkt en verkocht.<sup>15</sup> Zonder deze mogelijkheid zouden de internetdiensten niet of slechts tegen betaling beschikbaar zijn.

Privacyvoorvechters brengen daar tegen in dat mensen bereid zullen zijn om te betalen voor diensten, dat er andere reclamemogelijkheden zijn die minder privacy-schendend zijn, zoals contextual advertisting waarbij de reclame aan de context van een website wordt gekoppeld,<sup>16</sup> en dat de hoeveelheid verzamelde gegevens niet in verhouding staat tot het doel. Ook wijzen zij op algemene dataprotectiebeginselen, zoals het gevaar van datalekken en function creep.<sup>17</sup> Het belangrijkste argument is echter dat er privacy-schendingen plaatsvinden bij het gebruik van cookies ten behoeve van behavioural targeting.<sup>18</sup> Aangezien met de bescherming van privacy een ethische waarde<sup>19</sup> en een fundamenteel mensenrecht<sup>20</sup> wordt beschermd, zou dit de eventuele economische argumenten terzijde schuiven. Privacy-schendingen

regels met betrekking tot universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen).

7 Richtlijn Burgerrechten, Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement van de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

8 Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, *Kamerstukken II 2010/11*, 32 549, nr. 2. Afgerond is wel de consultatiefase: <[www.internetconsultatie.nl/nr/implementation](http://www.internetconsultatie.nl/nr/implementation)>.

9 Richtlijn Burgerrechten, overweging 66.

10 Zie voor een bespreking van deze en andere punten: B. van der Sloot & F. Zuiderveen Borgesius, 'De amendementen van de Richtlijn Burgerrechten op de e-Privacyrichtlijn', *P&I 2010-4*, p. 162.

11 J. Phelps, G. Nowak & E. Ferrell, 'Privacy Concerns and Consumer Willingness to Provide Personal Information', *Journal of Public Policy & Marketing 2000-19*, p. 30.

12 <[www.hyves.nl/privacy/](http://www.hyves.nl/privacy/)>.

13 R.C. Picker, 'Online Advertising, Identity and Privacy', *Law & Economics Working Paper* no. 475, p. 41, SSRN 1428065 <<http://ssrn.com/abstract=1428065>>.

14 M. Kuneva, 'European Consumer Commissioner, keynote speech', Roundtable on Online Data collection, targeting and profiling, Brussels, 31 March 2009, p. 2, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/156&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=nl>>.

15 B. van der Sloot, 'De Privacyverklaring als onderdeel van een wederkerige overeenkomst', *P&I 2010-3*.

16 Bijvoorbeeld autoadvertenties op een site over auto's.

17 Function creep is het gebruik van gegevens voor andere doeleinden dan waarvoor ze zijn verkregen.

18 G.R. Milne, 'Privacy and Ethical Issues in Database/Interactive Marketing and Public Policy: A research Framework and Overview of the Special Issue', *Journal of Public Policy & Marketing 2000-19*. E.M. Caudill & P.E. Murphy, 'Consumer Online Privacy: Legal and Ethical Issues', *Journal of Public Policy & Marketing 2000-19*. M.J. Culnan, 'Protecting Privacy Online: Is self-regulation Working?', *Journal of Public Policy & Marketing 2000-19*.

19 B. Rössler, *The Value of Privacy*, Polity press 2005. D.J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard university press 2009.

20 Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, artikel 8.

zouden zich volgens hen voordoen ten aanzien van het volgen van het gedrag van internetgebruikers, de verwerking van de verzamelde gegevens en het gebruik van de verzamelde gegevens voor het gebruik van behavioural targeting.<sup>21</sup>

Dit artikel schematiseert de argumenten en beargumenteert waarom zij niet in alle gevallen steekhoudend zijn. Aangezien de verschillende argumenten door verschillende personen en instanties zijn geopperd, vormen zij geen eenduidig en coherent geheel. Ook gaan de verschillende argumenten uit van een van elkaar afwijkende definitie van privacy.

Een aantal van deze definities gaan uit van de intrinsieke waarde van privacy met betrekking tot bijvoorbeeld het verbergen van bepaald schaamtevol gedrag. Andere gehanteerde definities gaan weer uit van het instrumentele belang van privacy ten aanzien van andere waarden, zoals vrijheid, autonomie, waarheid en gelijkheid. Privacy kan een instrumentele waarde hebben ten aanzien van vrijheid aangezien het een bescherming kan bieden tegen het gevaar van een *chilling effect* of een vorm van indoctrinatie. Privacy is instrumenteel ten aanzien van autonomie als het de mogelijkheid tot introspectie en zelfontplooiing mogelijk maakt. Privacy kan instrumenteel zijn ten aanzien van de zoektocht naar waarheid indien het een individu in staat stelt zich te beschermen tegen identificatie op basis van eenzijdige of onvolledige informatie. Tot slot kan het recht op privacy in bepaalde gevallen voorkomen dat er discriminatie op basis van vooroordelen en groepsbeelden plaatsvindt.

