

# Advies van de EDPB (artikel 64)



## **Advies 08/2024 over geldige toestemming in het kader van door grote onlineplatforms toegepaste “consent or pay”-modellen**

**Vastgesteld op 17 april 2024**

Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.





## Samenvatting

De Nederlandse, Noorse en Duitse (Hamburgse) toezichhoudende autoriteiten hebben de EDPB verzocht een advies uit te brengen over de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden “consent or pay”-modellen met betrekking tot reclame op basis van surfgedrag door grote onlineplatforms op zodanige wijze kunnen worden toegepast dat de toestemming geldig en met name vrijelijk wordt gegeven, mede rekening houdend met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) in zaak C-252/21. De reikwijdte van dit advies beperkt zich daarom tot de toepassing door grote onlineplatforms (waarvan een definitie wordt gegeven voor de doeleinden van dit advies) van “consent or pay”-modellen (“stem toe of betaal”-modellen), waarbij gebruikers worden verzocht toestemming te geven voor verwerking met het oog op het aanbieden van reclame op basis van surfgedrag.

In dit verband wijst de EDPB erop dat aan alle vereisten van de AVG moet worden voldaan, met name die inzake geldige toestemming, en tegelijkertijd de specifieke kenmerken van elk geval moeten worden beoordeeld. Van bijzonder belang is het verantwoordingsbeginsel. De EDPB herinnert eraan dat het verkrijgen van toestemming de verwerkingsverantwoordelijke niet ontslaat van de verplichting om zich te houden aan alle beginselen van artikel 5 AVG, noch van de overige verplichtingen uit hoofde van de AVG. Het is essentieel dat wordt voldaan aan de beginselen van noodzaak en evenredigheid, doelbinding, minimale gegevensverwerking en behoorlijkheid.

In de meeste gevallen zullen grote onlineplatforms niet aan de vereisten voor geldige toestemming kunnen voldoen als zij gebruikers alleen de keuze bieden tussen het verlenen van toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag, en het betalen van een vergoeding.

Het (uitsluitend) aanbieden van een betaald alternatief voor uitvoering van de dienst met verwerking voor reclame op basis van surfgedrag, mag niet de standaardaanpak zijn voor verwerkingsverantwoordelijken. Bij het ontwikkelen van het alternatief voor de versie van de dienst met reclame op basis van surfgedrag, moeten grote onlineplatforms overwegen om betrokkenen een “gelijkwaardig alternatief” te bieden waarvoor geen vergoeding hoeft te worden betaald. Indien verwerkingsverantwoordelijken ervoor kiezen een vergoeding in rekening te brengen voor de toegang tot het “gelijkwaardige alternatief”, moeten zij overwegen om nog een ander, kosteloos alternatief aan te bieden zonder reclame op basis van surfgedrag, bijvoorbeeld met een vorm van reclame waarvoor minder (of geen) persoonsgegevens worden verwerkt. Dit is een bijzonder belangrijke factor bij de beoordeling van bepaalde criteria voor geldige toestemming in het kader van de AVG. In de meeste gevallen zal de vraag of de verwerkingsverantwoordelijke kosteloos een ander alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag aanbiedt, zwaar wegen bij de beoordeling van de geldigheid van de toestemming, met name wat betreft de nadelige gevolgen van weigering.

Wat de vereisten van de AVG voor geldige toestemming betreft, moet de toestemming om te beginnen “vrijelijk worden gegeven”. Om nadelige gevolgen te voorkomen die de vrijelijke verlening van toestemming onmogelijk maken, mogen de gevraagde vergoedingen de betrokkenen niet feitelijk beletten een vrije keuze te maken. Er kan bovendien ook sprake zijn van benadeling wanneer betrokkenen die geen toestemming geven en geen vergoeding betalen, vervolgens worden uitgesloten van de dienst, met name wanneer die dienst een belangrijke rol speelt in of doorslaggevend is voor deelname aan het sociale leven of de toegang tot professionele netwerken, te meer wanneer er sprake is van lock-in- of netwerkeffecten. Derhalve leidt de toepassing van “consent or pay”-modellen door grote onlineplatforms om toestemming te verkrijgen voor verwerking waarschijnlijk tot nadelige gevolgen.

Verwerkingsverantwoordelijken moeten ook per geval beoordelen of er sprake is van een wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke. De te beoordelen factoren zijn onder meer de positie van het grote onlineplatform op de markt, het bestaan van lock-in-effecten of netwerkeffecten, de mate waarin de betrokkene afhankelijk is van de dienst en de belangrijkste doelgroep van de dienst.

Het element van conditionaliteit, dat wil zeggen of toestemming vereist is om toegang te krijgen tot goederen of diensten, ook al is verwerking niet noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst, is een ander criterium om te beoordelen of toestemming “vrijelijk” is verleend. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Bundeskartellamt verklaard dat gebruikers die weigeren toestemming te verlenen voor bepaalde verwerkingen, “in voorkomend geval tegen een passende vergoeding, een gelijkwaardig alternatief aangeboden [moeten krijgen] dat niet gepaard gaat met dergelijke gegevensverwerking”. Op deze manier kunnen verwerkingsverantwoordelijken conditionaliteitsproblemen voorkomen. Hoe dan ook moet nog steeds aan de overige criteria voor “vrijelijk gegeven” toestemming worden voldaan.

Met een “gelijkwaardig alternatief” wordt een alternatieve versie van de door dezelfde verwerkingsverantwoordelijke aangeboden dienst bedoeld waarbij geen toestemming wordt gevraagd voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag. In dit advies worden elementen beschreven die ertoe kunnen bijdragen dat het alternatief echt gelijkwaardig is. Indien de alternatieve versie in wezen slechts verschilt omdat de verwerkingsverantwoordelijke geen persoonsgegevens kan verwerken om reclame op basis van surfgedrag aan te bieden, kan zij in beginsel als gelijkwaardig worden beschouwd.

Met betrekking tot het opleggen van een vergoeding voor toegang tot de “gelijkwaardige alternatieve” versie van de dienst, herinnert de EDPB eraan dat persoonsgegevens niet als handelswaar mogen worden beschouwd en dat verwerkingsverantwoordelijken moeten voorkomen dat het grondrecht op gegevensbescherming wordt omgezet in een gebruiksoptie waarvoor betrokkenen moeten betalen. Verwerkingsverantwoordelijken moeten per geval beoordelen of een vergoeding überhaupt passend is en welk bedrag in de gegeven omstandigheden passend is, rekening houdend met mogelijke alternatieven voor reclame op basis van surfgedrag die de verwerking van minder persoonsgegevens met zich meebrengen, alsook met de positie van de betrokkenen. Verwerkingsverantwoordelijken moeten ervoor zorgen dat de vergoeding betrokkenen niet belet een echte keuze te maken, gelet op de vereisten inzake geldige toestemming en de beginselen van artikel 5 AVG, met name behoorlijkheid. Het verantwoordingsbeginsel is in dit verband van essentieel belang. De toezichthoudende autoriteiten zijn belast met de handhaving van de AVG, die ook betrekking kan hebben op de gevolgen van eventuele vergoedingen voor de keuzevrijheid van de betrokkenen.

Een andere voorwaarde is granulariteit: wanneer betrokkenen worden geconfronteerd met een “consent or pay”-model, moeten zij vrij kunnen kiezen welk doel van de verwerking zij aanvaarden, en niet op basis van één enkel verzoek toestemming moeten geven voor verwerking voor meerdere doeleinden.

Geldige toestemming moet ook “specifiek” zijn, d.w.z. verleend worden voor een of meer specifieke doeleinden, en bestaat uit een ondubbelzinnige wilsuiting: bij “consent or pay”-modellen is het bijzonder belangrijk dat verwerkingsverantwoordelijken zorgvuldig bepalen hoe betrokkenen om toestemming wordt gevraagd. Gebruikers mogen niet worden blootgesteld aan misleidende ontwerp Patronen.

Wil toestemming “geïnformeerd” zijn, moet het door verwerkingsverantwoordelijken opgezette informatieproces betrokkenen in staat stellen volledig en duidelijk inzicht te krijgen in de waarde, de

reikwijdte en de gevolgen van hun mogelijke keuzes, rekening houdend met de complexiteit van verwerkingsactiviteiten die verband houden met reclame op basis van surfgedrag.

De EDPB gaat in dit advies ook nader in op de intrekking van toestemming en adviseert verwerkingsverantwoordelijken om zorgvuldig te beoordelen hoe vaak toestemming moet worden “vernieuwd”.

## Inhoudsopgave

1	Inleiding .....	8
1.1	Samenvatting van de feiten .....	8
1.2	Ontvankelijkheid van het verzoek om een advies krachtens artikel 64, lid 2, AVG .....	9
2	Definities en reikwijdte van het advies .....	11
2.1	Definities.....	11
2.1.1	Definitie van “consent or pay”-modellen.....	11
2.1.2	Definitie van “reclame op basis van surfgedrag” .....	12
2.1.3	Definitie van “grote onlineplatforms” in het kader van dit advies .....	13
2.2	Reikwijdte van het advies.....	15
3	Wettelijke context.....	15
3.1	Toepasselijke artikelen van de AVG .....	15
3.2	Andere rechtsinstrumenten .....	17
3.3	Samenvatting van het arrest Bundeskartellamt.....	18
3.4	Bestaande EDPB-richtsnoeren .....	19
4	Beoordeling van de EDPB .....	20
4.1	Beginnelen en algemene opmerkingen .....	20
4.2	Vereisten voor geldige toestemming .....	23
4.2.1	Vrijelijk gegeven toestemming .....	23
4.2.2	Geïnformeerde toestemming.....	38
4.2.3	Specifieke toestemming .....	41
4.2.4	Ondubbelzinnige wilsuiting .....	42
4.3	Aanvullende elementen .....	43
4.3.1	Intrekking van toestemming .....	43
4.3.2	Vernieuwing van toestemming .....	45
5	Conclusies.....	46

## Het Europees Comité voor gegevensbescherming

Gezien artikel 63 en artikel 64, lid 2, van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (hierna “AVG” genoemd),

Gezien de EER-overeenkomst, en met name bijlage XI en Protocol 37, zoals gewijzigd bij Besluit nr. 154/2018 van het Gemengd Comité van de EER van 6 juli 2018<sup>1</sup>,

Gezien de artikelen 10 en 22 van zijn reglement van orde,

Overwegende hetgeen volgt:

1) De belangrijkste rol van het Europees Comité voor gegevensbescherming (hierna het “Comité” of de “EDPB” genoemd) is te zorgen voor een consistente toepassing van de AVG in de gehele Europese Economische Ruimte (EER). Artikel 64, lid 2, AVG bepaalt dat een toezichthoudende autoriteit, de voorzitter van het Comité of de Commissie elk kunnen verzoeken dat aangelegenheden van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat worden onderzocht door het Comité teneinde advies te verkrijgen. Het doel van dit advies is het onderzoeken van een aangelegenheid van algemene strekking of die gevolgen heeft in meer dan één EER-lidstaat.

2) Overeenkomstig artikel 64, lid 3, AVG, in samenhang met artikel 10, lid 2, van het reglement van orde van de EDPB, moet de EDPB binnen acht weken nadat de voorzitter en de bevoegde toezichthoudende autoriteit hebben besloten dat het dossier volledig is, zijn advies uitbrengen. Die termijn kan door de voorzitter met zes weken worden verlengd, rekening houdend met de complexiteit van de aangelegenheid.

### **BRENGT HET VOLGENDE ADVIES UIT:**

## 1 INLEIDING

### 1.1 Samenvatting van de feiten

1. Op 17 januari 2024 heeft de Nederlandse toezichthoudende autoriteit, die mede optreedt namens de Noorse toezichthoudende autoriteit en de Duitse toezichthoudende autoriteit (Hamburg), samen de “verzoekende toezichthoudende autoriteiten” genoemd, de EDPB verzocht om overeenkomstig artikel 64, lid 2, AVG een advies uit te brengen met betrekking tot zogenaamde “consent or pay”-modellen (“het verzoek”).

---

<sup>1</sup> Met “lidstaten” worden in dit advies “lidstaten van de EER” bedoeld.



2. De voorzitter van het Comité en de Nederlandse toezichthoudende autoriteit hebben het dossier op 25 januari 2024 als volledig aangemerkt. Diezelfde dag is het dossier door het secretariaat van de EDPB verspreid.
3. Kort samengevat heeft het verzoek betrekking op de omstandigheden waarin zogenaamde “consent or pay”-modellen<sup>2</sup> kunnen worden toegepast door grote onlineplatforms met grote aantallen gebruikers in de Europese Economische Ruimte (“EER”), wanneer gegevens worden verwerkt om reclame op basis van surfgedrag aan te bieden, op zodanige wijze dat wordt voldaan aan het vereiste van geldige en met name vrijelijk verleende toestemming<sup>3</sup>.
4. De verzoekende toezichthoudende autoriteiten verwijzen naar de “Richtsnoeren 05/2020 van de EDPB inzake toestemming overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679” (hierna “EDPB-richtsnoeren inzake toestemming”) en benadrukken dat het belangrijk is om te beoordelen of betrokkenen die worden geconfronteerd met “consent or pay”-modellen “een echte keuze kunnen maken”, rekening houdend met het “risico op misleiding, intimidatie, dwang of aanzienlijke negatieve gevolgen”, en of “er sprake is van enige vorm van dwang of druk, of omstandigheden waardoor de betrokkene zijn vrije wil niet kan uitoefenen”<sup>4</sup>.
5. De verzoekende toezichthoudende autoriteiten wijzen er verder op dat bij de behandeling van deze vragen rekening moet worden gehouden met het arrest Bundeskartellamt van het Hof van Justitie<sup>5</sup>.
6. Tot slot wijzen de verzoekende toezichthoudende autoriteiten er in de motivering van hun verzoek op dat “verschillende EDPB-leden op nationaal niveau al richtsnoeren hebben verstrekt over “consent or pay”-modellen, bijvoorbeeld met betrekking tot mediakanalen” en dat deze nationale richtsnoeren weliswaar “waardevol zijn en een goed uitgangspunt bieden”, maar “doorgaans gericht zijn op kleinere verwerkingsverantwoordelijken”<sup>6</sup>. De verzoekende toezichthoudende autoriteiten voeren dan ook aan dat er antwoord moet worden gegeven op de specifieke vragen die worden opgeroepen door de toepassing van “consent or pay”-modellen” door grote onlineplatforms, teneinde een consistente interpretatie en toepassing van de AVG te waarborgen.

## 1.2 Ontvankelijkheid van het verzoek om een advies krachtens artikel 64, lid 2, AVG

---

<sup>2</sup> Zie de definitie in afdeling 2.1.1 van dit advies.

<sup>3</sup> Verzoek om advies op grond van artikel 64, lid 2, AVG (hierna “het verzoek” genoemd), deel I (“Inleiding”), blz. 1.

<sup>4</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling A — Wettelijk kader betreffende het fundamentele begrip toestemming, blz. 2. Zie in dit verband Richtsnoeren 05/2020 van de EDPB inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, vastgesteld op 4 mei 2020 (hierna “EDPB-richtsnoeren inzake toestemming” genoemd), punt 24.

<sup>5</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling B — Het verband tussen toestemming en “consent or pay”-modellen, blz. 3. Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 4 juli 2023, Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (hierna: “arrest Bundeskartellamt”). Meer in het bijzonder wijzen de verzoekende toezichthoudende autoriteiten op de punten 143 en 144 en 148 tot en met 150 van het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU.

<sup>6</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling C — Huidige ontwikkelingen en de behoefte aan duidelijkheid, blz. 4. Meer specifiek voegen de verzoekende toezichthoudende autoriteiten bij het verzoek nationale richtsnoeren bij met algemene criteria voor “consent or pay”-modellen die zijn opgesteld door de Duitse (Hamburg), Oostenrijkse en Franse toezichthoudende autoriteiten.

7. Artikel 64, lid 2, AVG bepaalt dat een toezichthoudende autoriteit met name kan verzoeken dat aangelegenheden van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat door het Comité worden onderzocht teneinde advies te verkrijgen.
8. De verzoekende toezichthoudende autoriteiten specificeren in het verzoek dat er, vanuit het oogpunt van gegevensbescherming, momenteel geen consistent Europees antwoord bestaat op de bovengenoemde vraag<sup>7</sup> over de geldigheid van toestemming met betrekking tot “consent or pay”-modellen<sup>8</sup>. Zij benadrukken voorts dat dit “zorgwekkend [is], aangezien deze kwestie onlosmakelijk verbonden is met de uitlegging van het begrip toestemming en derhalve een aangelegenheid van algemene strekking is met betrekking tot een kernbegrip uit de AVG”<sup>9</sup>.
9. Het verzoek heeft betrekking op de consistente interpretatie van het begrip toestemming, en meer in het bijzonder op de omstandigheden waarin toestemming waarom wordt verzocht door grote onlineplatforms die persoonsgegevens verwerken voor reclame op basis van surfgedrag en die “consent or pay”-modellen toepassen, als geldig kan worden beschouwd. Bijgevolg is het Comité van oordeel dat het verzoek betrekking heeft op een “aangelegenheid van algemene strekking” in de zin van artikel 64, lid 2, AVG. De aangelegenheid heeft met name betrekking op vragen betreffende de praktische uitvoering van belangrijke bepalingen van de AVG en waarvoor momenteel op EU-niveau geen consistente interpretatie wordt geboden. Daarom kan worden gesteld dat er een algemeen belang bestaat bij de beoordeling van deze kwestie in de vorm van een advies van de EDPB, teneinde de uniforme toepassing van de AVG te waarborgen. De toepassing van “consent or pay”-modellen door grote onlineplatforms brengt specifieke problemen met zich mee: zoals de verzoekende toezichthoudende autoriteiten hebben benadrukt, is de behoefte aan een uniforme aanpak bijzonder urgent in het geval van grote onlineplatforms waarvan miljoenen betrokkenen in Europa gebruikmaken. Gesteld kan worden dat er met name in het geval van deze grote onlineplatforms een uniforme aanpak nodig is voor alle aangelegenheden van algemene strekking die verband houden met dit soort verwerkingsverantwoordelijken, gelet op het feit dat deze platforms actief zijn in alle EU- en EER-lidstaten en dat elk “consent or pay”-model dat wordt toegepast door verwerkingsverantwoordelijken die dit soort grote onlineplatforms exploiteren, gevolgen heeft voor miljoenen Europese betrokkenen<sup>10</sup>.
10. Het verzoek bevat een toelichting op de achtergrond ervan en de redenen om deze vragen aan het Comité voor te leggen, die onder meer betrekking hebben op het relevante rechtskader, het verband tussen toestemming en “consent or pay”-modellen, alsook op de huidige ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ-EU en de behoefte aan duidelijkheid en een consistente interpretatie<sup>11</sup>. Daarom is het Comité van oordeel dat het verzoek met redenen is omkleed, zoals vereist overeenkomstig artikel 10, lid 3, van het reglement van orde van de EDPB<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Zie punt 3 van dit advies.

<sup>8</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling C — Huidige ontwikkelingen en de behoefte aan duidelijkheid, blz. 4.

<sup>9</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling C — Huidige ontwikkelingen en de behoefte aan duidelijkheid, blz. 4.

<sup>10</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling C — Huidige ontwikkelingen en de behoefte aan duidelijkheid, blz. 5.

<sup>11</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), blz. 1-5.

<sup>12</sup> Artikel 10, lid 3, van het reglement van orde van de EDPB bepaalt: “Verzoeken dienen met redenen te worden omkleed krachtens artikel 64, lid 2, AVG”.

11. Overeenkomstig artikel 64, lid 3, AVG brengt de EDPB geen advies uit indien het reeds over dezelfde aangelegenheid een advies heeft uitgebracht<sup>13</sup>. Zoals nader toegelicht in afdeling 3.4, heeft de EDPB geen advies uitgebracht over dezelfde aangelegenheid en heeft het nog geen antwoord gegeven op de vragen die in het verzoek aan de orde worden gesteld.
12. Om deze redenen is het Comité van oordeel dat het verzoek ontvankelijk is en dat de daaruit voortvloeiende vragen in dit advies (het “advies”) moeten worden onderzocht overeenkomstig artikel 64, lid 2, AVG.
13. De volgende afdeling bevat een definitie van “consent or pay”-modellen, “reclame op basis van surfgedrag” en “grote onlineplatforms” in het kader van dit advies, alsook een beschrijving van de reikwijdte van het advies.

## 2 DEFINITIES EN REIKWIJDTE VAN HET ADVIES

### 2.1 Definities

#### 2.1.1 Definitie van “consent or pay”-modellen

14. “Consent or pay”-modellen<sup>14</sup> kunnen worden gedefinieerd als modellen waarbij een verwerkingsverantwoordelijke betrokkenen de keuze biedt tussen ten minste twee opties om toegang te krijgen tot een onlinedienst die de verwerkingsverantwoordelijke verstrekt: betrokkenen kunnen 1) toestemming geven voor de verwerking van hun persoonsgegevens voor een bepaald doel, of 2) besluiten een vergoeding te betalen om toegang te krijgen tot de onlinedienst zonder dat hun persoonsgegevens voor dat doel worden verwerkt. Dit advies spitst zich toe op modellen waarin toestemming kan worden gegeven voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag.
15. Bij de eerste bovengenoemde optie krijgen betrokkenen alleen toegang tot de dienst als zij ermee instemmen dat zij door de verwerkingsverantwoordelijke worden gevolgd en gerichte advertenties op basis van surfgedrag aangeboden krijgen. In dit geval wordt het bedrijfsmodel van de verwerkingsverantwoordelijke doorgaans gefinancierd uit onlinereclame die gebaseerd is op het gedrag van gebruikers.
16. Bij de tweede optie betalen betrokkenen een vergoeding (bijvoorbeeld een wekelijks, maandelijks of jaarlijks abonnement, of een eenmalig bedrag)<sup>15</sup> en krijgen zij toegang tot een versie van de dienst waarbij de persoonsgegevens van de gebruiker niet worden verwerkt voor reclamedoeleinden op basis van diens surfgedrag. Er moet echter op gewezen worden dat, hoewel deze tweede optie kan inhouden dat betrokkenen helemaal niet worden gevolgd, deze ook kan impliceren dat betrokkenen nog steeds voor verschillende doeleinden worden gevolgd, bijvoorbeeld om het gebruik van een website te analyseren met als doel de functionaliteiten ervan te verbeteren. De EDPB wijst er op dat deze

---

<sup>13</sup> Artikel 64, lid 3, AVG en artikel 10, lid 4, van het reglement van orde van de EDPB.

<sup>14</sup> Zie in dit verband ook diverse documenten die op nationaal niveau zijn opgesteld, zoals door i) de Oostenrijkse toezichthoudende autoriteit (DSB), *FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz*, 20 december 2023, ii) de Franse toezichthoudende autoriteit (CNIL), *Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation*, 16 mei 2022, en iii) de Conferentie van onafhankelijke Duitse autoriteiten voor gegevensbescherming (DSK), *Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder*, 22 maart 2023.

<sup>15</sup> In deze gevallen kan het betaalde abonnement ook verschillen naargelang de diensten waartoe de gebruiker toegang heeft, bijvoorbeeld een basisabonnement voor basisdiensten en een aanvullend abonnement voor extra diensten of functionaliteiten.

doeleinden in elk geval gerechtvaardigd en specifiek moeten zijn en dat de verwerking gebaseerd moet zijn op de gerechtvaardigde gronden voorzien in de AVG. Bovendien kunnen cookies of trackingtechnologieën in het kader van de betaalde versie van de dienst nog steeds worden gebruikt voor andere doeleinden dan reclame op basis van surfgedrag. Indien een gebruikte technologie toegang tot of opslag van informatie in eindapparatuur met zich meebrengt, moet deze voldoen aan de voorschriften van de AVG en in voorkomend geval artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn.

17. Hoewel aan betrokkenen in het kader van de in dit advies besproken “consent or pay”-modellen doorgaans de toegang tot de dienst wordt ontzegd als zij geen toestemming geven voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag, noch een vergoeding betalen, wijst de EDPB erop dat er nog een alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag kosteloos aan betrokkenen kan worden aangeboden, zoals nader beschreven in afdeling 4.2.1.1.

### 2.1.2 Definitie van “reclame op basis van surfgedrag”

18. De EDPB merkt op dat er in de loop der tijd steeds meer mechanismen zijn gekomen die het aanbieden van gepersonaliseerde onlinereclame aan betrokkenen mogelijk maken. Zij zijn ook geavanceerder geworden. Gebruikers kunnen het voorwerp worden targeting met gepersonaliseerde reclame op basis van verschillende criteria en technieken, onder meer op basis van informatie over hun gedrag, zowel online als offline.
19. Reclame op basis van surfgedrag, waartoe gedetailleerde profielen van betrokkenen worden opgebouwd, is inmiddels een belangrijk kenmerk van bepaalde onlinebedrijfsmodellen. In Advies 2/2010 van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over onlinereclame op basis van surfgedrag wordt “reclame op basis van surfgedrag” gedefinieerd als “adverteren op basis van het in de loop der tijd observeren van het gedrag van particulieren”<sup>16</sup>. De Groep gegevensbescherming artikel 29 heeft ook benadrukt dat reclame op basis van surfgedrag “er op gericht [is] de kenmerken van dit gedrag te bestuderen aan de hand van bepaalde handelingen — herhaald bezoek van dezelfde sites, interactie, trefwoorden, online creëren van content teneinde een specifiek profiel te ontwikkelen en betrokkenen hiermee advertenties aan te bieden die zijn toegesneden op hun kennelijke interesses”<sup>17</sup>.
20. Zoals uiteengezet in het bovenvermelde advies van de Groep gegevensbescherming artikel 29, is reclame op basis van surfgedrag gebaseerd op gegevens die worden verzameld door de activiteiten van gebruikers in de loop van de tijd te observeren (bv. de pagina’s die zij bezoeken, de tijd die zij doorbrengen op een pagina waarop een bepaald product wordt weergegeven, het aantal herhaaldelijke bezoeken aan een pagina, de gegeven “likes” of hun locatie). In deze gevallen vindt de monitoring van gebruikers plaats door middel van cookies of andere soortgelijke volgtechnologieën (bv. sociale plug-ins of pixels). Gebruikers kunnen door verschillende partijen (bv. platforms en gegevensmakelaars) op verschillende websites worden gevolgd<sup>18</sup>. Uit de verzamelde gegevens, die in bepaalde gevallen kunnen worden samengevoegd met gegevens die actief door de gebruiker worden verstrekt (bv. bij het online aanmaken van een account of het inloggen op een website), of met

---

<sup>16</sup> Groep gegevensbescherming artikel 29, Advies 2/2010 over onlinereclame op basis van surfgedrag, WP 171, goedgekeurd op 22 juni 2010 (hierna: “Advies van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over onlinereclame op basis van surfgedrag”), blz. 4.

<sup>17</sup> Advies van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over onlinereclame op basis van surfgedrag, blz. 4.

<sup>18</sup> Richtsnoeren 8/2020 van de EDPB betreffende de targeting van gebruikers van sociale media, versie 2.0, vastgesteld op 13 april 2021 (hierna “EDPB-richtsnoeren betreffende targeting” genoemd), punt 3.

offlinegegevens, kunnen bedrijven informatie over de gebruiker afleiden. Dat stelt hen in staat conclusies te trekken over de voorkeuren, smaak en interesses van de gebruiker<sup>19</sup>. Bij de verwerking van persoonsgegevens door verwerkingsverantwoordelijken voor reclame op basis van surfgedrag komen verschillende verwerkingsactiviteiten kijken. Deze omvatten onder meer het monitoren van het gedrag van betrokkenen, het verzamelen van persoonsgegevens en het analyseren ervan met het oog op het aanmaken en ontwikkelen van gebruikersprofielen, het delen van persoonsgegevens met derden in het kader van het aanmaken en ontwikkelen van gebruikersprofielen of het in contact brengen van adverteerders met uitgevers, het bedienen van betrokkenen met gepersonaliseerde advertenties op basis van het resulterende profiel, en het analyseren van de interactie van gebruikers met de advertenties die op basis van hun profiel worden getoond.

21. Om die reden wordt reclame op basis van surfgedrag beschouwd als een bijzonder indringerige vorm van reclame, aangezien het verwerkingsverantwoordelijken een zeer gedetailleerd beeld kan geven van iemands persoonlijke leven. Zoals de EDPB bovendien heeft gesignaleerd in de richtsnoeren 8/2020 betreffende de targeting van gebruikers van sociale media, brengt deze soort reclame bovendien aanzienlijke risico's met zich mee voor de grondrechten en fundamentele vrijheden van betrokkenen, waaronder de mogelijkheid van discriminatie en uitsluiting en de mogelijke manipulatie van gebruikers<sup>20</sup>.

### 2.1.3 Definitie van "grote onlineplatforms" in het kader van dit advies

22. Dit advies richt zich op "consent or pay"-modellen die worden toegepast door "verwerkingsverantwoordelijken van "grote onlineplatforms" met grote aantallen gebruikers in de EER"<sup>21</sup>. Het is belangrijk vast te stellen welk type platforms binnen het bereik van dit advies valt.
23. De EDPB wijst erop dat "onlineplatforms" in de AVG niet worden gedefinieerd. Daarom is het passend de betekenis van dit begrip nader te bepalen. Voor de toepassing van dit advies kan het begrip "onlineplatforms" betrekking hebben op, onder andere, "onlineplatforms" in de zin van artikel 3, punt i), van de digitaaldienstenverordening<sup>22</sup>.
24. In de volgende punten gaat de EDPB in op bepaalde elementen die per geval moeten worden beoordeeld om te bepalen of een verwerkingsverantwoordelijke voor de toepassing van dit advies als een "groot onlineplatform" moet worden beschouwd. Gelet op het feit dat bepaalde elementen voor bepaalde verwerkingsverantwoordelijken relevanter zullen zijn dan voor andere, is deze lijst van

---

<sup>19</sup> Advies van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over onlinereclame op basis van surfgedrag, blz. 7 ("Er zijn twee manieren om gebruikersprofielen samen te stellen: i) prognostische profielen worden vastgesteld aan de hand van gevolgtrekkingen uit waarnemingen die in de loop der tijd van individueel en collectief gebruikersgedrag zijn verricht. In het bijzonder wordt bijgehouden welke pagina's zijn bezocht en welke advertenties zijn bekeken of aangeklikt; ii) expliciete profielen worden samengesteld uit persoonsgegevens die betrokkenen zelf leveren aan een webdienst, bijvoorbeeld wanneer zij zich registreren. Deze benaderingen kunnen worden gecombineerd. Daarnaast kunnen prognostische profielen later expliciet worden gemaakt, wanneer een betrokkene de gegevens invoert aan de hand waarvan diegene bij het inloggen op een website kan worden herkend").

<sup>20</sup> EDPB-richtsnoeren betreffende targeting, punten 9 tot en met 18.

<sup>21</sup> Verzoek, deel I ("Inleiding"), blz. 3.

<sup>22</sup> Artikel 3, punt i), van de digitaaldienstenverordening definieert "onlineplatform" als "een hostingdienst die, op verzoek van een afnemer van de dienst, informatie opslaat en verspreidt bij het publiek, tenzij die activiteit een klein of een louter bijkomend kenmerk van een andere dienst of een kleine functionaliteit van de hoofddienst uitmaakt en om objectieve en technische redenen niet kan worden gebruikt zonder die andere dienst, en de integratie van het kenmerk of de functionaliteit in de andere dienst geen manier is om de toepasbaarheid van deze verordening te omzeilen".

elementen niet uitputtend. Het is ook geen lijst met cumulatieve vereisten. Deze lijst van elementen is veeleer bedoeld om een indicatie te geven van aspecten die ertoe kunnen leiden dat een verwerkingsverantwoordelijke voor de toepassing van dit advies als “groot onlineplatform” wordt aangemerkt.

25. In de eerste plaats zijn grote onlineplatforms met een grote hoeveelheid gebruikers.
26. De positie van de onderneming op de markt is een ander element dat relevant kan zijn om te beoordelen of de verwerkingsverantwoordelijke als een “groot onlineplatform” kan worden beschouwd.
27. Een ander element dat in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de vraag of een verwerkingsverantwoordelijke als “groot onlineplatform” kan worden aangemerkt, is of deze zich bezighoudt met “grootschalige” verwerking. De EDPB wijst erop dat in de AVG niet wordt gedefinieerd wat onder grootschalige verwerking wordt verstaan, hoewel overweging 91 AVG een aantal aanwijzingen bevat. De Groep gegevensbescherming artikel 29 heeft echter richtsnoeren verstrekt (bekrachtigd door de EDPB) over de betekenis van “grootschalige” verwerking in de context van artikel 37, lid 1, punten b) en c), AVG, en meer in het bijzonder over de factoren die in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen of de verwerking op grote schaal plaatsvindt. Deze factoren zijn ook relevant voor dit advies. Zij betreffen bijvoorbeeld het aantal betrokkenen, de hoeveelheid gegevens en het geografisch bereik van de verwerkingsactiviteiten<sup>23</sup>.
28. De definitie kan onder meer betrekking hebben op bepaalde verwerkingsverantwoordelijken van “zeer grote onlineplatforms”, zoals gedefinieerd in de digitaledienstenverordening<sup>24</sup>, en van “poortwachters”, zoals gedefinieerd in de digitalemarktenverordening<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Zie in dit verband de richtlijnen van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over functionarissen voor gegevensbescherming (Data Protection Officer, “DPO”), WP 243 rev.01, zoals laatstelijk herzien en goedgekeurd op 5 april 2017, bekrachtigd door de EDPB op 25 mei 2018, blz. 7-8, en de richtsnoeren van de Groep gegevensbescherming artikel 29 voor gegevensbeschermingseffectbeoordelingen en bepaling of een verwerking “waarschijnlijk een hoog risico inhoudt” in de zin van Verordening 2016/679, WP 248 rev.01, zoals laatstelijk herzien en goedgekeurd op 4 oktober 2017, bekrachtigd door de EDPB op 25 mei 2018, blz. 10.

<sup>24</sup> Op grond van artikel 33, lid 1, van Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (wet inzake digitale diensten) (hierna “digitaledienstenverordening” genoemd) zijn zeer grote onlineplatforms “onlineplatforms die een gemiddeld aantal maandelijks actieve afnemers van de dienst in de Unie bereiken dat gelijk is aan of groter is dan 45 miljoen” en die door de Europese Commissie krachtens artikel 33, lid 4, van de digitaledienstenverordening als zeer grote onlineplatforms zijn aangewezen. Volgens artikel 3, punt i), van de digitaledienstenverordening is een onlineplatform een hostingdienst die, op verzoek van een afnemer van de dienst, informatie opslaat en verspreidt bij het publiek.

<sup>25</sup> Volgens artikel 3, lid 1, van Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitaalemarktenverordening) zijn poortwachters ondernemingen die voldoen aan de volgende cumulatieve vereisten: i) zij hebben een aanzienlijke impact op de interne markt; ii) zij bieden een kernplatformdienst aan die voor zakelijke gebruikers een belangrijke toegangspoort tot eindgebruikers vormt; en iii) zij nemen met betrekking tot hun activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie in of zullen naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie innemen. Overeenkomstig artikel 2, lid 2, omvatten kernplatformdiensten de volgende diensten: a) onlinetussenhandelsdienst; b) onlinezoekmachine; c) onlinesociaalnetwerkdienst; d) videoplatformdienst; e) nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiedienst; f) besturingssysteem; g) webbrowser; h) virtuele assistent; i) cloudcomputingdienst; j) onlineadvertentiedienst, waaronder advertentienetwerken, advertentie-uitwisselingsdiensten en andere advertentietussenhandelsdiensten, aangeboden door een onderneming die een van de in de punten a) tot en met i) genoemde kernplatformdiensten aanbiedt.

## 2.2 Reikwijdte van het advies

29. Het Comité is het met de verzoekende toezichthoudende autoriteiten eens dat “consent or pay”-modellen vanuit het oogpunt van gegevensbescherming fundamentele vragen opwerpen, met name met betrekking tot de uitlegging en toepassing van het begrip toestemming als bedoeld in artikel 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de artikelen 4, 5, 6 en 7 AVG.
30. Hoewel erop gewezen moet worden dat het begrip toestemming in de AVG van toepassing is op elke verwerkingsverantwoordelijke die zich op deze rechtsgrondslag wil beroepen, richt dit advies zich op specifieke vragen met betrekking tot de geldigheid van toestemming die wordt gevraagd door grote onlineplatforms die gebruikmaken van “consent or pay”-modellen, zoals aangegeven in het verzoek. Deze platforms kunnen een unieke positie innemen voor wat betreft bepaalde criteria voor geldige toestemming, bijvoorbeeld met betrekking tot het bestaan van een wanverhouding. Wanneer in dit advies de term “verwerkingsverantwoordelijke(n)” wordt gebruikt, moet dit worden opgevat als een verwijzing naar grote onlineplatforms zoals gedefinieerd in afdeling 2.1.3.
31. Gezien het bovenstaande heeft dit advies betrekking op de beoordeling van de geldigheid van toestemming wanneer deze wordt gebruikt als rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag in het kader van “consent or pay”-modellen die door grote onlineplatforms worden toegepast. De in dit advies genoemde factoren zijn doorgaans van toepassing op grote onlineplatforms, maar niet uitsluitend. Een aantal van de in dit advies geformuleerde overwegingen kunnen ook in meer algemene zin nuttig zijn voor de toepassing van het begrip toestemming in het kader van “consent or pay”-modellen.
32. De EDPB wijst erop dat toezichthoudende autoriteiten overeenkomstig artikel 51, lid 1, AVG “verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de toepassing van [de AVG], teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie te vergemakkelijken”<sup>26</sup>. Verder bepaalt artikel 51, lid 2, AVG: “Elke toezichthoudende autoriteit draagt bij tot de consequente toepassing van [de AVG] in de hele Unie”. Het behoort derhalve tot de bevoegdheid van de toezichthoudende autoriteiten om de geldigheid te beoordelen van toestemming die wordt gebruikt als rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens, ook wanneer die toestemming wordt gevraagd in het kader van “consent or pay”-modellen waarbij persoonsgegevens worden verwerkt voor reclame op basis van surfgedrag.
33. In lijn met het bovenstaande biedt dit advies een kader voor verwerkingsverantwoordelijken en toezichthoudende autoriteiten om de geldigheid van toestemming in “consent or pay”-modellen te beoordelen. Hiertoe wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan elk van de vereisten die gelden voor toestemming in het kader van de AVG. Er wordt op gewezen dat een beoordeling van de criteria in ieder afzonderlijk geval noodzakelijk blijft.