Deze verschillende definities zullen waar nodig worden geciteerd en geëxpliciteerd, maar niet worden geproblematiseerd, aangezien de juiste definiëring van 'privacy' buiten de reikwijdte van dit artikel valt. De stelling van dit artikel is dat zelfs als de verschillende definities van privacy elk op hun beurt als referentiepunt worden genomen, de argumenten onvoldoende reden geven om te spreken van een privacy-schending ten aanzien van het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural advertising. Daarentegen is er wel een dataprotectieschending mee gemoeid. Het onderscheid tussen dataprotectie en privacy is gelegen in het feit dat met privacy een ethische kernwaarde wordt beschermd, terwijl het dataprotectieregime veeleer ziet op een redelijke en zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens.<sup>22</sup> Zo maakt het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie bijvoorbeeld een onderscheid tussen artikel 7, dat stelt dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie, en artikel 8, dat stelt dat eenieder het recht heeft op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens,

dat deze gegevens eerlijk en voor bepaalde doeleinden moeten worden verwerkt, met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet, dat eenieder het recht heeft op toegang tot en rectificatie van de over hem verzamelde gegevens en dat een onafhankelijke autoriteit toe ziet op de naleving van deze regels.<sup>23</sup> Alhoewel privacy- en dataprotectieschendingen gelijktijdig kunnen optreden, hoeft een privacy-schending niet noodzakelijkerwijs een dataprotectieprobleem met zich mee te brengen en een dataprotectieschending geen privacyprobleem. Zo kan de verwerking van gevoelige gegevens wel voor bepaalde doeleinden worden verwerkt op basis van een gerechtvaardigde grondslag, maar desalniettemin een ongeoorloofde inbreuk op het privéleven van een persoon met zich meebrengen. Andersom zal de gegevensverzameling zonder gerechtvaardigde grondslag en zonder specifiek doel niet zonder meer een inbreuk op de privacy met zich meebrengen. Men denke daarbij bijvoorbeeld aan het geval waarin deze informatie direct, zonder inzage wordt gewist.

## 2 Volgen

Cookies maken het mogelijk om het gedrag van internetgebruikers te registreren, zoals ten aanzien van bezochte websites en zoekopdrachten. Dit fenomeen kan om drie redenen als privacy-schendend worden bestempeld.<sup>24</sup> Ten eerste wordt er gedrag geregistreerd dat personen tot hun privédoel rekenen en waarvoor zij zich mogelijk schamen. Ten tweede kan dit een zogenaamd *chilling effect* met zich meebrengen, aangezien personen die weten dat ze worden gevolgd simpelweg bepaalde handelingen niet meer uitvoeren. Tot slot kan dit *chilling effect*, als zij in grote mate plaatsvindt, niet alleen het gedrag van personen beïnvloeden, maar tevens hun denken en wil als zodanig.

Dat het gedrag van mensen op het internet minutieus wordt gevolgd is bij velen onbekend. Wanneer zij van dit feit op de hoogte worden gesteld, geeft dat het merendeel van de bevolking een ongemakkelijk gevoel.<sup>25</sup> Wat personen tot hun privédoel rekenen is immers niet slechts het wettelijk verboden gedrag, maar ook intieme zaken zoals betreffende seksualiteit, ziekte en defecatie, ten aanzien waarvan mensen doorgaans een zeker gevoel van schaamte kennen.<sup>26</sup> Dit kan het gevoel van 'niets te

21 E. Eyob, 'Social Implications of Data Mining and Information privacy: Interdisciplinary Frameworks and solutions', in: *Information science reference*, New York 2009.

22 In dit verband zou ook kunnen worden verwezen naar het onderscheid tussen *malum in se* en *malum prohibitum*.

23 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2000/C 364/01), <[www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_nl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_nl.pdf)>.

24 S. Costanza-Chock, 'The whole world is watching: online surveillance of social movement organizations', p. 285, in: P.N. Thomas & Z. Nain, *Who owns the media. Global trends and local resistances*, Zedbooks 2004. M. Barker, 'Online privacy? Surveillance of social movements on the Internet', November 2005, <[www.thechangeagency.org/\\_dbase\\_upl/Barker2005\\_Online\\_privacy.pdf](http://www.thechangeagency.org/_dbase_upl/Barker2005_Online_privacy.pdf)>.

25 A. Adams, 'The Implications of Users' Multimedia Privacy Perceptions on Communication and Information Privacy Policies', in: *Proceedings of Telecommunications Policy Research Conference*, Washington, 1999, <[www.cs.mdx.ac.uk/RIDL/aadams/TPRC%20final.PDF](http://www.cs.mdx.ac.uk/RIDL/aadams/TPRC%20final.PDF)>.

26 S. van der Geest, 'Toilets, privacy and perceptions of dirt in Kwahu-Tafo', in: S. van der Geest & N. Obirih-Opareh (eds.), *Toilets and Sanitation in Ghana: An urgent matter*, Accra: Institute for Scientific and Technological Information (INSTI), CSIR 2001.

verbergen en toch bang' oproepen.<sup>27</sup> Cookies kunnen zoekgedrag en websitebezoek registreren, ook als dit 'privézaken' betreft als seksualiteit of ziekte. Dit brengt een privacy-schending met zich mee daar het verbergen van bepaald schaamtevol gedrag een belangrijk aspect van privacy is.<sup>28</sup>

Het feit dat personen weten dat ze worden gevolgd, kan een chilling effect met zich meebrengen. In George Orwells 1984 wordt beschreven hoe de burgers van Oceania nauwgezet worden gevolgd door Big Brother.<sup>29</sup> Winston Smith, de hoofdpersoon van het verhaal, vertoont een sterke angst om te doen en te laten wat hij wil, zelfs voor goede bekenden van hem. Alleen in een nis in zijn huis, waarop de camera geen zicht heeft, kan hij zijn gedachten de vrije loop laten door middel van het schrijven van een dagboek. Ditzelfde chilling effect zal aanwezig zijn indien gebruikers zich ervan bewust worden dat zij continu worden gevolgd.<sup>30</sup> Hierdoor zullen zij nalaten bepaalde zoekopdrachten uit te voeren en sites te bezoeken. Aangezien privacy en vrijheid inherent aan elkaar zijn, valt dit als privacy-schending te kwalificeren.<sup>31</sup>

Het kernthema van '1984' is niet het chilling effect, maar indoctrinatie. In Oceania is een Ministerie van Waarheid, een denkpolitie en er bestaan denkmisdaden, waarover Winston Smith schrijft: 'Thoughtcrime does not entail death. Thoughtcrime IS death.'<sup>32</sup> Winston Smith, die zich aanvankelijk met man en macht verzet tegen het systeem, geeft zich er uiteindelijk toch aan over omdat hij 'de waarheid' heeft ingezien. Het volgen en registreren van gedrag kan derhalve niet slechts een chilling effect met zich meebrengen, maar kan uiteindelijk ook iemands psyche beïnvloeden. Eenzelfde gevaar doet zich voor op het internet.<sup>33</sup> Het gevaar is daarbij dat mensen door een langdurig chilling effect zo worden geïndoctrineerd dat zij het sociaal wenselijke gedrag internaliseren.<sup>34</sup> Dit brengt een privacy-schending met zich mee aangezien privacy en autonomie inherent aan elkaar zijn.<sup>35</sup>

Tegen deze argumenten kan het volgende worden ingebracht. Privacy-schendingen kunnen slechts worden bevestigd door wezens aan wie gevoelens en moraliteit worden toegeschreven. Noch ten aanzien van een object, noch ten aanzien van een dier wordt doorgaans schaamte of een gevoel van privacy-schending ervaren.

Het registreren van gedrag middels een camera brengt derhalve op zichzelf geen privacy-schending met zich mee. Slechts indien bekend is dat er een persoon de geregistreerde beelden bekijkt, zal er sprake zijn van een privacy-schending. Hierop zal in de volgende paragraaf worden ingegaan. Daarnaast wordt er echter op gewezen dat mensen in zekere zin wel degelijk gevoelens aan apparaten toeschrijven. Zo ervaren zij een 'soul in the machine'.<sup>36</sup> Feitelijk is dit echter onjuist, computers vormen geen moreel oordeel. Van een privacy-schending kan dan ook geen sprake zijn.

Aangezien computers geen moreel oordeel vormen, hoeft er noch een gevoel van schaamte noch een chilling effect op te treden. Naast het feit dat hier geen reden toe is, blijkt ook dat dit feitelijk niet gebeurt. Zo filtert Google zijn lijst met meest gezochte termen op pornografische termen, om het zichtbaar te maken.<sup>37</sup> Weliswaar zou kunnen worden gesteld dat indien mensen beter op de hoogte worden gebracht van de omvang van de registratie van hun gedrag, zij zich belemmerd zouden voelen in hun doen en laten. Echter, met evenveel recht zou dit argument kunnen betekenen dat mensen als zij beter op de hoogte zijn van het feit dat zij niets te vrezen hebben, zij daartoe geen aanleiding zien.

Aangezien er geen reden is om aan te nemen dat er sprake zal zijn van een chilling effect, moet het argument van indoctrinatie met enige terughoudendheid worden bekeken. Bovendien, wil registratie van gedrag invloed hebben op de psyche van een persoon, dan moet zij op grote schaal en over een geruime periode plaatshebben.<sup>38</sup> Het volgen van het internetgedrag is alleen al daarom beperkt, daar niet het gehele leven zich op het internet afspeelt. Ook geldt er op het internet altijd de mogelijkheid van een opt-out. Cookies kunnen geweigerd of verwijderd worden. Tot slot hebben internetbedrijven geen belang bij een vorm van indoctrinatie, maar hoogstens bij exploitatie. Afwijkende meningen en voorkeuren worden niet belemmerd, maar juist gestimuleerd middels reclame en voorkeurspecifieke producten. Hierbij zal in de paragraaf over adverteren worden stilgestaan.

### 3 Verwerken

Het verwerken van gegevens kan worden beschreven als elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken,

27 Regioplan Beleidsonderzoek, 'Niets te verbergen en toch bang: Nederlandse burgers over het gebruik van hun gegevens in de glazen samenleving', januari 2009, <[www.cbweb.nl/downloads\\_rapporten/rap\\_2009\\_niets\\_te\\_verbergen\\_en\\_toch\\_bang.pdf](http://www.cbweb.nl/downloads_rapporten/rap_2009_niets_te_verbergen_en_toch_bang.pdf)>.

28 N. Elias, *Het civilisatieproces: sociogenetische en psychogenetische onderzoekingen*, Amsterdam: Boom 2001.

29 G. Orwell, *Nineteen eighty-four*, Oxford: Clarendon Press 1984.

30 J. Rosen, *The Unwanted Gaze: the destruction of privacy in America*, Vintage Books 2001, p. 19.

31 A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum 1970. C. Fried, 'Privacy: A Moral Analysis', *Yale Law Journal* 1968-77.

32 G. Orwell 1984.

33 J.H. Reiman, 'Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future', *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 1995-27, p. 8. M. Foucault, *Discipline and punish: the birth of the prison*, London: Penguin Books 1991. J. Betham, 'Panopticon: or, the inspection-house', <<http://galenet.galegroup.com>>.

34 Zie ook S. Benn, 'Privacy, Freedom and Respect for Persons', in: F. Schoeman, *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge: Cambridge University Press 1984.

35 Rössler 2005. P.E. Agre & M. Rotenberg, *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge: Cambridge University Press 2001, p. 7.

36 H. Nissenbaum, *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford: Stanford University Press 2010, p. 29.

37 <<http://dekoopman.net/2008/12/11/de-volledige-lijst-met-top-zoekresultaten-google-2008/>>.