## 3 WETTELIJKE CONTEXT

### 3.1 Toepasselijke artikelen van de AVG

34. Voor de doeleinden van dit advies beschouwt de EDPB de artikelen 4, 5, 6 en 7 en de overwegingen 32, 42 en 43 als de belangrijkste toepasselijke bepalingen van de AVG.

---

<sup>26</sup> Zie ook artikel 57, lid 1, AVG, waarin de taken van toezichthoudende autoriteiten worden opgesomd.

35. Artikel 4, punt 11, AVG definieert toestemming als “elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt”. Het verlenen van toestemming door de betrokkene is een van de in artikel 6, lid 1, punt a), AVG genoemde rechtmatige gronden voor de verwerking van persoonsgegevens<sup>27</sup>.
36. Daarnaast is het ook belangrijk te wijzen op het vereiste dat verwerkingsverantwoordelijken persoonsgegevens moeten verwerken in overeenstemming met alle toepasselijke bepalingen van de AVG, en met name de gegevensbeschermingsbeginselen van artikel 5 AVG<sup>28</sup> en het beginsel van gegevensbescherming door ontwerp en door standaardinstellingen in artikel 25 AVG<sup>29</sup>.
37. Artikel 7 en de overwegingen 32, 42 en 43 AVG bevatten aanvullende eisen en richtsnoeren met betrekking tot de wijze waarop verwerkingsverantwoordelijken aan de belangrijkste elementen van de toestemmingsvereisten moeten voldoen.
38. Artikel 7 AVG stelt met name vast onder welke voorwaarden toestemming geldig is. Het bepaalt ten eerste dat “[w]anneer de verwerking berust op toestemming, de verwerkingsverantwoordelijke [moet] kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens”. Dit houdt ook verband met het verantwoordingsbeginsel van artikel 5, lid 2, AVG.
39. Artikel 7, lid 2, AVG bepaalt dat “[i]ndien de betrokkene toestemming geeft in het kader van een schriftelijke verklaring die ook op andere aangelegenheden betrekking heeft, het verzoek om toestemming in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal zodanig [wordt] gepresenteerd dat een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt met de andere aangelegenheden. Wanneer een gedeelte van een dergelijke verklaring een inbreuk vormt op [de AVG], is dit gedeelte niet bindend”.
40. In artikel 7, lid 3, wordt benadrukt dat de betrokkene het recht heeft om zijn toestemming te allen tijde in te trekken. In dit verband “[laat] het intrekken van de toestemming de rechtmatigheid van de verwerking op basis van de toestemming vóór de intrekking daarvan, onverlet”. De betrokkene wordt hiervan in kennis gesteld alvorens zijn toestemming te verlenen. De AVG specificeert verder dat “[h]et intrekken van de toestemming even eenvoudig [is] als het geven ervan”.
41. Artikel 7, lid 4, AVG stelt dat “[b]ij de beoordeling van de vraag of de toestemming vrijelijk kan worden gegeven, onder meer ten sterkste rekening [wordt] gehouden met de vraag of voor de uitvoering van een overeenkomst, met inbegrip van een dienstenovereenkomst, toestemming vereist is voor een verwerking van persoonsgegevens die niet noodzakelijk is voor de uitvoering van die overeenkomst”.

---

<sup>27</sup> Meer specifiek bepaalt artikel 6 AVG in lid 1, punt a), dat “[d]e verwerking alleen rechtmatig [is] indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan: a) de betrokkene heeft toestemming gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens voor een of meer specifieke doeleinden”.

<sup>28</sup> Zie ook de richtsnoeren van de EDPB over targeting, punt 58: “De EDPB herinnert eraan dat het feit dat toestemming is verkregen evenmin betekent dat de verwerkingsverantwoordelijke niet langer of in mindere mate gehouden is aan de verplichting om de in de AVG vastgelegde beginselen van verwerking in acht te nemen, met name artikel 5 AVG met betrekking tot behoorlijkheid, noodzaak en evenredigheid, alsmede kwaliteit van gegevens. Ook als de verwerking van persoonsgegevens op de toestemming van de betrokkene is gebaseerd, is dit geen rechtvaardiging voor targeting die onevenredig of oneerlijk is.” Zie ook de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 5.

<sup>29</sup> Zie de richtsnoeren 4/2019 van de EDPB inzake artikel 25 — Gegevensbescherming door ontwerp en door standaardinstellingen, versie 2.0, vastgesteld op 20 oktober 2020 (hierna “richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en door standaardinstellingen” genoemd).



## 3.2 Andere rechtsinstrumenten

42. De EDPB is zich ervan bewust dat bepaalde aspecten van “consent or pay”-modellen ook binnen het toepassingsgebied van andere rechtsinstrumenten van de EU kunnen vallen die buiten het bereik van dit advies vallen. Desondanks kan het nuttig zijn deze te vermelden.
43. De EDPB herinnert eraan dat het begrip “toestemming” in het kader van de AVG ook relevant is voor de toepassing van de e-privacyrichtlijn<sup>30</sup> en de uitvoering van nationale wetgeving<sup>31</sup>. Artikel 2, punt f), van de e-privacyrichtlijn bepaalt bovendien dat de toestemming van een gebruiker of abonnee overeenkomt met de toestemming van de betrokkene in de zin van de AVG. Hoewel dit advies zich richt op de interpretatie van toestemming als rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 6, lid 1, punt a), AVG, zijn de overwegingen in het advies betreffende het begrip toestemming derhalve ook relevant voor de e-privacyrichtlijn als *lex specialis*<sup>32</sup>.
44. De EDPB merkt op dat sommige aspecten van de in het verzoek aan de orde gestelde kwestie ook relevant zijn voor het consumenten- en mededingingsrecht en ook kunnen worden behandeld vanuit het oogpunt van andere rechtsinstrumenten, zoals onder meer Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken<sup>33</sup>. Ook al heeft dit advies geen betrekking op deze andere rechtsgebieden of rechtsinstrumenten, kan het naar de begrippen of regels ervan verwijzen om de formulering van relevante criteria voor de analyse van het vraagstuk en een coherente toepassing van het Unierecht te bevorderen.
45. De EDPB beseft dat Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (de “richtlijn digitale inhoud”)<sup>34</sup> ook relevant kan zijn.
46. De EDPB merkt voorts op dat sommige bepalingen van de digitale marktenverordening<sup>35</sup>, zoals artikel 5, lid 2, specifieke regels bevatten voor zogenaamde “poortwachters” die persoonsgegevens verwerken<sup>36</sup>, en dat artikel 5, lid 2, tevens verwijst naar het begrip toestemming als voorzien in de AVG.

---

<sup>30</sup> 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) zoals gewijzigd bij Richtlijn 2006/24/EG en Richtlijn 2009/136/EG.

<sup>31</sup> Zie overweging 173 AVG voor een verduidelijking van de verhouding *lex specialis–lex generalis* tussen Richtlijn 2002/58/EG en de AVG.

<sup>32</sup> Bijvoorbeeld artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn, dat toestemming vereist voor de toegang tot of de opslag van informatie in eindapparatuur, tenzij een uitzondering van toepassing is. Zie advies 5/2019 van de EDPB over de wisselwerking tussen de e-privacyrichtlijn en de AVG, met name wat betreft de bevoegdheid, taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten, vastgesteld op 12 maart 2019, punt 40.

<sup>33</sup> Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn oneerlijke handelspraktijken). Andere rechtsinstrumenten die relevant zijn vanuit het oogpunt van het consumentenrecht zijn bijvoorbeeld Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten en Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

<sup>34</sup> Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (richtlijn digitale inhoud).

<sup>35</sup> Verordening (EU) 2022/1925 (digitale marktenverordening).

<sup>36</sup> In dit verband zijn ook de overwegingen 36 en 37 van de digitale marktenverordening van belang.

47. Daarnaast merkt de EDPB op dat de digitaledienstenverordening specifieke verplichtingen bevat voor aanbieders van onlineplatforms en voor aanbieders van zeer grote onlineplatforms<sup>37</sup>. In dit advies wordt verwezen naar de relevante bepalingen van de digitalemarktenverordening en de digitaledienstenverordening voor zover dat nodig is om een coherente toepassing van het Unierecht te bevorderen<sup>38</sup>.
48. Gezien het feit dat het mededingingsrecht en het recht inzake consumentenbescherming relevant zijn voor bepaalde aspecten van “consent or pay”-modellen, heeft de EDPB nationale en EU-toezichthouders op deze rechtsgebieden om input gevraagd over deze modellen.

### 3.3 Samenvatting van het arrest Bundeskartellamt

49. Het HvJ-EU heeft in zijn arrest van 4 juli 2023 verschillende vragen behandeld die voortvloeiden uit een verzoek om een prejudiciële beslissing. De eerste vraag aan het Hof was of een mededingingsautoriteit bij het onderzoek naar mogelijk misbruik van een machtspositie in de zin van het mededingingsrecht kon onderzoeken of de betrokken onderneming zich schuldig had gemaakt aan gedragingen die niet in overeenstemming waren met de AVG<sup>39</sup>. In zijn antwoord benadrukte het Hof de verplichting tot loyale samenwerking tussen mededingingsautoriteiten en toezichthoudende autoriteiten voor gegevensbescherming<sup>40</sup>. Verdere vragen hielden verband met de uitlegging van artikel 9 AVG<sup>41</sup> en artikel 6, lid 1, AVG (punten b), d), e) en f))<sup>42</sup>.
50. De laatste vraag in het arrest Bundeskartellamt, zoals de verzoekende toezichthoudende autoriteiten constateren, ging erover of “de toestemming die door de gebruiker van een online sociaal netwerk aan de exploitant van een dergelijk netwerk is gegeven kan worden geacht te voldoen aan de geldigheidsvoorwaarden van artikel 4, punt 11, van [de AVG], in het bijzonder de voorwaarde dat die toestemming vrijelijk wordt gegeven, wanneer die exploitant een machtspositie inneemt op de markt voor online sociale netwerken”<sup>43</sup>.
51. Het HvJ-EU herinnerde in de eerste plaats aan de definitie van toestemming in artikel 4, lid 11, AVG en artikel 7, lid 4, en de overwegingen 42 en 43 AVG<sup>44</sup>. Zoals in het verzoek wordt opgemerkt, heeft het Hof geoordeeld dat het bestaan van een machtspositie van een aanbieder van online sociale

---

<sup>37</sup> Artikel 33, lid 1, van de digitaledienstenverordening bepaalt met name dat: “[d]eze afdeling [5] van toepassing [is] op onlineplatforms [...] die een gemiddeld aantal maandelijks actieve afnemers van de dienst in de Unie bereiken dat gelijk is aan of groter is dan 45 miljoen, en die krachtens lid 4 zijn aangewezen als zeer grote onlineplatforms [...]”.

<sup>38</sup> In vaste rechtspraak van het HvJ-EU is bepaald dat wanneer in twee rechtshandelingen van de EU met dezelfde hiërarchische rang niet is bepaald welke voorrang heeft op de andere, zij op een verenigbare wijze moeten worden toegepast, zodat een coherente toepassing van beide rechtshandelingen mogelijk wordt gemaakt. Zie bv. het arrest van het Gerecht van 3 mei 2018, Malta/Commissie, T-653/16, ECLI:EU:T:2018:241, punt 137.

<sup>39</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punten 36 tot en met 63.

<sup>40</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 53.

<sup>41</sup> Een vraag over de uitlegging van artikel 9, lid 1, AVG wordt door het Hof behandeld in de punten 64 tot en met 85 van het arrest Bundeskartellamt.

<sup>42</sup> Meer in het bijzonder de punten 86 tot en met 139 van het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU. De punten 86 en 97 tot en met 126 van het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU hebben betrekking op artikel 6, lid 1, punt b), en artikel 6, lid 1, punt f), AVG. De punten 127 tot en met 139 van het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU hebben betrekking op artikel 6, lid 1, punt d), en artikel 6, lid 1, punt e), AVG.

<sup>43</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling B — Het verband tussen toestemming en “consent or pay”-modellen”, blz. 3, waar verwezen wordt naar punt 140 van het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU.

<sup>44</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punten 142 tot en met 145.

netwerken “als zodanig er niet aan in de weg staat dat de gebruikers van een dergelijk netwerk rechtsgeldig toestemming kunnen geven in de zin van artikel 4, punt 11, van [de AVG] voor de verwerking van hun persoonsgegevens door die exploitant”<sup>45</sup>.

52. Het HvJ-EU heeft echter verduidelijkt dat een machtspositie “een belangrijk element [is] om te bepalen of de toestemming daadwerkelijk rechtsgeldig en met name vrijelijk is gegeven, hetgeen deze exploitant dient te bewijzen”<sup>46</sup>. Dit komt doordat deze omstandigheid “afbreuk kan [doen] aan de keuzevrijheid van die gebruiker, die zijn toestemming mogelijkwerwijs niet zonder nadelige gevolgen kan weigeren of intrekken”<sup>47</sup> en “kan leiden tot een duidelijke wanverhouding [...] tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke”<sup>48</sup>.
53. Bovendien heeft het Hof, hoewel dit geen centraal aspect vormt van zijn oordeel, opgemerkt dat wanneer blijkt dat bepaalde verwerkingen niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een overeenkomst<sup>49</sup>, “gebruikers de vrijheid [moeten] hebben om tijdens het sluiten van de overeenkomst hun toestemming voor bijzondere gegevensverwerkingshandelingen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst, voor elke verwerking apart te weigeren zonder ertoe te worden gedwongen om volledig af te zien van het gebruik van de dienst die de exploitant van het online sociale netwerk aanbiedt, hetgeen impliceert dat die gebruikers, in voorkomend geval tegen een passende vergoeding, een gelijkwaardig alternatief krijgen aangeboden dat niet gepaard gaat met dergelijke gegevensverwerking”<sup>50</sup>.
54. Het HvJ-EU benadrukte ook dat toestemming “wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is”, onder verwijzing naar overweging 43 AVG. Voorts heeft het de “omvang van de betrokken gegevensverwerking” en de “ingrijpende gevolgen ervan voor de gebruikers van dat netwerk”, evenals de redelijke verwachtingen van de gebruikers in de betreffende zaak als bijzonder belangrijke factoren aangemerkt. Vervolgens verwees het HvJ-EU de zaak terug naar de verwijzende rechter, waarbij het verklaarde dat deze moest nagaan of de gebruikers de mogelijkheid hadden om afzonderlijke toestemming te geven voor de verwerking van gegevens over hun gedrag binnen het sociale netwerk en gegevens die buiten het platform worden verzameld<sup>51</sup>.

### 3.4 Bestaande EDPB-richtsnoeren

55. Verschillende door de EDPB vastgestelde richtsnoeren zijn relevant voor dit advies<sup>52</sup>. In dit verband zijn de Richtsnoeren 05/2020 van de EDPB inzake toestemming<sup>53</sup> bijzonder relevant. Hierin wordt ingegaan op de voorwaarden voor vrije toestemming van betrokkenen, samen met de andere

---

<sup>45</sup> Zie het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 154.

<sup>46</sup> Zie het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 154.

<sup>47</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 148, waarin wordt verwezen naar overweging 42 AVG.

<sup>48</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 149, waarin wordt verwezen naar overweging 43 en artikel 7, lid 4, AVG.

<sup>49</sup> In dit verband verwijst het Hof in punt 149 ook naar de punten 102 tot en met 104.

<sup>50</sup> Verzoek, deel II (“Achtergrond en motivering van dit verzoek”), afdeling B — Het verband tussen toestemming en “consent or pay”-modellen”, blz. 3, waar verwezen wordt naar punt 140 van het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU.

<sup>51</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 151.

<sup>52</sup> Dit betreft onder meer de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming en de EDPB-richtsnoeren betreffende targeting.

<sup>53</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming.

elementen van geldige toestemming. In de Richtsnoeren 05/2020 wordt de vraag die de verzoekende toezichthoudende autoriteiten aan de EDPB hebben voorgelegd echter niet volledig behandeld, aangezien daarin niet wordt uitgelegd hoe de algemene richtsnoeren van de EDPB inzake toestemming moeten worden toegepast op “consent or pay”-modellen die worden gehanteerd door grote onlineplatforms met grote aantallen gebruikers in de EER en die toestemming gebruiken als grondslag voor de verwerking van hun persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag<sup>54</sup>. Daarom is het passend dat de EDPB de in het verzoek gestelde vraag beantwoordt door een advies uit te brengen overeenkomstig artikel 64, lid 2, AVG.

56. Aangezien dit advies tot doel heeft een kader te bieden aan de hand waarvan door grote onlineplatforms toegepaste “consent or pay”-modellen kunnen worden beoordeeld, zal elk van de cumulatieve vereisten voor toestemming volgens de AVG hieronder worden behandeld.

## 4 BEOORDELING VAN DE EDPB

### 4.1 Beginselen en algemene opmerkingen

57. Artikel 5 AVG bevat de beginselen voor verwerking van persoonsgegevens. In dit verband heeft de EDPB reeds verduidelijkt dat het verkrijgen van toestemming de verwerkingsverantwoordelijke niet ontslaat van de verplichting om alle beginselen van artikel 5 AVG<sup>55</sup> (en de andere verplichtingen waarin de AVG voorziet) na te leven. **Zelfs indien de verwerking gebaseerd is op toestemming, is dit geen rechtvaardiging om persoonsgegevens te verzamelen die verder gaan dan nodig is voor het gespecificeerde doel of op een wijze die oneerlijk is voor de betrokkenen**<sup>56</sup>.
58. Bij de verwerking moeten de beginselen van **noodzaak en evenredigheid**<sup>57</sup> in acht worden genomen. Ook de naleving van de beginselen van **doelbinding en minimale gegevensverwerking**<sup>58</sup> is van cruciaal belang. Overeenkomstig het doelbindingsbeginsel moeten persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld<sup>59</sup>. Verwerkingsverantwoordelijken hebben de verantwoordelijkheid om de doeleinden van de verwerking duidelijk te omschrijven, ook in het geval van verwerking voor reclame op basis van

---

<sup>54</sup> In de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming heeft de EDPB zijn standpunt over de zogenaamde “cookie walls” verduidelijkt, waarbij betrokkenen de keuze krijgen tussen het verlenen van toestemming voor de opslag van informatie in hun eindapparatuur of afzien van toegang tot de dienst. Dit is een voorbeeld van een situatie waarin de toestemming van betrokkenen niet als “vrijelijk gegeven” kan worden beschouwd.

<sup>55</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 5 (“Het feit dat toestemming is verkregen betekent evenmin dat de verwerkingsverantwoordelijke niet langer of in mindere mate gehouden is aan de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om de beginselen van verwerking die zijn vastgelegd in de AVG in acht te nemen”).

<sup>56</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 5 (“Ook als de verwerking van persoonsgegevens op de toestemming van de betrokkene is gebaseerd, wettigt dit niet het verzamelen van gegevens die niet noodzakelijk zijn voor een specifiek doel van verwerking; een dergelijke verwerking zou wezenlijk oneerlijk zijn”).

<sup>57</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 5 (“Het feit dat toestemming is verkregen betekent evenmin dat de verwerkingsverantwoordelijke niet langer of in mindere mate gehouden is aan de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om de beginselen van verwerking die zijn vastgelegd in de AVG in acht te nemen, met name artikel 5 van de AVG met betrekking tot behoorlijkheid, noodzaak en evenredigheid, alsmede kwaliteit van gegevens”).