38 Reiman, p. 8.

wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.<sup>39</sup> Privacyschendingen ten aanzien van het verzamelen en verwerken van gegevens, verkregen middels geplaatste cookies, kunnen in drie categorieën worden ingedeeld. Ten eerste kan de toegang tot en de verwerking van persoonsgegevens als privacyschendend worden ervaren. Ten tweede kan het verwerken van gegevens over een persoon zo'n grote omvang aannemen dat de computer diegene beter kent dan hij zichzelf. Tot slot zullen er zich aan de andere kant juist veel onnauwkeurigheden voordoen bij de verwerking van de gegevens. Weliswaar worden de gegevens geregistreerd door een amoreel object, de verwerking van deze gegevens kan wel degelijk geschieden door een morele actor. Zo kan worden gesteld dat niet de registrerende camera op de hoek van de straat het privacyschendende karakter met zich meebrengt, maar het feit dat de camerabeelden worden geanalyseerd door een persoon in de registratiekamer. Evenzo ervaren internetgebruikers een privacyschending als een persoon de gegevens analyseert betreffende hun internetgedrag.<sup>40</sup>

Daarbij komt dat de computer een persoon op den duur beter kent dan die persoon zichzelf.<sup>41</sup> Niet alleen worden er steeds meer gegevens verzameld over het internetgebruik van personen, er worden tevens verschillende databases aan elkaar gekoppeld, het zogenoemde datamining,<sup>42</sup> en er worden steeds betere analysemodellen ingezet om gedrag te analyseren en zelfs te voorspellen.<sup>43</sup> Er kan dan ook met recht worden gesproken van een nieuw type kennis.<sup>44</sup> Dit kan vanuit privacyperspectief als belemmerend worden ervaren aangezien privacy zelfonderzoek en introspectie mogelijk maakt.<sup>45</sup> Indien deze introspectie door een ander persoon of object wordt voltrokken kan dit derhalve als een privacyschending worden gekwalificeerd.

Aan de andere kant kan worden gesteld dat aggregatie- en analysemodellen onvolledig en onnauwkeurig zijn.

Dit kan een privacyschending met zich meebrengen, aangezien privacy beschermt tegen misidentificatie en beoordeling van gedrag op basis van eenzijdige informatie.<sup>46</sup> Indien een computer derhalve een verkeerd of onvolledig beeld schept van een persoon, kan dit als een privacyschending worden ervaren.<sup>47</sup> De analyse kan op een aantal punten in gebreke blijven. Zo kunnen aggregatiemodellen onnauwkeurig zijn, geanalyseerde gegevens verouderd of foutief zijn. De belangrijkste oorzaak is echter gelegen in het feit dat cookies per browser worden geplaatst.<sup>48</sup> Als meerdere personen van één computeraccount gebruikmaken, dan registreert het cookie de voorkeuren van meerdere personen onder één noemer.<sup>49</sup> Hierdoor wordt het gedrag van internetgebruikers onnauwkeurig en onvolledig geanalyseerd en beoordeeld.

Tegen deze argumenten kan het volgende worden ingebracht. Ten aanzien van het eerste argument kan erop worden gewezen dat niet mensen, maar computers de geregistreerde gegevens opslaan, verwerken en analyseren. Dit laatste geschiedt door middel van algoritmes, een serie analyseregels die een computer automatisch uitvoert bij de verwerking van data. Alhoewel de uitkomst van deze analyse per dataset verschillend zal zijn, is het proces als zodanig voorgeprogrammeerd en gestandaardiseerd. Twee gelijke datasets zullen derhalve, zonder menselijke tussenkomst, op eenzelfde wijze worden geanalyseerd en eenzelfde uitkomst kennen. Dit brengt derhalve als zodanig geen privacyschending met zich mee aangezien er geen morele actor betrokken is bij dit proces. Daarnaast wordt er echter op gewezen dat: 'Many users are also concerned about a computer "figuring things out" about them.'<sup>50</sup> Dit argument stoelt echter op een oneigenlijke antropomorfisering<sup>51</sup> van de computer. Net zoals een computer geen oordeel velt over het gedrag van internetgebruikers, komt hij niets te weten over hen.

Hetzelfde kan worden gesteld ten aanzien van het argument dat de computer iemand beter zou kunnen

39 Artikel 1b Wbp. Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens), *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, *Stb.* 2000, 302 en 2001, 337. Implementatie van Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

40 M.J. Culnan & G.R. Milne, 'The Culnan-Milne Survey on Consumers & Online Privacy Notices: Summary of Responses', <[www.ftc.gov/bcp/workshops/glb/supporting/culnan-milne.pdf](http://www.ftc.gov/bcp/workshops/glb/supporting/culnan-milne.pdf)>.

41 Nissenbaum, p. 36. Rosen, p. 163.

42 Daarbij komt dat meer en meer databases aan elkaar gekoppeld worden. Dit wordt datamining genoemd. Solove wijst op het feit dat het geheel groter is dan de som van de delen, Solove, p. 117. Zie over datamining ook: E. Schreuders, 'Data mining, de toetsing van beslisregels & privacy. Een juridische Odyssee naar een procedure om het toepassen van beslisregels te kunnen toetsen', <[www.ejura.nl/mode=display/downloads/dossier\\_id=222/id=84/Deel\\_48\\_Schreuders1.pdf](http://www.ejura.nl/mode=display/downloads/dossier_id=222/id=84/Deel_48_Schreuders1.pdf)>.

43 Google gaat zelfs zo ver om op basis van zoekopdrachten de toekomst te voorspellen, <<http://mashable.com/2010/05/04/google-predicts-future/>>.

44 M. Hildebrandt, 'Who is profiling who? Invisible Visibility', in: S. Gutwirth e.a. *Reinventing Data Protection?*, Springer 2009, p. 241. Daarom pleit zij voor een paradigmaverandering van dataprotectie naar kennisprotectie, Hildebrandt, p. 247.

45 P.M. Spacks, *Privacy. Concealing the Eighteenth-Century Self*, The University of Chicago Press 2003.

46 Rosen, p. 8.

47 L.F. Cranor, "'I Didn't buy it for myself". Privacy and Ecommerce Personalization', 2003, p. 3, <<http://lorrie.cranor.org/pubs/personalization-privacy.pdf>>. Rosen, p. 166-167.

48 Dit zal waarschijnlijk in de toekomst zo blijven. De memorie van toelichting bij de aanhangige wetswijziging van de Telecommunicatiewet vermeldt dat er slechts informatie hoeft te worden verstrekt en toestemming te worden gevraagd per browser en niet per gebruiker die door een dergelijk cookie kan worden gevolgd. *Kamerstukken II* 32 549, nr. 3, p. 79-80.

49 Cranor 2003.

50 Cranor 2003, p. 3.

51 Dit is het toeschrijven van menselijke opvattingen, hartstochten enz. aan andere dan menselijke objecten of wezens.

kennen dan die persoon zichzelf, aangezien de computer als zodanig niemand 'kent'. Daarenboven wordt slechts zelden een uniek persoonlijk profiel aangemaakt.<sup>52</sup>

Doorgaans worden personen in algemene categorieën ingedeeld, zoals 'kunstliefhebber', 'voetbalfanaat' of 'wijnliefhebber'. Zoals het eerder aangehaalde voorbeeld aangeeft, zal aan mannen in principe geen reclame voor maandverband worden getoond daar zij hier doorgaans niet in zijn geïnteresseerd. Dit kan echter bij een enkeling anders zijn.<sup>53</sup> De computer 'kent' dus niet een persoon, maar koppelt 'kunstliefhebber' aan 'kaartjes voor het concertgebouw', zonder dat elke kunstliefhebber noodzakelijkerwijs geïnteresseerd zal zijn in deze kaartjes.

Tot slot geldt het argument dat de aggregatie en analyse van gegevens onnauwkeurig en onvolledig is. De vraag is daarbij of dit daadwerkelijk een privacy-schending met zich meebrengt. Uit het feit dat niet het individuele gedrag van één internetgebruiker wordt geregistreerd, maar dat van alle gebruikers van één computeraccount, blijkt dat er daadwerkelijk geen oordeel wordt gevormd over een persoon. Het zal hoogstens bevreemdend overkomen als een man lingersetjes krijgt aangeboden middels reclame, daar hij één computeraccount deelt met zijn vriendin. Wel kan het zo zijn dat door middel van deze reclames en de gegevens opgeslagen middels de cookies, de ene gebruiker iets over de andere gebruiker te weten kan komen.<sup>54</sup> Dit is inderdaad het geval, echter een weinig uniek probleem. Hetzelfde kan immers worden gesteld ten aanzien van de toegang tot e-mails of sms'jes van een persoon op zijn mobiele telefoon. De oplossing is relatief eenvoudig, namelijk twee accounts op een computer aanmaken en vergrendelen met een wachtwoord.

#### 4 Profiling

Onder het gebruik van gegevens verkregen door middel van cookies ten behoeve van behavioural advertising kan worden verstaan het indelen van personen in bepaalde profielen, op basis waarvan reclame wordt vertoond.<sup>55</sup> Ten aanzien hiervan worden drie mogelijke privacy-schendingen genoemd. Ten eerste kent het indelen van personen in profielen het gevaar dat deze eenzijdig zijn en

zich richten op de slechte eigenschappen van de mens. Ten tweede kan het indelen van mensen in profielen een discriminerende en stigmatiserende werking hebben, aangezien traditionele concepties en vooroordelen van sociale groepen en hun preferenties leidend zullen zijn bij de indeling, profilering en verstrekking van reclames. Tot slot belemmert de indeling van mensen op basis van hun reeds vertoonde gedrag de ontwikkeling van personen in het algemeen en kinderen in het bijzonder.

Het indelen van personen in groepen op basis van voorkeuren heeft het gevaar dat een persoon eenzijdig wordt beoordeeld.<sup>56</sup> Dit kan als een schending van de privacy en de autonomie van een persoon worden gezien, aangezien mensen bestaan uit een bundeling van verschillende deelidentiteiten.<sup>57</sup> Advertenties worden getoond op basis van één prominente deelidentiteit, omdat deze het gemakkelijkst te detecteren is door middel van een computeranalyse.<sup>58</sup> Naast dit probleem van eenzijdigheid geldt dat reclames zich voornamelijk zullen richten op de zwaktes van de mens.<sup>59</sup> Seks, drugs en rock-'n-roll verkopen immers het best.<sup>60</sup> Dit kan als privacyprobleem worden gekwalificeerd, daar privacy de mogelijkheid biedt deze lusten en lasten te verbergen, door ze tot het privédoel te beperken.<sup>61</sup>

Ten tweede kan het indelen in groepen en profielen discriminerend en stigmatiserend werken. Met de beoordeling van groepen in de samenleving op basis van vooroordelen is een schending van zowel de autonomie als de privacy van personen gemoeid, daar zij worden belemmerd in de expressie van hun individualiteit en de ontwikkeling van hun persoonlijkheid.<sup>62</sup> Het gevaar is daarbij dat bijvoorbeeld 'blanke man, middelbare leeftijd, hoger opgeleid' wordt gekoppeld aan 'klassieke muziek, wijn, literatuur' en 'negroïde vrouw, middelbare leeftijd, lager opgeleid' aan 'haarproducten, schoonmaakspullen, reggaemuziek'.<sup>63</sup> 'In fact profiling seems the postmodern version of a premodern phenomenon: the segmentation of society into different groups that allows profilers to associate and identify their potential clients as members of a group with well-defined characteristics.'<sup>64</sup>

Tot slot wordt een profiel gebaseerd op reeds vertoond gedrag op het internet. De reclames die personen te zien krijgen is gebaseerd op oud gedrag en stimuleert hen

52 WG 171, p. 8.

53 <[www.hyves.nl/privacy/](http://www.hyves.nl/privacy/)>.