<sup>58</sup> Zie artikel 5, lid 1, punten b) en c), AVG.

<sup>59</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, afdeling 3.4.

surfgedrag<sup>60</sup>. Daarnaast moeten verwerkingsverantwoordelijken ervoor zorgen dat het beginsel van minimale gegevensverwerking in acht wordt genomen<sup>61</sup>, volgens hetwelk persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en beperkt moeten zijn tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, waarin ook het evenredigheidsbeginsel tot uitdrukking komt<sup>62</sup>. In dit verband moeten verwerkingsverantwoordelijken eerst bepalen of het voor de betreffende doeleinden überhaupt nodig is om persoonsgegevens te verwerken, en **moeten zij nagaan of deze doeleinden kunnen worden bereikt met minder indringende middelen, door minder persoonsgegevens te verwerken** of door minder gedetailleerde of geaggregeerde persoonsgegevens te gebruiken<sup>63</sup>. In dit verband is afdeling 4.2.1.1 relevant.

59. De EDPB merkt op dat reclame op basis van surfgedrag kan inhouden dat er zoveel mogelijk persoonsgegevens over personen en hun activiteiten worden verzameld en samengesteld, waarbij mogelijk hun hele leven, zowel online als offline, wordt gemonitord<sup>64</sup>. De EDPB is van mening dat bij de beoordeling van de naleving van het beginsel van minimale gegevensverwerking rekening moet worden gehouden met de reikwijdte en de indringendheid van de verwerking. Buitensporig volgen, waarbij verschillende gegevensbronnen van verschillende websites worden gecombineerd, is dus moeilijker te verenigen met het beginsel van minimale gegevensverwerking dan bijvoorbeeld een systeem van gepersonaliseerde reclame waarbij gebruikers zelf actief en bewust hun eigen voorkeuren bepalen.
60. Bij verwerkingsactiviteiten moet altijd het beginsel van **behoorlijkheid** in acht worden genomen<sup>65</sup>. Belangrijke elementen van het behoorlijkheidsbeginsel zijn onder meer dat de verwerking moet beantwoorden aan de redelijke verwachtingen van de betrokkenen, dat de verwerkingsverantwoordelijke betrokkenen niet op oneerlijke wijze mag discrimineren en hun behoeften of kwetsbaarheden niet mag uitbuiten, dat machtsverschillen moeten worden vermeden of gecorrigeerd, en dat misleidende of manipulerende bewoordingen of vormgevingen moeten worden vermeden<sup>66</sup>. In dit verband herinnert de EDPB eraan dat misleidende ontwerppatronen moeten worden vermeden<sup>67</sup>. Daarnaast moet de verwerkingsverantwoordelijke rekening houden met de bredere impact van de verwerking op de rechten en waardigheid van personen, en de betrokkenen de hoogst mogelijke mate van autonomie bieden<sup>68</sup>. Het is van essentieel belang dat verwerkingsverantwoordelijken dit in acht nemen, met name wanneer de verwerking bijzonder indringend is. De EDPB merkt ook op dat behoorlijkheid kan dienen als een gemakkelijk te begrijpen criterium of referentiepunt voor verwerkingsverantwoordelijken bij de beoordeling van een “consent or pay”-model. In dit verband is het belangrijk dat verwerkingsverantwoordelijken kunnen aantonen waarom zij van mening zijn dat bepaalde keuzes in overeenstemming zijn met het in de vorige alinea

---

<sup>60</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 72 (waarin wordt verwezen naar de “bepaling vooraf” en “specificiteit” van de doeleinden als elementen van het beginsel van doelbinding).

<sup>61</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, afdelingen 3.4 en 3.5.

<sup>62</sup> Arrest van het HvJ-EU in zaak C-439/19 (Latvijas Republikas Saeima), punt 98.

<sup>63</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punten 51 en 74.

<sup>64</sup> Zie afdeling 2.1.2.

<sup>65</sup> Artikel 5, lid 1, punt a), AVG.

<sup>66</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 70.

<sup>67</sup> EDPB Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them, versie 2.0, vastgesteld op 14 februari 2023 (hierna, “EDPB-richtsnoeren over misleidende ontwerppatronen” genoemd).

<sup>68</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 70.

beschreven behoorlijkheidsbeginsel. Dit is met name van belang als de verwerkingsverantwoordelijke de keuzemogelijkheden van de betrokkene beperkt (bv. door geen gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag aan te bieden, zoals beschreven in afdeling 4.2.1.1) of hem een alternatief biedt dat zijn keuze mogelijk oneigenlijk beïnvloedt (bv. door een vergoeding te vragen die de betrokkene feitelijk belet een vrije keuze te maken).

61. Van de verwerkingsverantwoordelijken wordt ook verwacht dat zij het **transparantiebeginsel** in acht nemen. Overeenkomstig dit beginsel moeten verwerkingsverantwoordelijken ervoor zorgen dat betrokkenen gemakkelijk kunnen begrijpen welke gevolgen hun keuze heeft voor de verwerking van hun persoonsgegevens<sup>69</sup>. Wat toestemming betreft, wordt hierop nader ingegaan in afdeling 4.2.2.
62. Overeenkomstig artikel 25, lid 1, AVG moet de verwerkingsverantwoordelijke het beginsel van **gegevensbescherming door ontwerp** in acht nemen. Dit betekent dat de verwerkingsverantwoordelijke passende technische en organisatorische maatregelen moet treffen die zijn ontworpen om de gegevensbeschermingsbeginselen uit te voeren en de nodige waarborgen in de verwerking moet inbouwen ter naleving van de voorschriften en ter bescherming van de rechten van de betrokkenen<sup>70</sup>.
63. Daarnaast moet de verwerkingsverantwoordelijke overeenkomstig artikel 25, lid 2, AVG het beginsel van **gegevensbescherming door standaardinstellingen** in acht nemen. Dit betekent dat het de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke is om dusdanige standaardinstellingen voor de verwerking te kiezen en te implementeren dat er standaard uitsluitend verwerkingen worden uitgevoerd die strikt noodzakelijk zijn voor het gestelde, wettige doel. Dit houdt in dat de verwerkingsverantwoordelijke standaard niet meer gegevens verzamelt dan nodig is, de verzamelde gegevens niet in grotere mate verwerkt dan nodig is voor het beoogde doel, en de gegevens niet langer dan nodig bewaart<sup>71</sup>.
64. Kinderen genieten specifieke bescherming, met name tegen het gebruik van hun gegevens voor profilerings- en marketingdoeleinden<sup>72</sup>. **Kinderen** mogen met name niet worden blootgesteld aan reclame op basis van surfgedrag<sup>73</sup> en dus ook niet aan “consent or pay”-modellen die toestemming vragen voor verwerking voor dit doeleinde.
65. Van bijzonder belang in dit verband is het **verantwoordingsbeginsel** van artikel 5, lid 2, AVG, dat bepaalt dat de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk is voor de naleving van de overige beginselen van artikel 5 AVG, en moet kunnen aantonen dat deze worden nageleefd<sup>74</sup>. Wat toestemming betreft, wordt in artikel 7, lid 1, uitdrukkelijk bepaald dat de verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat de betrokkenen toestemming hebben gegeven voor verwerking wanneer toestemming als de toepasselijke rechtsgrondslag wordt gebruikt. Zoals het HvJ-EU in het arrest Bundeskartellamt<sup>75</sup> heeft opgemerkt, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de toestemming van de betrokkene vrijelijk is

---

<sup>69</sup> Overweging 39 AVG; richtsnoeren van de Groep gegevensbescherming artikel 29 inzake transparantie, punt 4; EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 66.

<sup>70</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 7.

<sup>71</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 42.

<sup>72</sup> Overweging 38 van de AVG.

<sup>73</sup> Zie ook artikel 28, lid 2, van de digitaledienstenverordening.

<sup>74</sup> Zie in dit verband het arrest van het HvJ-EU in zaak C-175/20, SIA “SS”/Valsts ierņēmumu dienests, ECLI:EU:C:2022:124, punt 77.

<sup>75</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 152.

gegeven gelet op de omstandigheden van de verwerking en dat aan alle overige voorwaarden voor geldige toestemming is voldaan.

## 4.2 Vereisten voor geldige toestemming

66. Om antwoord te geven op de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden “consent or pay”-modellen met betrekking tot reclame op basis van surfgedrag door grote onlineplatforms zodanig kunnen worden toegepast dat toestemming geldig en met name vrijelijk wordt verleend, zullen in dit advies achtereenvolgens elk van de cumulatieve vereisten worden behandeld die in de AVG aan toestemming worden gesteld.

### 4.2.1 Vrijelijk gegeven toestemming

67. Het criterium van “vrijelijk gegeven toestemming” is essentieel voor de interpretatie van toestemming als rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Het specifieke karakter van toestemming als rechtsgrond voor verwerking bestaat erin dat het besluit van de betrokkene (“ondubbelzinnige wilsuiting van de betrokkene”) en in het bijzonder zijn keuzevrijheid bij het nemen van dat besluit bepalend is voor de rechtmatigheid van de verwerking.
68. Verwerkingsverantwoordelijken moeten ervoor zorgen dat betrokkenen echte keuzevrijheid hebben wanneer zij om toestemming voor de verwerking van hun persoonsgegevens worden verzocht, en zij mogen de autonomie van betrokkenen niet beperken door het weigeren van toestemming moeilijker te maken dan het verlenen ervan<sup>76</sup>. Deze verplichting sluit ook aan bij een van de belangrijkste doelstellingen van de AVG, namelijk betrokkenen zeggenschap geven over hun persoonsgegevens<sup>77</sup>. Wil er sprake zijn van vrijelijk gegeven toestemming, dan moeten betrokkenen zelf kunnen bepalen of de verwerking plaatsvindt, zonder ongepaste beïnvloeding door de verwerkingsverantwoordelijke of anderen<sup>78</sup>, en moeten zij passende informatie over de verwerking krijgen<sup>79</sup>.
69. De EDPB heeft eerder aangegeven dat het woord “vrij” een werkelijke keuze en controle voor de betrokkenen [impliceert]” en dat volgens de AVG, “als een betrokkene geen werkelijke keuze heeft, zich gedwongen voelt om toestemming te geven of het voor hem negatieve gevolgen zal hebben als hij niet toestemt, de toestemming niet geldig is”<sup>80</sup>. Zoals de EDPB meermalen heeft benadrukt, kan “toestemming” alleen rechtsgeldig zijn als betrokkenen een werkelijke keuze hebben en er geen sprake is van bedrog, intimidatie of dwang en de betrokkenen ook niet het risico van aanzienlijke negatieve gevolgen lopen wanneer zij niet toestemmen. Toestemming is niet vrij wanneer er sprake is van enige vorm van dwang of van druk of als de betrokkene zijn vrije wil niet kan uitoefenen<sup>81</sup>.
70. De AVG bevat verschillende criteria die moeten worden gebruikt om te beoordelen of de context en de omstandigheden waarin de gegevensverwerking plaatsvindt de betrokkenen voldoende autonomie

---

<sup>76</sup> Hetzelfde geldt voor het intrekken van de toestemming, zie artikel 7, lid 2, AVG.

<sup>77</sup> Zie de overwegingen 7, 42 en 43 AVG. Het transparantiebeginsel en de rechten van betrokkenen voorzien in hoofdstuk III van de AVG zijn verdere voorbeelden van regels die tot doel hebben de zeggenschap van betrokkenen over hun persoonsgegevens te versterken.

<sup>78</sup> Zie in dit verband de EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen, aangezien “misleidende ontwerppatronen”, zoals aangegeven in punt 3, betrokkenen kunnen belemmeren om geïnformeerde en vrije toestemming te verlenen.

<sup>79</sup> In dit verband moeten ook de relevante overwegingen in afdeling 4.2.2 over geïnformeerde toestemming in aanmerking worden genomen.

<sup>80</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 13.

<sup>81</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 24.



bieden om hun toestemming als “vrijelijk verleend” te beschouwen. Zoals uitgelegd door de EDPB in zijn richtsnoeren inzake toestemming, zijn de belangrijkste criteria waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of toestemming geldig is: of de betrokkene nadelige gevolgen ondervindt door geen toestemming te verlenen of deze in te trekken; of er sprake is van een wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke; of toestemming wordt verlangd om toegang te krijgen tot goederen of diensten, ook al is de verwerking niet noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst (conditionaliteit); en of de betrokkene afzonderlijke toestemming kan geven voor verschillende verwerkingsactiviteiten (granulariteit)<sup>82</sup>. Het HvJ-EU heeft in het arrest Bundeskartellamt ook verklaard dat dit de belangrijkste overwegingen zijn bij de beoordeling van de geldigheid van de toestemming van een betrokkene<sup>83</sup>.

71. Per geval moet met betrekking tot de specifieke verwerkingssituatie worden nagegaan of aan de criteria is voldaan. Verwerkingsverantwoordelijken moeten kunnen aantonen dat de toestemming vrijelijk is gegeven. Hoewel de criteria onderling met elkaar verband houden, moet aan elk criterium afzonderlijk worden voldaan op het moment dat een betrokkene toestemming geeft voor verwerking. Als een verwerkingsverantwoordelijke bijvoorbeeld maatregelen neemt om conditionaliteit te vermijden, maar het niet verlenen van toestemming nadelig zou zijn voor de betrokkene, wordt de toestemming niet vrijelijk gegeven.

#### *4.2.1.1 Het aanbieden van een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag*

72. Zoals beschreven in de vorige afdeling, moeten betrokkenen reële en daadwerkelijke keuzevrijheid hebben wanneer zij worden verzocht toestemming te geven voor de verwerking van hun persoonsgegevens. In een dergelijke context hangt de keuzevrijheid van de betrokkene ook af van de opties die aan gebruikers worden geboden.
73. **Het (uitsluitend) aanbieden van een betaald alternatief voor uitvoering van de dienst met verwerking voor reclame op basis van surfgedrag, mag niet de standaardaanpak zijn voor verwerkingsverantwoordelijken.** Integendeel, wanneer zij een alternatief voor de versie van de dienst met reclame op basis van surfgedrag ontwikkelen, **moeten verwerkingsverantwoordelijken overwegen om betrokkenen een “gelijkwaardig alternatief” te bieden dat niet gepaard gaat met de betaling van een vergoeding**, zoals het gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag dat hieronder beschreven wordt.
74. **Indien verwerkingsverantwoordelijken besluiten om betrokkenen een “gelijkwaardig alternatief” te bieden dat de betaling van een vergoeding inhoudt**, benadrukt de EDPB dat bijzondere aandacht moet worden besteed aan de in dit advies genoemde elementen, zoals die in de afdelingen 4.2.1.4.1 en 4.2.1.4.2. Om in dergelijke gevallen een echte keuze te waarborgen en te voorkomen dat gebruikers alleen kunnen kiezen uit het betalen van een vergoeding of het verlenen van toestemming voor verwerking voor reclame op basis van surfgedrag, **moeten verwerkingsverantwoordelijken overwegen om ook een ander gratis alternatief aan te bieden** (“gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag”).
75. Dit alternatief mag geen verwerking voor reclame op basis van surfgedrag met zich meebrengen en **kan bijvoorbeeld een versie van de dienst zijn met een andere vorm van reclame waarbij minder (of geen) persoonsgegevens worden verwerkt**, zoals contextuele of algemene reclame of reclame op basis van onderwerpen die de betrokkene uit een lijst van thema’s die voor hem interessant zijn, heeft

---

<sup>82</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 13 tot en met 54.

<sup>83</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punten 143 tot en met 146.



geselecteerd. Dit houdt ook verband met het beginsel van minimale gegevensverwerking, zoals aangegeven in afdeling 4.1: verwerkingsverantwoordelijken moeten ervoor zorgen dat alleen persoonsgegevens worden verwerkt die nodig zijn voor het aanbieden van dergelijke reclame. Verwerkingsverantwoordelijken moeten in ieder geval in gedachten houden dat zij in voorkomend geval aan artikel 6 AVG en artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn moeten voldoen.

76. Hoewel grote onlineplatforms niet verplicht zijn om altijd gratis diensten aan te bieden, **wordt de keuzevrijheid van betrokkenen vergroot** door dit extra alternatief aan te bieden. **Dit maakt het voor verwerkingsverantwoordelijken gemakkelijker om aan te tonen dat de toestemming vrijelijk wordt verleend.**
77. De EDPB is van mening dat de vraag of er een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag wordt aangeboden **een bijzonder belangrijke factor is bij de beoordeling of betrokkenen een echte keuze kunnen maken** en dus of de toestemming geldig is. Zoals vermeld in zijn reactie op het initiatief van de Commissie voor een “Cookie Pledge”, gaat de EDPB bij de beoordeling van de geldigheid van de toestemming en de vraag of de betrokkene een echte keuze kan maken, onder meer na of aan gebruikers, naast een dienst die gebruikmaakt van volgtechnologie en een betaalde dienst, nog een ander soort dienst wordt aangeboden, zoals een dienst die gepaard gaat met een minder indringende vorm van reclame<sup>84</sup>.
78. Het aanbieden van een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag zou **een belangrijke rol kunnen spelen bij het wegnemen, verminderen of verzachten van de nadelige gevolgen** die gebruikers die geen toestemming geven, ondervinden omdat zij ofwel een vergoeding moeten betalen om toegang te krijgen tot de dienst of daartoe anders geen toegang krijgen.
79. Bovendien kan, zoals eerder opgemerkt door de EDPB, wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding, toestemming alleen worden gebruikt in “uitzonderlijke omstandigheden” en wanneer de verwerkingsverantwoordelijke, in overeenstemming met het verantwoordingsbeginsel, kan aantonen dat er “totaal geen negatieve gevolgen” zijn voor betrokkenen als zij geen toestemming geven, wat met name het geval is wanneer betrokkenen een alternatief wordt geboden dat geen negatieve gevolgen heeft<sup>85</sup>. Vanuit het oogpunt van dit advies zou een dergelijk alternatief kunnen bestaan in het aanbieden van een “gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag”.
80. Of verwerkingsverantwoordelijken een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag aanbieden, kan ook relevant zijn voor de beoordeling van andere aspecten van vrijelijk gegeven toestemming, zoals de vraag of er sprake is van conditionaliteit, zoals uiteengezet in afdeling 4.2.1.4 van dit advies.
81. Wanneer aan betrokkenen verschillende opties worden voorgesteld, moeten de verwerkingsverantwoordelijken er ook voor zorgen dat de betrokkenen volledig begrijpen wat elke optie inhoudt in termen van gegevensverwerking en de gevolgen daarvan. In dit verband moeten ook

---

<sup>84</sup> Reactie van de EDPB op het initiatief van de Commissie voor een vrijwillige toezegging van het bedrijfsleven om het beheer van cookies door consumenten en de keuzes voor gepersonaliseerde reclame te vereenvoudigen, vastgesteld op 13 december 2023, blz. 5 van de bijlage: “Bij de beoordeling of toestemming geldig is, acht de EDPB het onder meer relevant of er naast een dienst die gebruikmaakt van volgtechnologie en een betaalde dienst, nog een ander soort dienst wordt aangeboden, bijvoorbeeld een dienst met een vorm van reclame die minder privacygevoelig is, zoals contextuele reclame, alsook of de betrokkene een echte keuze kan maken.”

<sup>85</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 22 en voorbeeld 5.

de relevante overwegingen in afdeling 4.2.2 over geïnformeerde toestemming in aanmerking worden genomen. De **duidelijkheid van de verschillende opties waaruit kan worden gekozen**, moet ook gewaarborgd worden door het ontwerp van de interface, aangezien misleidende of manipulerende vormgevingen overeenkomstig het behoorlijkheidsbeginsel moeten worden vermeden<sup>86</sup>.