54 Cranor 2003, p. 3.

55 Schreuder, § 3.3.1.3. S. Clauß, D. Kesdogan & T. Kölsch, 'Privacy enhancing identity Management: Protection Against Re-identification and Profiling', <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.101.2196&rep=rep1&type=pdf>>.

56 Rosen, p. 20 en p. 166-167.

57 A. Sen, *Identity and violence: the illusion of destiny*, New York: Norton 2006.

58 J. Callas, 'If TiVo Thinks You are gay, Here's how to set it straight', *Wall Street Journal* 2002, <[www.mail-archive.com/eristocracy@merrymeet.com/msg00148.html](http://www.mail-archive.com/eristocracy@merrymeet.com/msg00148.html)>. Het gaat hier niet om profiling door cookies, maar hetzelfde argument wordt tevens geopperd ten aanzien van behavioural targeting door middel van cookies.

59 Hearing before the Committee on Commerce science and transportation United States Senate, June 13, 2000. Online profiling and privacy, p. 21.

60 M. Kuneva, 'European Consumer Commissioner', keynote speech, Roundtable on Online Data collection, targeting and profiling, Brussels, 31 March, 2009, p. 4.

61 H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago: The University of Chicago Press 1958.

62 Hierbij kan ook gedacht worden aan de links(-feministische) theorie van taaldeterminatie.

63 Picker, p. 17.

64 Hildebrandt, p. 244. Dit nuanceert ze later.

om hetzelfde gedrag te blijven vertonen.<sup>65</sup> Dit belemmert hen in hun persoonlijke ontwikkeling, wat gezien kan worden als een privacy-schending.<sup>66</sup> De belemmering van de persoonlijke ontwikkeling is extra problematisch ten aanzien van kinderen en pubers. Juist zij experimenteren en zijn op zoek naar hun eigen voorkeuren. Deze experimentele fase is van groot belang voor de ontwikkeling van kinderen.<sup>67</sup> Een belemmering op deze mogelijkheden kan een blijvende, negatieve invloed hebben op de ontwikkeling van een persoon.

Tegen deze argumenten kan het volgende worden ingebracht. Profielen op het internet zijn niet eenzijdig, maar juist zeer veelzijdig. Zo telt Google, een van de hoofdspelers op het gebied van behavioural targeting, alleen al 26 hoofdcategorieën aan interesses,<sup>68</sup> waaraan tientallen subcategorieën per hoofdcategorie kunnen worden toegevoegd. Een persoon wordt daarbij niet slechts ingedeeld in één categorie, maar in meerdere. Daarbij komt dat Google niet het enige bedrijf is dat persoonsprofielen aanmaakt, maar dat daarentegen vele bedrijven op het internet zich hiermee bezighouden. Per bedrijf zal een verschillend, niet-identiek profiel van een internetgebruiker worden gegenereerd, waardoor het gevaar van eenzijdige categorisering minimaal is. Daarnaast moet worden gesteld dat bedrijven zeer terughoudend zijn met het adverteren op basis van gevoelige persoonsgegevens, als ten aanzien van ras, geloof, geaardheid, medische gegevens en politieke voorkeuren.<sup>69</sup> Google vermeldt bijvoorbeeld op haar website 'Google zal gevoelige interessecategorieën niet aan uw browser koppelen (zoals categorieën op basis van ras, religie, seksuele geaardheid, gezondheid of gevoelige financiële categorieën) en zal deze categorieën niet gebruiken voor het weergeven van op interesses gebaseerde advertenties.'<sup>70</sup>

Hieruit volgt reeds dat de vrees voor stigmatisering dient te worden genuanceerd. Stigma's worden immers doorgaans op basis van ras, religie en seksuele geaardheid gevormd. Daarbij komt dat de computer niet kan zien wie de internetgebruiker is en derhalve geen vooroordeel ten aanzien van hem vormt, maar slechts op basis van zoekgedrag categoriseert. Een blanke man, hoger opgeleid, van middelbare leeftijd die van reggaemuziek houdt,

zal dus wel degelijk over deze muziek advertenties kunnen verwachten. Voor zover er wel een koppeling wordt gemaakt, zoals een negatief verband tussen mannen en maandverband, moet worden opgemerkt dat personen vaak de mogelijkheid wordt geboden om hun eigen voorkeurenprofiel samen te stellen. Zo biedt Google de mogelijkheid om geregistreerde voorkeuren te verwijderen en niet-geregistreerde voorkeuren toe te voegen.<sup>71</sup>

De invloed van tv, internet en computerspelletjes op de ontwikkeling van kinderen staat al langer ter discussie. Gewelddadige spelletjes zouden jongeren aanzetten tot gewelddadigheden<sup>72</sup> en vrouwonvriendelijke clips op tv zouden mannen stimuleren vrouwen als seksobject te beschouwen.<sup>73</sup> Ook reclame heeft invloed op het gedrag van mensen. Ze maakt kijkers bewust van hun voorkeuren en beïnvloedt deze. De vraag is echter hoe groot deze invloed daadwerkelijk is. Ten aanzien van computerspellen laten wetenschappelijke studies bijvoorbeeld zien dat er geen verband valt aan te tonen tussen het spelen van gewelddadige spellen en de inzet van geweld in het dagelijks leven.<sup>74</sup> Aangezien de invloed van reclame op het internet kleiner moet worden geacht dan de invloed van tv-series en computerspellen, is het onwaarschijnlijk dat internetreclame een persoon zodanig belemmert in zijn ontwikkeling dat hier sprake zal zijn van een schending van de privacy of de autonomie van een persoon.