82. De EDPB wijst er ook op dat verwerkingsverantwoordelijken die poortwachters zijn op grond van de digitale marktenverordening en/of zeer grote onlineplatforms op grond van de digitaal dienstenverordening, bij het ontwikkelen van alternatieve opties voor de gebruiker rekening moeten houden met de vereisten die op hen van toepassing zijn<sup>87</sup>.

#### 4.2.1.2 *Nadelige gevolgen*

83. Volgens overweging 42 AVG kan toestemming alleen als vrijelijk verleend worden beschouwd indien de betrokkene een echte keuze heeft en zijn toestemming kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen, dat wil zeggen zonder schade of negatieve gevolgen te ondervinden<sup>88</sup>. Het bestaan van de mogelijkheid om toestemming zonder nadelige gevolgen te weigeren of in te trekken, moet door de verwerkingsverantwoordelijke worden aangetoond<sup>89</sup>.
84. Indien een betrokkene weigert toestemming te geven voor gegevensverwerking voor reclame op basis van surfgedrag, en er geen andere gratis alternatieven zijn om toegang te krijgen tot dezelfde dienst, heeft dit financiële gevolgen voor de betrokkene, aangezien de betrokkene een vergoeding zal moeten betalen om van de dienst gebruik te kunnen maken. Dit is met name het geval wanneer er sprake is van lock-in-effecten en de gebruiker gedurende langere tijd gebruik heeft kunnen maken van de dienst zonder daarvoor een vergoeding te betalen.
85. Om nadelige gevolgen in de zin van overweging 42 AVG te voorkomen en ervoor te zorgen dat betrokkenen de mogelijkheid hebben om een echte keuze te maken, mogen de wijze waarop de dienst wordt aangeboden<sup>90</sup> en de vergoeding (indien van toepassing) niet van dien aard zijn dat betrokkenen feitelijk worden belet een vrije keuze te maken, bijvoorbeeld doordat zij hen op subtiele wijze tot toestemming dwingen. Daarom mag de vergoeding in kwestie ook niet onredelijk hoog zijn: hier wordt verder op ingegaan in afdeling 4.2.1.4.2.

---

<sup>86</sup> Zie de EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en door standaardinstellingen, punt 70. Zie ook de EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerp patronen.

<sup>87</sup> Zie artikel 5, lid 2, digitale marktenverordening. Zie ook overweging 36 van de digitale marktenverordening: "Om ervoor te zorgen dat poortwachters de betwistbaarheid van kernplatformdiensten niet op oneerlijke wijze ondermijnen, moeten zij eindgebruikers in staat stellen om vrij voor zulke gegevensverwerkings- en aanmeldingspraktijken te kiezen (opt-in) door een minder gepersonaliseerd maar gelijkwaardig alternatief aan te bieden, zonder het gebruik van de kernplatformdienst of bepaalde functies daarvan afhankelijk te stellen van de toestemming van de eindgebruiker." Overweging 37 voegt hieraan toe dat: "[h]et minder gepersonaliseerde alternatief niet [mag] verschillen van, of van mindere kwaliteit zijn dan, de dienst die wordt verleend aan de eindgebruikers die toestemming verlenen, tenzij een mindere kwaliteit een rechtstreeks gevolg is van het feit dat de poortwachter de persoonsgegevens niet kan verwerken of eindgebruikers niet kan aanmelden bij een dienst". Zie ook artikel 38 van de digitaal dienstenverordening: "[...] aanbieders van zeer grote onlineplatforms en van zeer grote onlinezoekmachines die gebruikmaken van aanbevelingssystemen [bieden] ten minste één optie aan voor elk van hun aanbevelingssystemen dat niet gebaseerd is op profilering zoals gedefinieerd in artikel 4, punt 4), van Verordening (EU) 2016/679".

<sup>88</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 46 tot en met 48. Zie ook punt 24.

<sup>89</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 46.

<sup>90</sup> Hoewel toestemming vaak met één handeling kan worden verleend, kan het weigeren van toestemming gepaard gaan met een langer en omslachtiger betalingsproces, dat mogelijk weer verdere gegevensverwerking met zich meebrengt.

86. Indien betrokkenen weigeren toestemming te verlenen of hun toestemming intrekken, en de gevraagde vergoeding niet betalen, kunnen zij geen gebruikmaken van de dienst, wat voor hen een nadeel kan vormen. In deze gevallen kunnen verschillende factoren ertoe leiden dat betrokkenen met nadelige gevolgen worden geconfronteerd.
87. Betrokkenen kunnen benadeeld worden als het voor hen onmogelijk wordt gebruik te maken van een dienst die deel uitmaakt van hun dagelijks leven en daarin een prominente rol speelt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een platform dat door veel mensen systematisch wordt gebruikt om informatie te verspreiden die niet gemakkelijk verkrijgbaar is uit andere bronnen, of een platform waarvan het gebruik noodzakelijk is om toegang te krijgen tot bepaalde diensten die relevant zijn voor het dagelijks leven van gebruikers. Het kan hierbij gaan om informatie of communicatie waarvan de gebruikers in hun dagelijks leven afhankelijk zijn, waardoor het voor hen lastiger wordt om niet aan het platform deel te nemen. Dit kan variëren van informatie die belangrijk is in algemene noodsituaties tot informatie die ouders krijgen over de sociale activiteiten voor hun kinderen. Daarnaast kan het betreffende platform een belangrijk forum zijn voor het maatschappelijk debat over politieke, sociale, culturele en economische kwesties.
88. In dezelfde zin kan het gebruik van bepaalde socialemediadiensten bepalend zijn voor de deelname van betrokkenen aan het sociale leven. Gezien de snelle technologische innovaties en het feit dat de meeste mensen online actief zijn, mag de rol die sociale media spelen in het dagelijks leven en de contacten van betrokkenen niet worden onderschat. Voor veel betrokkenen zijn deze platforms een belangrijk middel om in contact te blijven met mensen die zij in hun dagelijks leven niet persoonlijk kunnen zien, zoals vrienden en/of familie. Aangezien sociale media een bijzonder waardevol en handig alternatief vormen voor persoonlijke interactie, kan de uitsluiting ervan belangrijke gevolgen hebben voor het emotionele en psychologische welzijn van bepaalde gebruikers. In bovengenoemde gevallen kunnen betrokkenen worden uitgesloten van de sociale interactie die op het platform plaatsvindt en zich derhalve sociaal geïsoleerd voelen, met name wanneer er geen alternatieve dienst voorhanden is die een vergelijkbare ervaring biedt en ook door de sociale contacten van de betrokkene wordt gebruikt. Hetzelfde geldt voor deelname aan online discussiefora. Betrokkenen kunnen worden uitgesloten van deelname aan deze onlinefora, ook al vormen deze nu een belangrijk onderdeel van de debatten die online worden gevoerd.
89. Betrokkenen kunnen ook nadeel ondervinden als hun de toegang tot professionele of op de arbeidsmarkt gerichte platforms wordt ontzegd omdat zij geen vergoeding willen betalen en geen toestemming voor verwerking geven. Meer specifiek kunnen hun mogelijkheden om werk te vinden of professionele netwerken op te bouwen en/of in stand te houden, negatief worden beïnvloed, kunnen zij zich benadeeld voelen ten opzichte van gebruikers die wel toegang hebben tot de dienst of belet worden belangrijke ontwikkelingen op hun respectieve werkgebieden te volgen.
90. Bovendien zijn nadelige gevolgen waarschijnlijker, en mogelijk ook ernstiger, in het geval van grote onlineplatforms die **lock-in- of netwerkeffecten** genereren. De nadelige gevolgen van de uitsluiting van een dienst **kunnen nog belangrijker zijn voor de gebruikers van onlineplatforms die in het begin geen “consent or pay”-modellen hanteerden, maar in een later stadium hebben besloten om deze in te voeren.**
91. **Netwerkeffecten** kunnen het voor betrokkenen moeilijker maken om zonder negatieve gevolgen af te zien van toegang tot de dienst. Dit is met name relevant voor platforms die afhankelijk zijn van door gebruikers gegenereerde inhoud of de interactie tussen gebruikers, zoals platforms voor het delen van video's/beelden en communicatieplatforms, zoals sociale media, datingplatforms, discussiefora of boekingsplatforms met een groot aantal gebruikers. Wanneer een platform een groot

gebruikersbestand heeft, kunnen nieuwe en bestaande gebruikers ervan uitgaan dat aanwezigheid op dat specifieke platform noodzakelijk is om deel te nemen aan een digitale gemeenschap waarvan hun vrienden, familie of collega's onderdeel uitmaken, of om deel te nemen aan politieke discussies of gesprekken. Anderen kunnen het gevoel hebben dat zij vanuit professioneel oogpunt gebruik moeten maken van een dienst of dat zij, als ouders, bepaalde sites moeten gebruiken om informatie te krijgen die voor hun kinderen van belang is, zoals onlinegroepen van ouders die sociale activiteiten voor kinderen plannen. De optie om niet actief te zijn op het platform of een andere dienst te gebruiken, kan onrealistisch zijn, aangezien het voor een individuele gebruiker bijvoorbeeld moeilijk is om zijn sociale, professionele of politieke contacten ervan te overtuigen van die ene dienst over te stappen naar een andere dienst die zijn gebruikers niet volgt.

92. **Lock-in-effecten** kunnen ook nadelig zijn voor betrokkenen. Gebruikers die een platform al een tijdje gebruiken, hebben mogelijk al tijd geïnvesteerd in hun aanwezigheid op het platform, bijvoorbeeld om relaties en contacten met andere gebruikers op te bouwen, inhoud te creëren, volgers en “likes” te verzamelen enz. Dit effect wordt nog versterkt wanneer een gebruiker veel tijd op het platform heeft doorgebracht, bv. wanneer het platform al langere tijd bestaat. Wanneer aan dergelijke gebruikers wordt gevraagd een vergoeding te betalen of toestemming te geven voor de verwerking van hun persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag om de dienst te blijven gebruiken, maar zij dit weigeren en de toegang tot de dienst kwijtraken, kunnen zij hun activiteiten, volgers en contacten mogelijk niet overbrengen naar een nieuw platform en/of kunnen zij inhoud en informatie verliezen die zij hebben gecreëerd of verzameld tijdens het gebruik van de dienst. Dit kan allerlei materiaal betreffen, zoals persoonlijke correspondentie, lijsten met contacten, zoekgeschiedenis, opgeslagen voorkeuren, beelden, dashboards, verschillende soorten gepersonaliseerde databanken enz. Voor iemand die inhoud creëert op een website voor het delen van media kan dit een zeer aanzienlijk en mogelijk onherstelbaar verlies betekenen, in de vorm van potentiële financiële verliezen, het verlies van een portfolio die een maker in de loop der jaren op een platform heeft opgebouwd en het verlies van volgers.
93. In dit verband is het belangrijk te herinneren aan het belang van de rechten van de betrokkene en aan het feit dat deze rechten altijd door de verwerkingsverantwoordelijke moeten worden geëerbiedigd. Zelfs wanneer betrokkenen geen toegang meer hebben tot de dienst, hebben zij nog steeds het recht om hun rechten als betrokkene uit hoofde van de AVG uit te oefenen, bijvoorbeeld het recht op inzage in hun persoonsgegevens en het recht op gegevensoverdraagbaarheid. Het is de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke om betrokkenen hiervan in kennis te stellen wanneer hun de keuze wordt geboden om al dan niet toestemming voor verwerking te geven, alsook om ervoor te zorgen dat de mogelijkheid om deze rechten uit te oefenen behouden blijft.
94. Indien sprake is van een van de in de bovenstaande punten (niet-limitatief) beschreven negatieve gevolgen, zou het bieden van de keuze tussen een betaalde dienst en het geven van toestemming voor een dienst met reclame op basis van surfgedrag gevolgen hebben voor de mogelijkheid voor betrokkenen om een echte keuze te maken en hun toestemming te weigeren zonder nadelige gevolgen.
95. In het licht van het bovenstaande zal er waarschijnlijk sprake zijn van nadelige gevolgen wanneer grote onlineplatforms een “consent or pay”-model gebruiken om toestemming te verkrijgen voor de verwerking. Zoals vermeld in afdeling 4.2.1.1 zou het aanbieden van een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag een belangrijke rol kunnen spelen bij het wegnemen, verminderen of verzachten van de nadelige gevolgen die gebruikers die geen toestemming geven, ondervinden omdat

zij ofwel een vergoeding betalen om toegang te krijgen tot de dienst of daartoe anders geen toegang krijgen.

#### 4.2.1.3 Wanverhouding

96. In het eerste deel van overweging 43 AVG wordt gesteld dat de machtsverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke relevant is bij de beoordeling of de betrokkene vrijelijk toestemming heeft gegeven:
- “Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. [...]”
97. Aangezien “vrijelijk gegeven” betekent dat de autonomie van de betrokkene moet worden geëerbiedigd, moet rekening worden gehouden met de positie van de verwerkingsverantwoordelijke en de macht waarover deze verantwoordelijke beschikt ten aanzien van de betrokkenen. Als er in een bepaalde situatie sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene, kunnen betrokkenen zich gedwongen voelen een besluit te nemen dat zij anders niet zouden hebben genomen, hetgeen afbreuk doet aan hun keuzevrijheid. Zoals hierboven aangegeven, wordt in overweging 43 AVG duidelijk gemaakt dat toestemming in een situatie met een duidelijke wanverhouding in de regel niet als rechtsgrondslag kan worden gebruikt.
98. Zoals eerder opgemerkt door de EDPB, kan wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding, toestemming alleen worden gebruikt in “uitzonderlijke omstandigheden” en wanneer de verwerkingsverantwoordelijke, in overeenstemming met het verantwoordingsbeginsel, kan aantonen dat er “totaal geen negatieve gevolgen” zijn voor betrokkenen als zij geen toestemming geven, wat met name het geval is wanneer betrokkenen een alternatief wordt geboden dat geen negatieve gevolgen heeft<sup>91</sup>. Vanuit het oogpunt van dit advies zou een dergelijk alternatief kunnen bestaan in het aanbieden van een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag (zie afdeling 4.2.1.1).
99. Alle verwerkingsverantwoordelijken die toestemming als rechtsgrondslag gebruiken, moeten beoordelen of er sprake is van een duidelijke wanverhouding. Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een “groot onlineplatform” is in de zin van dit advies, kan naar bepaalde elementen worden gekeken om na te gaan of er sprake is van een situatie van duidelijke wanverhouding. Verschillende van deze niet-limitatieve en niet-cumulatieve factoren worden hieronder opgesomd. Sommige daarvan zullen relevanter zijn voor bepaalde verwerkingsverantwoordelijken dan voor andere. Deze factoren moeten altijd van geval tot geval worden beoordeeld.
100. Een eerste factor die relevant kan zijn, is de **positie van de onderneming op de markt**. In dit verband wordt erop gewezen dat de wanverhouding duidelijker kan zijn wanneer er een formele relatie bestaat tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene, bijvoorbeeld wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie of een werkgever is<sup>92</sup>. Zoals de EDPB eerder heeft opgemerkt, zijn wanverhoudingen niet beperkt tot overheidsinstanties en werkgevers en

---

<sup>91</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 22 en voorbeeld 5.

<sup>92</sup> Zie ook de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, afdeling 3.1.1.

kunnen zij zich ook in andere situaties voordoen<sup>93</sup>. Hierbij moeten altijd de feitelijke en specifieke factoren worden beoordeeld waarvan sprake is in het individuele geval.

101. De AVG bevat geen expliciete aanwijzingen over welke rol de positie van een verwerkingsverantwoordelijke op de markt speelt bij de beoordeling of er sprake is van een duidelijke wanverhouding. Het HvJ-EU heeft in het arrest Bundeskartellamt verklaard dat het bestaan van een machtspositie “tot een duidelijke wanverhouding [kan] leiden”<sup>94</sup>. Het Hof heeft ook verklaard dat dit een “belangrijk element” is bij de beoordeling<sup>95</sup>.
102. “Machtspositie” is een bekende term in het mededingingsrecht van de EU. Verwerkingsverantwoordelijken van grote onlineplatforms zouden de overwegingen die worden gehanteerd bij het bepalen van de machtspositie van een onderneming ook kunnen gebruiken bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een duidelijke wanverhouding. Deze overwegingen omvatten het definiëren van de relevante markt (zoals de productmarkt en de geografische markt) en het bepalen van zowel het marktaandeel als de belemmeringen voor toetreding of uitbreiding<sup>96</sup>.
103. Bovendien heeft de advocaat-generaal in zijn conclusie in de zaak aangegeven dat een verwerkingsverantwoordelijke geen “machtspositie” in de zin van artikel 102 VWEU hoeft te hebben om zijn marktmacht relevant te achten voor de handhaving van de AVG<sup>97</sup>. De EDPB deelt het standpunt van de advocaat-generaal hierover.
104. Er wordt echter op gewezen dat het HvJ-EU heeft verklaard dat de geldigheid van de toestemming van een betrokkene moet worden beoordeeld in het licht van artikel 4, punt 11, en artikel 7 AVG en de overwegingen daarvan. Bovendien hebben de regels inzake geldige toestemming tot doel de autonomie en de keuzevrijheid van de betrokkenen te waarborgen. Volgens de EDPB moeten verwerkingsverantwoordelijken per geval beoordelen of de keuzevrijheid van de betrokkenen ingeperkt is. De vraag of een verwerkingsverantwoordelijke al dan niet een “machtspositie” heeft, is weliswaar relevant voor de beoordeling van het bestaan van een wanverhouding, maar is op zichzelf niet bepalend voor de geldigheid van de toestemming.
105. Gelet op het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat zich, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, situaties kunnen voordoen waarin toezichthoudende autoriteiten kunnen concluderen dat er sprake is van een duidelijke wanverhouding in de zin van de AVG, zonder dat er een machtspositie wordt vastgesteld. De cruciale vraag is of de positie van de verwerkingsverantwoordelijke op de markt, op zichzelf of in combinatie met andere factoren, de betrokkenen tot de overtuiging brengt dat er voor hen geen realistische alternatieve diensten beschikbaar zijn, zoals platforms voor het delen van video’s, vacatureportalen of platforms voor het kopen en verkopen van bepaalde producten en diensten.
106. Meer in het algemeen moet, zoals al in afdeling 4.1 is aangegeven, het machtsevenwicht, in overeenstemming met het behoorlijkheidsbeginsel, een belangrijk criterium zijn bij de beoordeling van

---

<sup>93</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 24.

<sup>94</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 149.

<sup>95</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 154.

<sup>96</sup> Een algemene methode voor het bepalen van de relevante markt is te vinden in Bekendmaking C/2024/1645 van de Commissie. Zie ook de mededeling van de Commissie — Richtsnoeren voor de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), PB C 45 van 24.2.2009, blz. 7, als gewijzigd in 2023 (C/2023/1923, PB C 116 van 31.3.2023, blz. 1).

<sup>97</sup> Zaak C-252/21, conclusie van advocaat-generaal Rantos van 20 september 2022, ECLI:EU:C:2022:704, punt 75.

de relatie tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene: machtsverschillen moeten worden vermeden of, wanneer dit niet mogelijk is, moeten zij worden erkend en moeten er passende tegenmaatregelen worden genomen<sup>98</sup>. Dit is bedoeld om ervoor te zorgen dat betrokkenen daadwerkelijk een vrije keuze kunnen maken wanneer zij toestemming geven voor de verwerking van persoonsgegevens.

107. Bij de beoordeling of er sprake is van een duidelijke wanverhouding, zijn ook de overwegingen in afdeling 4.2.1.2 relevant. In het geval van grote onlineplatforms die “consent or pay”-modellen toepassen, houden de criteria van “wanverhouding” en “nadelige gevolgen” bij de beoordeling van de vraag of toestemming vrijelijk wordt gegeven immers nauw met elkaar verband.
108. Met name netwerk- of lock-in-effecten, zoals hierboven beschreven, kunnen het voor een gebruiker moeilijker of onrealistisch maken om een andere dienst te kiezen. In gevallen waarin het platform een veel groter gebruikersbestand heeft dan de relevante alternatieven, of de gebruiker flink in het platform heeft geïnvesteerd, kan deze zich genoodzaakt voelen om het platform te blijven gebruiken; in deze gevallen kan het kiezen voor een andere dienst of het overtuigen van sociale, professionele of politieke contacten om naar een andere dienst over te stappen, lastig zijn. Zoals hierboven uiteengezet, kunnen lock-in-effecten er bovendien toe leiden dat populaire of relevante inhoud bij een bepaald platform is geconcentreerd, wat ook van invloed kan zijn op het machtsverevenwicht met betrekking tot nieuwe gebruikers die toegang tot die inhoud willen krijgen.
109. Bijzondere voorzichtigheid is geboden bij platforms die een groot gebruikersbestand hebben opgebouwd en hun diensten kosteloos aan alle gebruikers aanbieden. Dit soort platforms hebben mogelijk een groot aantal gebruikers aangetrokken die niet bereid of in staat zijn een vergoeding te betalen en die voor de dienst hebben gekozen in het vertrouwen dat deze hun niets zou kosten. Gebruikers kunnen in de loop van de tijd steeds afhankelijker zijn geworden van de dienst, onder meer als gevolg van netwerk- en lock-in-effecten. Als een dergelijke dienst vervolgens de gebruikers de keuze geeft tussen de verwerking van hun persoonsgegevens en het betalen van een vergoeding, kan dit worden gezien als een voorbeeld van misbruik van een duidelijke wanverhouding ten aanzien van de gebruikers, aangezien gebruikers in deze situatie waarschijnlijk geen vrije keuze kunnen maken.
110. Een andere belangrijke factor bij de beoordeling van de wanverhouding is de mate waarin de betrokkene **afhankelijk is van de verleende dienst**. Betrokkenen zullen niet het gevoel hebben dat er sprake is van een werkelijk vrije keuze als zij de dienst van essentieel belang achten, bijvoorbeeld om werk te zoeken, toegang te krijgen tot essentiële informatie voor hun dagelijks leven of om deel te nemen aan het openbare debat<sup>99</sup>.
111. Daarnaast is de **doelgroep of de voornaamste gebruikersgroep** van het platform een element waarmee rekening moet worden gehouden. Als het platform bijvoorbeeld in de eerste plaats gericht is op kinderen, door het ontwerp of de marketing van de dienst, of als het voornamelijk wordt gebruikt door kinderen of andere kwetsbare personen, kan dit ook leiden tot een duidelijke wanverhouding tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkenen<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> EDPB-richtsnoeren inzake gegevensbescherming door ontwerp en standaardinstellingen, punt 70.

<sup>99</sup> In deze gevallen kunnen betrokkenen zich gedwongen voelen om te accepteren dat zij gevolgd zullen worden. De EDPB heeft eerder verklaard dat toestemming alleen geldig kan zijn als er geen sprake is van elementen van dwang of druk. Zie de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 24.

<sup>100</sup> In dit verband herinnert de EDPB eraan dat exploitanten van onlineplatforms op grond van de digitale dienstenverordening op hun interface geen reclame mogen tonen op basis van profilering, zoals

112. De bovengenoemde gevallen bieden voorbeelden van elementen die, indien aanwezig, kunnen leiden tot een wanverhouding in de relatie tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke.
113. Een verwerkingsverantwoordelijke kan echter aanvoeren dat betrokkenen niet gedwongen worden om toestemming te geven of te betalen. Zij kunnen ervoor kiezen de dienst helemaal niet te gebruiken of een andere dienst te gebruiken die persoonsgegevens niet op dezelfde manier verwerkt als de verwerkingsverantwoordelijke. Ten eerste kunnen de hierboven beschreven elementen leiden tot een situatie waarin gebruikers praktisch gezien geen echte keuze hebben om het gebruik van de dienst te weigeren. Ten tweede heeft de EDPB, zoals vermeld in afdeling 4.2.1.4.1, in zijn richtsnoeren inzake toestemming aangegeven dat toestemming niet als vrijelijk gegeven kan worden beschouwd louter omdat er een soortgelijke dienst wordt verleend door een andere verwerkingsverantwoordelijke die geen toestemming vraagt voor de verwerking van persoonsgegevens voor aanvullende doeleinden<sup>101</sup>.

#### 4.2.1.4 *Conditionaliteit*

114. Overeenkomstig artikel 7, lid 4, AVG moet bij de beoordeling of toestemming vrijelijk wordt gegeven zoveel mogelijk rekening worden gehouden met de vraag of de betrokkenen worden verzocht toestemming te verlenen voor verwerkingsactiviteiten die niet objectief noodzakelijk zijn voor de overeenkomst<sup>102</sup>, teneinde toegang te krijgen tot de dienst<sup>103</sup>.
115. De EDPB heeft in zijn richtsnoeren inzake toestemming verklaard dat een verwerkingsverantwoordelijke zou kunnen aanvoeren dat de betrokkenen een echte keuze wordt geboden als zij kunnen kiezen tussen een dienst die toestemming omvat voor het gebruik van persoonsgegevens voor aanvullende doeleinden enerzijds, en een gelijkwaardige dienst, aangeboden door dezelfde verwerkingsverantwoordelijke, die geen toestemming omvat voor het gebruik van gegevens voor aanvullende doeleinden anderzijds, en dat er geen sprake is van een voorwaardelijke dienst indien het mogelijk is de dienst te laten verlenen zonder dat er toestemming hoeft te worden verleend voor ander gebruik van de betreffende gegevens<sup>104</sup>.
116. Onlangs heeft het HvJ-EU in het arrest Bundeskartellamt verklaard dat, wanneer gegevensverwerkingshandelingen niet strikt noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst, de gebruikers vrij moeten zijn om hun toestemming voor dergelijke verwerkingen te weigeren zonder ertoe te worden gedwongen volledig af te zien van het gebruik van de dienst<sup>105</sup>. In dit verband wordt

---

gedefinieerd in artikel 4, lid 4, AVG, waarbij gebruik wordt gemaakt van persoonsgegevens van de afnemer van de dienst wanneer zij zich er met redelijke zekerheid van bewust zijn dat de afnemer van de dienst minderjarig is (zie artikel 28, lid 2, van de digitaal dienstenverordening).

<sup>101</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 38.

<sup>102</sup> Richtsnoeren 2/2019 van de EDPB over de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 6, lid 1, punt b), AVG in het kader van de verlening van onlinediensten aan betrokkenen, versie 2.0, vastgesteld op 8 oktober 2019 (hierna: “EDPB-richtsnoeren inzake artikel 6, lid 1, punt b), AVG”, punten 30 tot en met 33.

<sup>103</sup> Zie in dit verband ook overweging 43 AVG en de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 25 tot en met 41.

<sup>104</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 37.

<sup>105</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 150. In punt 102 van het deel dat betrekking heeft op de toepasselijkheid van artikel 6, lid 1, punt b), als wettige grondslag voor verwerking, merkt het Hof van Justitie ook op dat de verstrekking van gepersonaliseerde inhoud “weliswaar nuttig is voor de gebruiker”, maar “niet noodzakelijk lijkt om hem de diensten van het online sociale netwerk aan te bieden”, zodat hem voor deze diensten “[i]n voorkomend geval [...] een gelijkwaardig alternatief [kan] worden verstrekt waarvoor een dergelijke personalisatie niet nodig is, zodat deze niet objectief onontbeerlijk is voor een doel dat integrerend deel uitmaakt van die diensten”.



in het arrest van het HvJ-EU melding gemaakt van de verplichting om “een gelijkwaardig alternatief [aan te bieden] dat niet gepaard gaat met dergelijke gegevensverwerkingshandelingen” (“in voorkomend geval tegen een passende vergoeding”)<sup>106</sup>.

117. Uit deze overweging van het HvJ-EU blijkt dat “consent or pay”-modellen in beginsel niet verboden zijn. Het Hof biedt evenwel geen nadere precisering van de betekenis van de uitdrukkingen “gelijkwaardig alternatief” en “in voorkomend geval tegen een passende vergoeding”. De EDPB wenst derhalve te verduidelijken dat het dit deel van het arrest zo interpreteert dat aan betrokkenen die ervoor kiezen geen toestemming te verlenen, een “gelijkwaardig alternatief” moet worden aangeboden: op deze manier kan voorkomen worden dat betrokkenen worden geconfronteerd met een vorm van conditionaliteit die hun toestemming ongeldig maakt. Zie in dit verband punt 73.
118. Deze overweging van het HvJ-EU heeft echter voornamelijk betrekking op het aspect conditionaliteit. Verwerkingsverantwoordelijken moeten ervoor zorgen dat aan alle voorwaarden voor het vrijelijk verlenen van toestemming wordt voldaan als zij willen dat deze geldig is. Daarom zal altijd van geval tot geval moeten worden beoordeeld of de toestemming geldig is.

#### 4.2.1.4.1 Een “gelijkwaardig alternatief” bieden

119. De EDPB wil criteria bieden die kunnen helpen om te beoordelen of een alternatieve versie van de dienst moet worden beschouwd als gelijkwaardig aan de versie van de dienst die wordt verstrekt op voorwaarde van toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag (in dit deel aangeduid als de “**versie met reclame op basis van surfgedrag**”). De EDPB heeft in dit verband benadrukt dat “beide diensten daadwerkelijk gelijkwaardig [moeten] zijn”<sup>107</sup>.
120. De EDPB heeft aangegeven dat toestemming niet als vrijelijk gegeven kan worden beschouwd indien een verwerkingsverantwoordelijke aanvoert dat er een keuze bestaat tussen zijn dienst (die toestemming voor het gebruik van persoonsgegevens voor aanvullende doeleinden omvat) en een gelijkwaardige dienst die door een andere verwerkingsverantwoordelijke wordt aangeboden, aangezien de keuzevrijheid afhankelijk zou worden gemaakt van wat andere spelers op de markt doen en of een betrokkene de diensten van de andere verwerkingsverantwoordelijke echt gelijkwaardig vindt<sup>108</sup>. In dit verband wordt in dit advies dan ook gesproken over een **alternatieve versie van de betrokken dienst die door dezelfde verwerkingsverantwoordelijke wordt aangeboden** en waarbij geen toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag wordt gevraagd (hierna de “**alternatieve versie**” genoemd).
121. Als de alternatieve versie slechts voor zover noodzakelijk verschilt van de versie met reclame op basis van surfgedrag omdat de verwerkingsverantwoordelijke niet in staat is persoonsgegevens te verwerken voor reclame op basis van surfgedrag, kan zij in beginsel als gelijkwaardig worden beschouwd.
122. In andere gevallen kan de beoordeling, waarbij de versie met reclame op basis van surfgedrag als uitgangspunt wordt genomen, afhangen van de vraag of de alternatieve versie in wezen dezelfde elementen en functies bevat. Hoewel er sprake is van gelijkwaardigheid wanneer de alternatieve versie

---

<sup>106</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 150.

<sup>107</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 37.

<sup>108</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 38.

in beginsel dezelfde kenmerken en functies omvat (functionele gelijkwaardigheid), hoeven de alternatieve versie en de versie met reclame op basis van surfgedrag niet geheel identiek te zijn.

123. Indien de alternatieve versie vergeleken met de versie met reclame op basis van surfgedrag niet van een andere of mindere kwaliteit is en er geen gebruiksfuncties verloren gaan (tenzij eventuele veranderingen een rechtstreeks gevolg zijn van het feit dat de verwerkingsverantwoordelijke niet in staat is persoonsgegevens te verwerken voor de doeleinden waarvoor toestemming is gevraagd)<sup>109</sup>, kan de alternatieve versie waarschijnlijk worden geacht werkelijk gelijkwaardig te zijn aan de versie met reclame op basis van surfgedrag.
124. Hoe meer de alternatieve versie verschilt van de versie met reclame op basis van surfgedrag, hoe minder waarschijnlijk het is dat de alternatieve versie als echt gelijkwaardig kan worden beschouwd, hoewel dit van geval tot geval moet worden beoordeeld.
125. Gelijkwaardigheid — d.w.z. “met dezelfde waarde” — wijst op twee verschillende aspecten. Enerzijds zouden gebruikers, zoals hierboven aangegeven, geen echte keuze hebben als de alternatieve versie van een lagere kwaliteit is of minder rijk is aan functionaliteiten dan de versie met reclame op basis van surfgedrag.
126. Anderzijds moet de mogelijkheid om aanvullende functies op te nemen in de alternatieve versie met de nodige omzichtigheid worden beoordeeld: de reden hiervoor is dat de gelijkwaardigheid van de verschillende versies van de dienst, zoals hierboven beschreven, daadwerkelijk behouden moet blijven en dat de gebruikers een echte keuze moeten kunnen maken.
127. Belangrijk is dat het HvJ-EU het heeft over het aanbieden van een gelijkwaardig alternatief “**dat niet gepaard gaat met dergelijke gegevensverwerking**”<sup>110</sup>, d.w.z. gegevensverwerking die niet noodzakelijk is voor het verlenen van de dienst en waarvoor toestemming vereist is. Aangezien verwerking voor reclame op basis van surfgedrag niet noodzakelijk is voor het verlenen van de dienst en toestemming vereist, moet deze verwerking in de alternatieve versie achterwege blijven. De EDPB herinnert eraan dat dit zich niet beperkt tot het tonen van advertenties aan betrokkenen die gepersonaliseerd zijn op basis van hun profiel, zoals aangegeven in de definitie van reclame op basis van surfgedrag in afdeling 2.1.2. Dit geldt ook voor de verschillende verwerkingsactiviteiten die verwerkingsverantwoordelijken verrichten om reclame op basis van surfgedrag aan te bieden, te beginnen bij het volgen van gebruikers voor dit doeleinde. Daarom moeten in de alternatieve versie in beginsel ook verwerkingen achterwege blijven die een basisvoorwaarde zijn voor verwerking voor reclame op basis van surfgedrag<sup>111</sup>.
128. De EDPB wijst er evenwel op dat wanneer verwerkingsverantwoordelijken bij de alternatieve versie gebruikers volgen voor andere doeleinden dan reclame op basis van surfgedrag, bijvoorbeeld voor beveiligingsdoeleinden, deze verwerkingen niet noodzakelijkerwijs achterwege hoeven te worden gelaten, mits zij volledig voldoen aan de vereisten van de AVG, met inbegrip van de verplichting om

---

<sup>109</sup> Zie ook de overwegingen 36 en 37 van de digitalemarktenverordening. Met betrekking tot de voorwaarden voor de gelijkwaardigheid van een dienst verduidelijkt deze verordening: “Het minder gepersonaliseerde alternatief mag niet verschillen van, of van mindere kwaliteit zijn dan, de dienst die wordt verleend aan de eindgebruikers die toestemming verlenen”. Hoewel de digitalemarktenverordening zich niet uitlaat over de aard van dat “minder gepersonaliseerde” alternatief, kunnen de daarin geformuleerde beginselen in dit verband nuttig zijn. Zie ook afdeling 4.2.1.2 (“Nadelige gevolgen”).

<sup>110</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 150.

<sup>111</sup> Deze fasen kunnen bestaan uit het observeren van het gedrag van de gebruiker en het verzamelen van de persoonsgegevens die nodig zijn voor gepersonaliseerde reclame.

zich te baseren op een passende rechtsgrondslag uit hoofde van artikel 6 AVG en artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn.

129. Bovendien is naleving van de beginselen van transparantie en behoorlijkheid<sup>112</sup> en van de transparantieverplichtingen van cruciaal belang, zoals benadrukt in afdeling 4.2.2 over “geïnformeerde toestemming”, mede om te waarborgen dat de gebruiker een echte keuze heeft. Daarom moet de gebruiker alle door de verwerkingsverantwoordelijke geboden alternatieve opties volledig kunnen vergelijken. Gebruikers moeten begrijpen wat de gevolgen zijn als zij instemmen met verwerking voor reclame op basis van surfgedrag, en wat de gevolgen zijn als zij kiezen voor de alternatieve versie. Aan de gebruiker moet ook inzicht worden geboden in de gevolgen van zijn keuze voor de verwerkingen die in elk afzonderlijk geval worden uitgevoerd en in wat de specifieke kenmerken zijn van de aangeboden alternatieve opties.

#### 4.2.1.4.2 “In voorkomend geval tegen een passende vergoeding”

130. De EDPB herinnert er in de eerste plaats aan **dat persoonsgegevens niet als handelswaar mogen worden beschouwd**<sup>113</sup>. Het recht op gegevensbescherming is onder meer verankerd in artikel 8 van het Handvest van de grondrechten en is een recht dat voor iedereen geldt, ongeacht of iemand een betalende klant is of aan andere financiële voorwaarden voldoet.
131. Hoewel in de Engelse versie van het arrest van het Hof staat dat van gebruikers die geen toestemming geven “if necessary” een passende vergoeding kan worden gevraagd, worden in de overige taalversies voor dit element van de beoordeling andere termen gehanteerd. In de Franse versie wordt bijvoorbeeld de term “le cas échéant” gebruikt, terwijl in de Duitse versie “gegebenfalls” wordt gebruikt. De EDPB is van mening **dat er sprake moet zijn van bepaalde omstandigheden wil er een vergoeding kunnen worden verlangd**, rekening houdend met zowel de mogelijke alternatieven voor reclame op basis van surfgedrag die de verwerking van minder persoonsgegevens met zich meebrengen, als met de positie van betrokkenen. Dit kan worden opgemaakt uit **de woorden “noodzakelijk” en “passend”**, die echter niet zodanig mogen worden uitgelegd dat het eisen van een vergoeding “noodzakelijk” moet zijn in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest en het Unierecht inzake gegevensbescherming. Deze formulering moet worden geïnterpreteerd op een wijze die verenigbaar is met de verschillende taalversies van het arrest.
132. Met andere woorden, **verwerkingsverantwoordelijken moeten per geval beoordelen of een vergoeding überhaupt passend is en welk bedrag in de gegeven omstandigheden passend zou zijn, rekening houdend met de vereisten voor geldige toestemming voorzien in de AVG en de noodzaak om te voorkomen dat het grondrecht op gegevensbescherming een onderdeel van de dienstverlening wordt waarvoor betrokkenen moeten betalen, of een extra service die is voorbehouden aan de welgestelden of mensen die het zich kunnen veroorloven.**
133. Hoewel in het arrest Bundeskartellamt niet wordt gespecificeerd op grond van welke elementen moet worden bepaald of een vergoeding passend is, wijst de EDPB erop dat de beoordeling van de geldigheid van de toestemming plaatsvindt op basis van de wetgeving inzake gegevensbescherming. Dit betekent **dat de beoordeling van de geldigheid van de toestemming gebaseerd moet zijn op de beginselen van gegevensbescherming en de doelstellingen die met de AVG worden nagestreefd.**
134. Wanneer verwerkingsverantwoordelijken een betaalde dienst aanbieden als alternatief voor een dienst met gepersonaliseerde reclame op basis van de verwerking van persoonsgegevens waarvoor

---

<sup>112</sup> Zie artikel 5, lid 1, punt a), AVG.