## 5 Dataproductie

Alhoewel niet zonder meer kan worden aangenomen dat het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural targeting een privacyprobleem met zich meebrengt, is daaraan wel degelijk een dataproductieprobleem gelieerd. Terwijl privacy ziet op een ethische kernwaarde, ziet dataproductie op de behoorlijke en zorgvuldige gegevensverwerking.<sup>75</sup> Aangezien er ten aanzien van het verzamelen en opslaan van gegevens altijd het gevaar bestaat dat deze gegevens uitlekken<sup>76</sup> of worden gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor zij zijn verkregen,<sup>77</sup> dient eenieder die gegevens verwerkt afdoende beschermende maatregelen te treffen. Aangezien deze gevaren onver-

65 Zarsky, p. 40. Hildebrandt, p. 247.

66 Agre & Rotenberg, p. 7.

67 Hawk e.a., 'Mind your own business! Longitudinal relations between perceived privacy invasion and adolescent-parent conflict', *Journal of Family Psychology* 2009-23. Hawk e.a., 'Adolescents' Perceptions of Privacy Invasion in Reaction to Parental Solicitation and Control', *The Journal of Early Adolescence* 2008-28.

68 <[www.google.com/ads/preferences](http://www.google.com/ads/preferences)>.

69 Artikel 16 Wbp.

70 <[www.google.com/privacy/ads/](http://www.google.com/privacy/ads/)>.

71 <[www.google.com/ads/preferences](http://www.google.com/ads/preferences)>.

72 <[www.msnbc.msn.com/id/16099971/ns/technology\\_and\\_science-games/](http://www.msnbc.msn.com/id/16099971/ns/technology_and_science-games/)>.

73 <<http://web.archive.org/web/20070211092916/http://headlines.agapepress.org/archive/6/afa/162004f.asp>>.

74 L. Kutner & C.K. Olson, *Grand Theft Childhood: The Surprising Truth About Violent Video Games*, New York: Simon & Schuster 2008. L. Bensely & J. van Eenwyk, 'Video Games and Real Life Aggression', *Journal of Adolescent Health* 2001-29. M. Griffiths, 'Video Games and Health', *British Medical Journal* 2005-331.

75 Artikel 6 Wbp.

76 Artikel 4 e-Privacyrichtlijn na amendering door de Richtlijn Burgerrechten.

77 Artikel 7 Wbp.

mijdelijk zijn, dienen de gegevens proportioneel te zijn voor het doel waarvoor ze dienen<sup>78</sup> en niet langer te worden bewaard dan strikt noodzakelijk is voor het doel waarvoor ze zijn verzameld.<sup>79</sup> Datasubjecten dienen geïnformeerd te worden over de verwerking van hun gegevens<sup>80</sup> en zij hebben het recht om deze gegevens in te zien, te blokkeren, te wijzigen of te verwijderen.<sup>81</sup> Deze regels zijn van toepassing op elke verzameling van gegevens en derhalve ook op de verzameling van persoonsgegevens door middel van cookies. Het is zeer de vraag of het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural targeting aan deze vereisten voldoet. Cookies verzamelen doorgaans over een lange periode gegevens, die onverminderd worden bewaard, zonder dat dit een specifiek en van te voren bekend doel dient.

Een laatste belangrijk dataproductiebeginsel is dat gegevensverwerking op een legitieme verwerkingsgrond dient te stoen.<sup>82</sup> Op de noodzakelijkheid in verband met de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak of de vervulling van een wettelijke verplichting zal geen beroep kunnen worden gedaan, noch is er een vitaal belang van de betrokkene in het spel. Weliswaar is op bepaald gebruik van bepaalde cookies de verwerkingsgrond van toepassing dat de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, zoals het opslaan van gegevens in een virtueel winkelwagentje of van taalinstelling, maar dit zal niet opgaan voor het gebruik van deze gegevens ten behoeve van behavioural targeting. Ook zal de toestemming van de betrokkene niet voldoende zijn, aangezien deze wordt gedefinieerd als een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting.<sup>83</sup> Aangezien cookies gedurende meerdere jaren het gedrag van een internetgebruiker kunnen registreren voor een algemeen doel als 'reclame', waaromtrent van te voren onvoldoende helderheid bestaat ten aanzien van de specifieke verwerking en toepassing en de meeste internetgebruikers zich niet eens bewust zijn van het feit dat dit fenomeen plaatsheeft, laat staan dat zij kennis hebben van het feit dat zij door middel van browserinstellingen toestemming geven voor deze praktijken, zal deze verwerkingsgrond niet opgaan.<sup>84</sup>