<sup>113</sup> EDPB-richtsnoeren inzake artikel 6, lid 1, punt a), AVG, punt 54; Richtlijn 2019/770, overweging 24.

toestemming nodig is, moeten zij er onder meer voor zorgen **dat de vergoeding voor de betrokkenen geen beletsel vormt om hun toestemming te weigeren, noch hen dwingt om toestemming te verlenen**. Verwerkingsverantwoordelijken moeten beoordelen **of zij betrokkenen een echte keuze bieden of hen op subtiële wijze tot toestemming dwingen**. Wanneer een vergoeding wordt gevraagd, moet de **autonomie** van de betrokkenen worden geëerbiedigd en moeten zij daadwerkelijk de keuze hebben om daarmee al dan niet in te stemmen. Verwerkingsverantwoordelijken moeten beoordelen of de vergoeding voor de betaalde versie van de dienst betrokkenen de mogelijkheid biedt op geldige wijze toestemming te geven voor de verwerking van hun persoonsgegevens als die versie reclame op basis van surfgedrag omvat.

135. Om te bepalen of de vergoeding een belemmering vormt voor de betrokkene om toestemming te verlenen, moeten verwerkingsverantwoordelijken met name letten op de beginselen van gegevensbescherming voorzien in artikel 5 AVG. **Behoorlijkheid** moet een leidend beginsel zijn<sup>114</sup> bij het beantwoorden van de vraag wat in een bepaald geval een passende vergoeding is. Door betrokkenen aanvullende opties te bieden, zoals besproken in afdeling 4.2.1.1, wordt het gemakkelijker om de vergoeding die voor toegang tot de dienst wordt gevraagd aan gebruikers die geen toestemming geven, als eerlijk aan te merken, aangezien aan gebruikers een grotere keuzevrijheid wordt geboden.
136. Het **verantwoordingsbeginsel** van artikel 5, lid 2, AVG is in dit verband van essentieel belang. Bedrijven zijn vrij om hun eigen prijzen vast te stellen en te bepalen wat voor verdienmodel zij hanteren, maar dit recht moet worden afgewogen tegen het grondrecht van personen op bescherming van hun persoonsgegevens. Het verantwoordingsbeginsel houdt in dat verwerkingsverantwoordelijken gehouden zijn ervoor te zorgen (en te documenteren) dat toestemming vrijelijk wordt gegeven als zij een vergoeding in rekening brengen voor toegang tot de versie van de dienst zonder reclame op basis van surfgedrag. Verwerkingsverantwoordelijken moeten hun keuzes en de beoordeling of een bepaalde vergoeding in het specifieke geval passend is, documenteren om aan te tonen dat het vragen van een vergoeding er in dat concrete geval niet toe leidt dat het vrijelijk verlenen van toestemming feitelijk onmogelijk wordt.
137. Zoals aangegeven in punt 32 **zijn de toezichthoudende autoriteiten belast met de handhaving van de AVG, met inbegrip van de vereisten inzake geldige toestemming**. Dit omvat ook de gevolgen die een vergoeding kan hebben voor de keuzevrijheid van betrokkenen. Hoewel het aan de verwerkingsverantwoordelijken is om de hoogte van de vergoeding vast te stellen, kunnen toezichthoudende autoriteiten, indien zij constateren dat de toestemming niet vrijelijk wordt gegeven of dat het verantwoordingsbeginsel niet in acht is genomen, ingrijpen en corrigerende maatregelen nemen. In dit verband zijn zij bevoegd om de beoordeling die verwerkingsverantwoordelijken hebben gemaakt van de passendheid van de vergoeding te toetsen of te evalueren. Het is aan de toezichthoudende autoriteiten om vast te stellen in hoeverre het gepast is om dit te onderzoeken<sup>115</sup>.
138. De EDPB benadrukt dat de handhaving van de AVG een taak van de toezichthoudende autoriteiten is. Het beoordelen van de vraag of toestemming geldig en vrijelijk is gegeven, is geen taak die kan worden uitbesteed. Er zijn echter tal van situaties waarin toezichthoudende autoriteiten baat kunnen hebben bij raadpleging van autoriteiten op andere rechtsgebieden, met name consumentenbescherming en mededinging, overeenkomstig het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4, lid 3, VEU, zoals

---

<sup>114</sup> Zie in dit verband de richtsnoeren van de EDPB inzake artikel 25 — Gegevensbescherming door ontwerp en door standaardinstellingen, versie 2.0, punt 70.

<sup>115</sup> Zie artikel 57, lid 1, punt f), AVG, dat ook relevant is voor onderzoeken die ambtshalve worden ingesteld.

onlangs door het HvJ-EU is onderstreept<sup>116</sup>. In voorkomend geval kunnen de toezichhoudende autoriteiten ervoor kiezen deze autoriteiten bij de uitoefening van hun taken te raadplegen. Raadpleging van dergelijke autoriteiten kan wettelijk verplicht zijn wanneer toezichhoudende autoriteiten aspecten van het EU-recht toepassen of interpreteren die onder de bevoegdheid van andere autoriteiten vallen.

#### 4.2.1.5 Granulariteit

139. Een andere voorwaarde voor het vrijelijk verlenen van toestemming is granulariteit. Granulariteit is een essentieel element bij de beoordeling of de doeleinden voor verwerking voldoende onderscheiden worden. Wanneer betrokkenen met een “consent or pay”-model worden geconfronteerd, moeten zij vrij kunnen kiezen welke doeleinden voor verwerking zij accepteren, in plaats van toestemming te moeten verlenen voor een pakket verwerkingsdoeleinden. In de AVG valt een verwijzing naar granulariteit te vinden in overweging 43 AVG, waarin wordt verduidelijkt dat toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien het verzoek om toestemming betrokkenen niet toestaat afzonderlijke toestemming te geven voor verschillende verwerkingsdoeleinden<sup>117</sup>. Granulariteit hangt nauw samen met het vereiste dat toestemming specifiek moet zijn, zoals nader wordt besproken in afdeling 4.2.3<sup>118</sup>. Zoals de EDPB eerder heeft opgemerkt: “In het geval gegevensverwerking plaatsvindt ter verwezenlijking van verschillende doeleinden, ligt de oplossing om te voldoen aan de voorwaarden voor geldige toestemming in granulariteit, d.w.z. de scheiding van deze doeleinden en het verkrijgen van toestemming voor elk doel”<sup>119</sup>.
140. De granulariteit van toestemming met betrekking tot reclame op basis van surfgedrag door grote onlineplatforms verdient bijzondere aandacht, aangezien de complexe casuïstiek momenteel aanzienlijke uitdagingen met zich meebrengt. In dit verband moet worden opgemerkt dat onlineplatforms die betrokken zijn bij reclame op basis van surfgedrag gebruikmaken van technisch geavanceerde infrastructuur, die vaak deel uitmaakt van een digitaal ecosysteem waarin een groot aantal gegevenspunten uit verschillende bronnen waarschijnlijk wordt gecombineerd en geanalyseerd en in real time kan worden geveild. Gezien deze gevarieerde casuïstiek kunnen verwerkingsverantwoordelijken betrokkenen niet om algemene toestemming vragen voor een verscheidenheid aan doeleinden, zoals personalisering van inhoud, personalisering van advertenties, de ontwikkeling van diensten, verbetering van de dienstverlening of de meting van het bereik van diensten. In dit verband herinnert de EDPB eraan dat betrokkenen vrij moeten kunnen kiezen welk doeleinde zij accepteren, in plaats van in één keer toestemming te moeten geven voor een pakket verwerkingsdoeleinden. In dit verband moet worden benadrukt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen doeleinden die verband houden met de functionaliteit van de dienst en doeleinden die verband houden met reclame op basis van surfgedrag en de bijbehorende

---

<sup>116</sup> Arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 53: “Volgens vaste rechtspraak moeten de lidstaten, met inbegrip van hun bestuurlijke autoriteiten, overeenkomstig dit beginsel op de onder het Unierecht vallende gebieden elkaar respecteren en steunen bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien, alle maatregelen nemen die geschikt zijn om de nakoming van met name de uit de handelingen van de instellingen van de Unie resulterende verplichtingen te verzekeren en zich onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.”

<sup>117</sup> In overweging 32 AVG wordt gesteld: “De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend”.

<sup>118</sup> Zie de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 42 en 55.

<sup>119</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 44.

verwerkingsactiviteiten<sup>120</sup>. De overwegingen in de afdelingen 4.2.2 en 4.2.3 over geïnformeerde en specifieke toestemming zijn in dit verband eveneens relevant.

#### 4.2.2 Geïnformeerde toestemming

141. In overweging 42 AVG wordt uitdrukkelijk verwezen naar geïnformeerde toestemming: “Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens”.
142. Het verstrekken van informatie aan betrokkenen **voorafgaand aan het verkrijgen van hun toestemming** is van essentieel belang om hen in staat te stellen geïnformeerde beslissingen te nemen en te begrijpen waar zij toestemming voor geven. Als de verwerkingsverantwoordelijke geen toegankelijke informatie verstrekt, heeft de zeggenschap van de gebruiker geen betekenis en is de toestemming ongeldig.
143. Daarom moet de betrokkene worden geïnformeerd over bepaalde elementen die van cruciaal belang zijn om een echte keuze te kunnen maken. Afhankelijk van de context kan meer informatie nodig zijn om **de betrokkene in staat te stellen de betrokken verwerkingen goed te begrijpen**<sup>121</sup>.
144. Aangezien de voorwaarde van geïnformeerde toestemming ook verband houdt met overkoepelende beginselen als transparantie, behoorlijkheid en verantwoording, moeten deze beginselen in acht worden genomen bij de beoordeling van “consent or pay”-modellen (zie afdeling 4.1 hierboven). Aangezien de voorwaarden voor geïnformeerde en specifieke toestemming betrekking hebben op het niveau en de kwaliteit van de aan de betrokkene te verstrekken informatie, moeten de afdelingen 4.2.2 en 4.2.3 van dit advies als onderling complementair worden beschouwd.

##### 4.2.2.1 Inhoudelijke eisen inzake “geïnformeerde” toestemming

145. Wanneer zij “consent or pay”-modellen gebruiken, moeten grote onlineplatforms bepalen welke informatie aan betrokkenen moet worden verstrekt over de verwerking van hun persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag. In het algemeen zijn verwerkingsverantwoordelijken op grond van het verantwoordingsbeginsel verantwoordelijk voor het opzetten en documenteren van een informatieproces dat de betrokkenen in staat stelt een volledig en duidelijk inzicht te krijgen in de waarde, de reikwijdte en de gevolgen van hun mogelijke keuzes.
146. Het gebruik van de uitdrukking “ten minste” geeft aan dat overweging 42 AVG geen uitputtende lijst bevat van de informatie die aan betrokkenen moet worden verschaft om geïnformeerde toestemming

---

<sup>120</sup> Deze doeleinden kunnen ook verband houden met technische verwerkingsactiviteiten die onlosmakelijk verbonden zijn met de reclamedoelstellingen, zoals frequentiebeperking of het meten van de doeltreffendheid van reclamecampagnes. Zie de reactie van de EDPB op het initiatief van de Commissie voor een vrijwillige toezegging van het bedrijfsleven om het beheer van cookies door consumenten en de keuzes voor gepersonaliseerde reclame te vereenvoudigen, blz. 7 van de bijlage.

<sup>121</sup> De EDPB merkt op dat het HvJ-EU een arrest heeft gewezen waarin wordt gesteld dat de informatie “de betrokkene in staat [moet] stellen om gemakkelijk de gevolgen te bepalen van de door hem eventueel te verlenen toestemming” en moet “waarborgen dat hij deze toestemming met kennis van zaken verleent”. Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 11 november 2020, Orange Romania/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, punt 40.

te waarborgen. De mededeling van de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de beschrijving van de doeleinden van de verwerking zijn minimumvereisten. Deze vereisten verschillen per geval, afhankelijk van de door de verwerkingsverantwoordelijke beoogde verwerkingsactiviteiten<sup>122</sup>.

147. De zinsnede “de betrokkene moet bekend zijn met” maakt duidelijk dat verwerkingsverantwoordelijken ervoor moeten zorgen dat gebruikers begrijpen wat voor gegevensverwerking door de verwerkingsverantwoordelijke zal worden verricht wanneer zij besluiten de dienst te gebruiken. Dit omvat ook de verplichting om gebruikers te informeren over verwerkingsactiviteiten die op de achtergrond plaatsvinden en waarvan zij zich mogelijk niet bewust zijn. Indien de juiste informatie niet wordt verstrekt, kan dit leiden tot informatie-asymmetrie en kunnen betrokkenen mogelijk niet voorzien hoe hun persoonsgegevens zullen worden verwerkt<sup>123</sup>. Grote onlineplatforms moeten ervoor zorgen dat betrokkenen duidelijk inzicht hebben in de verwerkingsactiviteiten en alle wijzigingen die gevolgen hebben voor deze activiteiten, bijvoorbeeld wanneer een dergelijk platform overschakelt naar een “consent or pay”-model.
148. In het kader van reclame op basis van surfgedrag is het belangrijk om informatie te verstrekken die voldoende gedetailleerd is, zodat betrokkenen kunnen begrijpen met welke aspecten van de dienst zij instemmen, met behoud van de mogelijkheid om andere aspecten af te wijzen. Gedetailleerde informatie die betrokkenen in staat stelt onderscheid te maken tussen de verschillende verwerkingsdoeleinden, is een vereiste voor geldige toestemming. In dit verband mogen grote onlineplatforms niet van betrokkenen verlangen dat zij toestemming verlenen voor verwerkingsactiviteiten waarvan het doel niet naar behoren is gedefinieerd of dubbelzinnig is. Zo moet het voor de betrokkene duidelijk zijn voor welke doeleinden zijn gegevens worden verzameld, welke gegevens voor elk doel worden verzameld en waarom<sup>124</sup>. Grote onlineplatforms mogen het doel van de verwerking niet dermate ruim omschrijven dat de betrokkene de gevolgen van zijn keuze niet kan begrijpen (bv. “commerciële doeleinden” of “personalisering”). De overwegingen in afdeling 4.2.3 betreffende de vereisten voor specifieke toestemming zijn in dit verband ook relevant.
149. Grote onlineplatforms moeten op eerlijke en volledige wijze het doel beschrijven waarvoor toestemming wordt gevraagd. Grote onlineplatforms mogen bijvoorbeeld de beschrijving van het doel van de verwerking niet beperken tot de voordelen die deze voor betrokkenen heeft (bv. een meer gepersonaliseerde ervaring), indien de verwerking ook andere gevolgen voor hen heeft (bv. profilering, uitgebreid gevolgd worden enz.).
150. Bij de toepassing van “consent or pay”-modellen moeten de keuzes die aan betrokkenen worden voorgehouden in overeenstemming zijn met de informatie die zij krijgen. Het moet voor betrokkenen duidelijk zijn waarvoor zij precies een vergoeding moeten betalen en wat dat betekent voor de bijbehorende gegevensverwerking. Wanneer bij elk van de opties informatie wordt verstrekt over de

---

<sup>122</sup> Zie voor de minimale inhoudelijke eisen inzake geïnformeerde toestemming, afdeling 3.3.1 van de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming.

<sup>123</sup> In dit verband merkt de EDPB op dat artikel 7, leden 1 en 2, van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, PB C 526 van 29 december 2021, blz. 1) ondernemingen verplicht alle informatie te verstrekken die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen.

<sup>124</sup> Zie de “minimale inhoudelijke eisen inzake geïnformeerde toestemming” in de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 64 en 65.

bedrijfsmodellen van de verwerkingsverantwoordelijke, mag die informatie niet in de plaats komen van informatie over de verwerking van persoonsgegevens.

151. Bovendien houdt reclame op basis van surfgedrag noodzakelijkerwijs verband met de profilering van de onlineactiviteiten van de betrokkene en gaat zij vaak gepaard met het gebruik van indirect van de betrokkene verkregen persoonsgegevens. Het profileringsproces omvat vaak ondoorzichtige interacties en gegevensuitwisseling tussen de verwerkingsverantwoordelijke en derden. Deze ondoorzichtigheid kan zich bijvoorbeeld voordoen bij het kruisgebruik van gegevens op en buiten het platform. Grote onlineplatforms kunnen persoonsgegevens die zowel op hun platform als daarbuiten zijn verzameld, verwerken voor profileringsdoeleinden. Het is de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijken om ervoor te zorgen dat betrokkenen inzicht krijgen in de technieken die bij de profileringsprocessen worden gebruikt<sup>125</sup>. In dit verband wordt in overweging 60 AVG gesteld dat het verstrekken van informatie over profilering deel uitmaakt van de transparantieverplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 5, lid 1, punt a), AVG.
152. Verwerkingsverantwoordelijken moeten passende informatie verstrekken over elke versie van de dienst die zij aanbieden, ook wanneer voor een of meer daarvan geen toestemming is vereist voor reclame op basis van surfgedrag. Dit geldt ook voor het gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag (zie afdeling 4.2.1.1). De verwerkingsverantwoordelijke moet bij elk van de opties transparant zijn over de rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens van betrokkenen.
153. Grote onlineplatforms moeten bij het verstrekken van informatie aan betrokkenen met name rekening houden met de volgende aspecten:
  - in voorkomend geval, de ontvangers of categorieën ontvangers van de persoonsgegevens;
  - in voorkomend geval, het feit dat de verwerkingsverantwoordelijke voornemens is persoonsgegevens door te geven aan een derde land en de periode gedurende welke de persoonsgegevens zullen worden opgeslagen;
  - de verzameling en verwerking van gegevens die door de verwerkingsverantwoordelijke worden bijgehouden, ongeacht of de betrokkene ervoor kiest toestemming te geven voor reclame op basis van surfgedrag;
  - het recht van de betrokkene om zijn toestemming te allen tijde in te trekken en de gevolgen daarvan; en
  - de combinatie of het kruisgebruik van gegevens, d.w.z. of en in welke mate de gegevens worden samengevoegd met gegevens die zijn verzameld door andere diensten (van dezelfde verwerkingsverantwoordelijke) en gegevens die door andere verwerkingsverantwoordelijken zijn verzameld.

#### 4.2.2.2 *Hoe moet informatie worden verstrekt?*

##### 4.2.2.2.1 *Tijdstip en weergave van de informatie*

154. Grote onlineplatforms moeten volledige informatie verstrekken voordat begonnen wordt met de gegevensverwerking voor reclame op basis van surfgedrag. Zij kunnen bijvoorbeeld een korte samenvatting geven van de verschillen tussen alle opties die in het “consent or pay”-model worden

---

<sup>125</sup> Groep gegevensbescherming artikel 29, WP251 rev.1, 3 oktober 2017, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening 2016/679, zoals laatstelijk herzien en vastgesteld op 6 februari 2018, bekrachtigd door de EDPB op 25 mei 2018 (hierna “richtsnoeren van de Groep gegevensbescherming artikel 29 inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming” genoemd), blz. 9.



aangeboden, en vervolgens de volledige en gedetailleerde informatie per optie geven door middel van afzonderlijke knoppen voor elke optie.