Wat rest is de verwerkingsgrond dat de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.<sup>85</sup> Hiertoe moet worden beoordeeld in

hoeverre het economische belang van adverteerders een 'gerechtvaardigd' belang is en in hoeverre behavioural targetingstechnieken 'noodzakelijk' zijn. Daarbij moet onder een 'gerechtvaardigd belang' niet de gegevensverwerking door reclamebureaus als primaire inkomstenbron worden verstaan, maar de gegevensverwerking die noodzakelijk is ter ondersteuning van een goede uitoefening van een primaire kernactiviteit van een bedrijf.<sup>86</sup> Het is onduidelijk of andere reclametechnieken zoals contextual advertising niet tevens een stevig businessmodel kunnen opleveren en of personen niet simpelweg bereid zijn te betalen voor een aantal belangrijke kern-diensten op het internet. Tot slot is het argument dat bedrijven failliet gaan als gevolg van wetgeving die behavioural advertising verbiedt of het plaatsen van cookies bemoeilijkt, vrijwel nimmer een afdoende reden om de wetgeving niet in te voeren of de naleving ervan af te dwingen. Bedrijven hebben de flexibiliteit om hun businessmodel aan te passen en zo zij failliet mochten gaan, zullen er nieuwe bedrijven ontstaan met nieuwe businessmodellen, aangepast aan de nieuwe situatie.

## 6 Conclusie

De argumenten voor de inherente privacyproblemen ten aanzien van het plaatsen van cookies en het verwerken van de daarmee verkregen gegevens ten behoeve van behavioural targeting moet worden genuanceerd,

De registratie van het gedrag van een internetgebruiker geschiedt door middel van cookies. Aangezien deze cookies geen moreel oordeel vellen over het gedrag van gebruikers is er geen sprake van een privacy-schending noch hoeft er te worden gevreesd voor een *chilling effect* of een invloed op de psyche van de internetgebruiker. Empirische gegevens wijzen uit dat er ook daadwerkelijk geen sprake is van een zodanig effect. De verwerking van de gegevens geschiedt op basis van algoritmes, waarmee een persoon in verschillende voorkeursgroepen wordt ingedeeld. Eventuele onnauwkeurigheden bij dit proces kunnen worden verholpen door het instellen van een persoonlijk computeraccount of door het handmatig verwijderen of aanvullen van geregistreerde voorkeuren. Door de indeling van een persoon in verscheidene voorkeursgroepen en de mogelijkheid hier invloed op uit te oefenen, vervalt de vrees dat personen ofwel te eenzijdig ofwel stigmatiserend worden gecategoriseerd. Bovendien is de invloed van reclame niet zodanig dat ze de ontwikkeling van kinderen blijvend en schadelijk zal beïnvloeden. Wil men beweren dat er wel een inherente privacy-schending met dit fenomeen is gemoeid, zal er met andere en betere argumenten dienen te worden geschermd.

78 Artikel 11 Wbp.

79 Artikel 10 Wbp.

80 Artikel 33-34 Wbp.

81 Artikel 35-36 Wbp.

82 Artikel 8 Wbp.

83 Artikel 1 onder h Wbp.

84 F.J. Zuiderveen Borgesius, 'De nieuwe cookieregels: alwetende bedrijven en onwetende internetgebruikers?', *P&I* 2011-1, p. 2.

85 Artikel 8 Wbp.

86 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3.



Alhoewel de argumenten voor de privacy-schendingen inherent verbonden aan het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural targeting moeten worden genuanceerd, zal deze techniek in de meeste gevallen onder het huidige dataproductieregime wel degelijk als onrechtmatig dienen te worden bestempeld. Het is de vraag of de gegevensverzameling noodzakelijk en proportioneel is en of deze gegevens zoals vereist niet langer worden bewaard dan strikt noodzakelijk. Ook zal een legitieme grondslag voor gegevensverwerking vaak ontbreken en zal deze verwerking vaak onvoldoende rekening houden met de rechten van het datasubject op inzage, correctie en verwijdering. Daarnaast moet worden opgemerkt dat het gevaar op datalekken en function creep wel een afgeleid privacyprobleem met zich mee kunnen brengen. Alhoewel er vraagtekens kunnen worden gezet bij het argument dat het gebruik van gegevens verkregen door middel van cookies ten behoeve van behavioural targeting een privacy-schending met zich meebrengt, kan de angst voor een datalek of de feitelijke voltrekking daarvan wel een privacy-schending met zich meebrengen. Dan kunnen de gegevens immers in verkeerde handen vallen, worden misbruikt en publiekelijk worden gemaakt. Deze angst kan vervolgens wel een afgeleide privacy-schending met zich meebrengen en een afgeleid *chilling effect* bewerkstelligen. Ook hiermee dient rekening te worden gehouden bij de juridische beoordeling van het plaatsen van cookies ten behoeve van behavioural advertising. Tot slot zou kunnen worden onderzocht in hoeverre dit fenomeen met andere, aan privacy gelieerde, rechten in botsing komt, zoals het algemene persoonlijkheidsrecht,<sup>87</sup> het recht op anonimiteit,<sup>88</sup> het negatieve informatierecht<sup>89</sup> en het zelfbeschikkingsrecht.<sup>90</sup>

---

87 A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht: een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001. HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, r.o. 3.2. Dit is herhaald in HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, r.o. 5.2.

88 C. Nicoll, J.E.J. Prins & M.J.M. van Dellen, *Digital anonymity and the law: tensions and dimensions* (Information technology & law series), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2003. J. Turley, 'Registering Publius: The Supreme Court and the Right to Anonymity', <[www.cato.org/pubs/scr/2002/turley.pdf](http://www.cato.org/pubs/scr/2002/turley.pdf)>.

89 J. Fenchel, *Negative Informationsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit*, Duncker & Humblot GmbH 1997.

90 A. Buchanan, *Justice, legitimacy, and self-determination: moral foundations for international law*, Oxford: Oxford University Press 2004. H. Hannum & E.F. Babbitt, *Negotiating self-determination*, Lexington Books 2006.