155. De aanbevelingen in de EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen in interfaces van socialemediaplatforms zijn relevant om te bepalen op welke wijze de informatie aan betrokkenen moet worden meegedeeld<sup>126</sup>. Daarnaast moeten de betrokkenen voldoende tijd krijgen om de informatie die zij ontvangen te verwerken<sup>127</sup>.

#### 4.2.2.2 Transparantievereisten

156. Grote onlineplatforms die een “consent or pay”-model hanteren, moeten rekening houden met de richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig de AVG<sup>128</sup>.
157. Wat betreft de taal die wordt gebruikt om de informatie te verstrekken, betekenen de vereisten “beknopt” en “duidelijke en eenvoudige taal” dat de verwerkingsverantwoordelijke de taal moet aanpassen aan de betrokkenen<sup>129</sup>. Dit houdt in dat de informatie voor de doelgroep op duidelijke en begrijpelijke wijze moet worden verstrekt.
158. Om aan deze transparantievereisten te voldoen, moet een verwerkingsverantwoordelijke beoordelen welke doelgroep wordt bediend. Nadat het vaststellen van de doelgroep moet de verwerkingsverantwoordelijke bepalen welke taal en communicatieaanpak passend zijn. Daarbij moet de verwerkingsverantwoordelijke ervoor zorgen dat de doelgroep begrijpt wat de dienst inhoudt en welke gevolgen het gebruik van de dienst heeft voor hun persoonsgegevens.
159. De gebruikte formulering moet duidelijk maken wat de gevolgen zijn van de keuzes die de betrokkene heeft betreffende de verwerking van zijn persoonsgegevens<sup>130</sup>. Zo moet de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene niet alleen uitleggen dat zijn keuze bepalend is voor het al of niet tonen van reclame, maar ook dat zijn keuze zal bepalen of en in welke mate de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens zal verwerken voor reclame op basis van surfgedrag.
160. Verwerkingsverantwoordelijken kunnen verschillende informatiekanalen gebruiken, afhankelijk van het soort onlineplatform dat wordt aangeboden. Zo kan informatie aan de betrokkenen worden verstrekt door middel van video’s waarin de verschillen tussen de alternatieven worden toegelicht, of interactieve pagina’s met voorbeelden van hoe de dienst er bij de verschillende opties zou uitzien. Verwerkingsverantwoordelijken kunnen overwegen gebruikerstests uit te voeren om vast te stellen welk informatiekanaal het meest geschikt is.

#### 4.2.3 Specifieke toestemming

161. Artikel 6, lid 1, punt a), AVG bepaalt dat toestemming moet worden gegeven voor “een of meer specifieke” doeleinden. Het vereiste dat de toestemming “specifiek” moet zijn, hangt nauw samen met

---

<sup>126</sup> EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen.

<sup>127</sup> Zie in dit verband ook de EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen, punten 43 tot en met 48.

<sup>128</sup> Groep gegevensbescherming artikel 29, WP260 rev. 01, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening 2016/679, goedgekeurd op 29 november 2017, laatstelijk herzien en goedgekeurd op 11 april 2018, bekrachtigd door de EDPB op 25 mei 2018 (hierna “richtsnoeren van de Groep gegevensbescherming artikel 29 inzake transparantie” genoemd).

<sup>129</sup> Richtsnoeren van de Groep gegevensbescherming artikel 29 inzake transparantie, punt 13, waarin staat dat “[w]anneer de verwerkingsverantwoordelijke zich richt tot betrokkenen die een andere taal spreken, moet een vertaling in die talen worden verstrekt”.

<sup>130</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 70.

het vereiste dat de toestemming ook “geïnformeerd” en “granulair” moet zijn. Om ervoor te zorgen dat de toestemming specifiek is, moeten grote onlineplatforms een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doeleinde vaststellen voor de verwerkingsactiviteiten waarvoor toestemming wordt verzameld, en moeten zij de betrokkenen voldoende informatie over die verwerkingsactiviteiten verstrekken<sup>131</sup>. Een geleidelijke uitbreiding of vervaging van de doeleinden (zogenaamde “function creep”) moet worden vermeden, aangezien dit afbreuk doet aan en strijdig is met het doelbindingsbeginsel<sup>132</sup>.

162. Gezien het complexe systeem van gegevensverwerking achter reclame op basis van surfgedrag, moeten grote onlineplatforms de doeleinden van hun verwerkingsactiviteiten nauwkeurig definiëren en afbakenen. De doeleinden van reclame op basis van surfgedrag moeten op zodanige wijze door de verwerkingsverantwoordelijke worden gepresenteerd dat gebruikers kunnen begrijpen welke verwerkingsactiviteiten voor elk doel plaatsvinden en kunnen beslissen of zij toestemming verlenen<sup>133</sup>.
163. Grote onlineplatforms moeten per geval beoordelen en documenteren of het aanbieden van reclame op basis van surfgedrag inhoudt dat zij persoonsgegevens voor verschillende doeleinden verwerken en afzonderlijke toestemmingen voor deze doeleinden vereisen<sup>134</sup>. Omgekeerd is voor technische processen die onlosmakelijk verbonden zijn met de verwerking voor één enkel doeleinde geen afzonderlijke toestemming nodig<sup>135</sup>. Er moet ook rekening worden gehouden met de overwegingen in afdeling 4.2.1.5 (over granulariteit) en afdeling 4.2.2 (over geïnformeerde toestemming).

#### 4.2.4 Ondubbelzinnige wilsuiting

164. Toestemming is volgens artikel 4, lid 11, AVG slechts geldig indien het onder meer een “ondubbelzinnige wilsuiting” betreft “waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt”<sup>136</sup>. Dit betekent dat het duidelijk moet zijn dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor specifieke gegevensverwerking<sup>137</sup>.
165. Verwerkingsverantwoordelijken moeten zorgvuldig bepalen hoe betrokkenen om toestemming wordt gevraagd, met name wanneer zij voornemens zijn toestemming te vragen voor andere doeleinden dan

---

<sup>131</sup> Zie ook overweging 28, waarin staat dat de doeleinden “moeten zijn vastgesteld bij het verzamelen van de gegevens”. EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 56.

<sup>132</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 56.

<sup>133</sup> Zie advies 3/2013 van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over doelbinding (WP 203), blz. 16: “Om deze redenen voldoen vage of algemene doeleinden zoals “verbetering van de gebruikerservaring”, “marketingdoeleinden”, “IT-beveiligingsdoeleinden, of “toekomstig onderzoek” — zonder verdere informatie — meestal niet aan de criteria voor “specifieke” doeleinden.”

<sup>134</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest Bundeskartellamt van het HvJ-EU, punt 151: “[het] is passend [...] dat afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor de verwerking van enerzijds laatstgenoemde gegevens en anderzijds off-Facebook-gegevens.”

<sup>135</sup> Reactie van de EDPB op het initiatief van de Commissie voor een vrijwillige toezegging van het bedrijfsleven om het beheer van cookies door consumenten en de keuzes voor gepersonaliseerde reclame te vereenvoudigen, blz. 7 (waar wordt gespecificeerd: “Indien een gebruiker toestemming geeft voor toegang tot of opslag van informatie in zijn eindapparatuur voor een welomschreven reclamedoel, kan dat doel ook technische verwerkingsactiviteiten omvatten die onlosmakelijk verbonden zijn met dat doeleinde, zoals het gebruik van cookies voor frequentiebeperking of het meten van de doeltreffendheid van reclamecampagnes. Deze technische verwerkingsactiviteiten kunnen toegang tot of opslag van informatie in eindapparatuur met zich meebrengen”).

<sup>136</sup> Zaak C-61/19, Orange Romania, ECLI:EU:C:2020:901, punt 36.

<sup>137</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 75.

reclame op basis van surfgedrag (bv. verbetering van de dienstverlening of personalisering van inhoud). In het algemeen kan niet worden aangenomen dat betrokkenen door middel van één enkele handeling ondubbelzinnig instemmen met alle doeleinden, wanneer het passend is aan betrokkenen de mogelijkheid te bieden om meer gedetailleerde voorkeuren kenbaar te maken.

166. Bij de toepassing van “consent or pay”-modellen worden gebruikers verzocht toestemming te verlenen voor bepaalde verwerkingsactiviteiten als zij toegang willen krijgen tot de dienst zonder daarvoor een vergoeding te betalen. Wanneer een gebruiker toestemming verleent voor verwerkingsactiviteiten om gratis toegang te krijgen tot de dienst, moet ervan worden uitgegaan dat de gebruiker alleen toestemming geeft voor die betreffende verwerkingsactiviteiten, gelet op het vereiste dat de toestemming “specifiek” moet zijn. Wil toestemming als duidelijk voor andere doeleinden gegeven kunnen worden beschouwd, moeten deze doeleinden actief door de gebruiker worden geselecteerd.
167. Een ander aspect dat belangrijk is voor het bestaan van een ondubbelzinnige wilsuiting is dat de gebruiker niet wordt blootgesteld aan misleidende ontwerppatronen en dat de verschillende opties op gelijkwaardige wijze worden gepresenteerd. In dit verband herinnert de EDPB ook aan zijn richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen in interfaces van socialemediaplatforms<sup>138</sup>.
168. Bij “consent or pay”-modellen is het bijvoorbeeld belangrijk om te bedenken dat gebruikers kunnen worden misleid om toestemming te geven als verwerkingsverantwoordelijken dubbelzinnige informatie verstrekken. Dit is het geval wanneer om toestemming wordt gevraagd met uitdrukkingen als “gewoon doorgaan” of “doorgaan zonder te betalen”<sup>139</sup>. In deze gevallen wordt niet-betaling op zodanige wijze benadrukt dat onduidelijk is of met het kiezen van de gratis optie toestemming wordt gegeven<sup>140</sup>. Om een ondubbelzinnige wilsuiting te waarborgen, moeten de gestelde vragen dan ook nauwkeurig en transparant worden geformuleerd en mag toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens niet enkel worden gepresenteerd als een mogelijkheid om betaling van een vergoeding te vermijden.

## 4.3 Aanvullende elementen

### 4.3.1 Intrekking van toestemming

169. Artikel 7, lid 3, AVG bepaalt dat de betrokkene het recht heeft zijn toestemming te allen tijde in te trekken. Bovendien moet volgens artikel 7, lid 3, AVG “het intrekken van de toestemming even eenvoudig [zijn] als het geven ervan”<sup>141</sup>. Het vereiste van het eenvoudig kunnen intrekken van toestemming wordt in de AVG beschouwd als een noodzakelijk aspect van geldige toestemming<sup>142</sup>. Er is geen standaardwijze om aan deze vereisten te voldoen. Daarom is het doorgaans noodzakelijk per geval na te gaan of een gemakkelijk toegankelijke mogelijkheid tot intrekking wordt geboden die aan de wettelijke vereisten voldoet<sup>143</sup>. Dit hangt er ook van af of de mogelijkheid om toestemming in te

---

<sup>138</sup> EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen.

<sup>139</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 84.

<sup>140</sup> Zie de EDPB-richtsnoeren inzake misleidende ontwerppatronen, bijlage I, checklist 4.6.2.

<sup>141</sup> Dit hoeft niet altijd met dezelfde handeling te gebeuren, maar wanneer de toestemming elektronisch wordt verkregen met één enkele muisklik, veegbeweging of druk op een toets, moeten betrokkenen die toestemming even gemakkelijk weer kunnen intrekken. EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 113 en 114.

<sup>142</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 116.

<sup>143</sup> Zie het verslag van de werkzaamheden van de EDPB Cookie Banner Taskforce, punt 35.

trekken duidelijk en als zodanig herkenbaar is en niet met misleidende of manipulerende vormgevingen wordt gepresenteerd<sup>144</sup>.

170. De verwerkingsverantwoordelijke is verplicht betrokkenen in kennis te stellen van hun recht om de toestemming in te trekken voordat zij deze daadwerkelijk geven<sup>145</sup>. De verwerkingsverantwoordelijke moet de betrokkene ook informeren over de wijze waarop dit recht kan worden uitgeoefend<sup>146</sup>.
171. Betrokkenen moeten hun toestemming zonder nadelige gevolgen kunnen intrekken<sup>147</sup>. Het is belangrijk op te merken dat wanneer een betrokkene wel nadeel ondervindt door het intrekken van zijn toestemming, kan worden geconcludeerd dat deze nooit op geldige wijze is verkregen en dat de verwerkingsverantwoordelijke derhalve gehouden is om alle persoonsgegevens van de gebruiker die op basis van die ongeldige toestemming zijn verzameld, te wissen<sup>148</sup>.
172. Met betrekking tot de hier geanalyseerde “consent or pay”-modellen moet allereerst onderscheid worden gemaakt tussen de uitoefening van het recht op intrekking als zodanig en de wens van de gebruiker om de dienst na intrekking van de toestemming te blijven gebruiken. Het is belangrijk dat transparante en duidelijk herkenbare informatie wordt verstrekt over de wijze waarop het recht op intrekking kan worden uitgeoefend, om de indruk te vermijden dat intrekking automatisch leidt tot het aangaan van een betaald abonnement. In dergelijke gevallen zal de uitoefening van het recht op intrekking ertoe leiden dat de gebruiker opnieuw de keuze krijgt om al dan niet toestemming te geven voor verwerking voor reclame op basis van surfgedrag of om een betaald abonnement te nemen (of te kiezen voor het gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag indien dit wordt aangeboden). De gevolgen hiervan moeten op dezelfde wijze worden beoordeeld als de algemene vraag of er een vrije keuze kan worden gemaakt in het geval van “consent or pay”-modellen. Voor de criteria om vast te stellen of er sprake is van nadelige gevolgen wordt daarom verwezen naar de toelichting in afdeling 4.2.1.2 (“Nadelige gevolgen”). Indien in een individueel geval wordt geoordeeld dat er een vrije keuze kan worden gemaakt, moet dit ook gelden voor de intrekking, aangezien dit anders altijd tot ongeldigheid van de toestemming zou leiden.
173. Los daarvan moet duidelijk zijn dat indien gebruikers besluiten om zich op de betaalde versie van de dienst te abonneren nadat zij aanvankelijk toestemming hadden gegeven voor verwerking ten behoeve van reclame op basis van surfgedrag, dit neerkomt op de intrekking van hun toestemming. Beëindiging van het betaalde abonnement staat daarentegen niet gelijk aan het verlenen van toestemming.
174. Om te beoordelen of het recht op intrekking voldoet aan de vereisten van de AVG, moet ook rekening worden gehouden met de gevolgen van de uitoefening van dit recht. In de EDPB-richtsnoeren inzake toestemming wordt uitgelegd dat als vuistregel geldt dat als toestemming wordt ingetrokken, alle gegevensverwerkingen die overeenkomstig de AVG waren gebaseerd op toestemming en plaatsgevonden hebben voordat de toestemming werd ingetrokken, rechtmatig blijven, maar de

---

<sup>144</sup> Zie ook overweging 37 van de digitalemarktenverordening: “Tot slot moet het even gemakkelijk zijn om een toestemming in te trekken als om toestemming te verlenen. Poortwachters mogen hun online-interfaces niet zodanig ontwerpen, organiseren of beheren dat zij de eindgebruikers misleiden of manipuleren of anderszins hun vermogen om vrijelijk toestemming te geven aanzienlijk verstoren of uitermate nadelig beïnvloeden.”

<sup>145</sup> Artikel 7, lid 3, AVG.

<sup>146</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 116.

<sup>147</sup> Overweging 42 AVG, EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punten 46 en 114.

<sup>148</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 49.

verwerkingsverantwoordelijke wel moet stoppen met de desbetreffende verwerkingsactiviteiten<sup>149</sup>. Als er geen andere rechtsgrond is voor de verwerking van de gegevens, waaronder verdere opslag, moeten deze door de verwerkingsverantwoordelijke worden gewist<sup>150</sup>.

175. De intrekking van de toestemming voor verwerking voor reclame op basis van surfgedrag moet derhalve leiden tot de beëindiging van alle verwerkingsactiviteiten die op grond van de toestemming van de betrokkene zijn toegestaan. Dit heeft niet alleen gevolgen voor de opslag van en/of de toegang tot gegevens in de eindapparatuur ten behoeve van reclame op basis van surfgedrag, maar ook voor de verdere verwerking van de voor die doeleinden verzamelde gegevens (bv. wanneer deze gegevens vervolgens met derden worden gedeeld). Dit is met name relevant in gevallen waarin de verwerkingsverantwoordelijke een groot advertentienetwerk gebruikt om personen te bereiken en hen op verschillende websites te volgen.
176. De conclusies van het HvJ-EU in het Proximus-arrest<sup>151</sup> gelden ook in het geval van reclame op basis van surfgedrag, met name voor het gebruik van onlinemarketingmethoden zoals realtime biedingen. Het zou ook in strijd zijn met het beginsel dat intrekking net zo eenvoudig moet zijn als toestemming indien de gebruiker zijn recht op intrekking jegens elke betrokken verwerkingsverantwoordelijke afzonderlijk zou moeten uitoefenen, terwijl aan hen allemaal met één klik toestemming kan worden gegeven. Bovendien moeten profielen, met name bij het creëren en verrijken van gebruikersprofielen die worden gebruikt voor reclame op basis van surfgedrag, worden gewist nadat de toestemming is ingetrokken en mogen zij niet worden verwerkt, ook niet voor een ander doel op basis van een andere rechtsgrondslag, tenzij de persoonsgegevens van meet af aan voor een ander doel op basis van een geldige rechtsgrondslag worden verwerkt.

#### 4.3.2 Vernieuwing van toestemming

177. In de AVG voorziet niet in een specifieke termijn voor de frequentie waarmee toestemming moet worden vernieuwd of hoe lang toestemming kan worden geacht uitdrukking te geven aan de wensen van de betrokkene. Verwerkingsverantwoordelijken moeten dit per geval beoordelen.

De EDPB heeft in zijn richtsnoeren criteria opgenomen die verwerkingsverantwoordelijken kunnen helpen bij het bepalen van de geldigheidsduur van de toestemming, waaronder de context, het toepassingsgebied van de oorspronkelijke toestemming en de verwachtingen van de betrokkene<sup>152</sup>. Mogelijk moet bij een dergelijke beoordeling rekening worden gehouden met bepalingen in andere

---

<sup>149</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 117

<sup>150</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 117.

<sup>151</sup> Arrest van het HvJ-EU in zaak C-129/21, Proximus NV/Gegevensbeschermingsautoriteit, ECLI:EU:C:2022:833. In het Proximus-arrest heeft het HvJ-EU verklaard dat wanneer verschillende verwerkingsverantwoordelijken zich baseren op de eenmalige toestemming van de betrokkene, het voor de intrekking van een dergelijke toestemming door de betrokkene volstaat dat hij zich wendt tot een van die verwerkingsverantwoordelijken (punt 84). Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelt verder: “[...] de verwerkingsverantwoordelijke bij wie de betrokkene zijn toestemming voor de verwerking van zijn persoonsgegevens heeft ingetrokken, [is] daadwerkelijk gehouden om iedere persoon die hem deze gegevens heeft doorgestuurd en de persoon aan wie hij op zijn beurt die gegevens heeft verstrekt, op de hoogte te stellen van die intrekking, teneinde de doeltreffendheid van het [...] recht op intrekking van zijn toestemming te garanderen en te verzekeren dat de toestemming van de betrokkene strikt gebonden is aan het doel waarvoor de toestemming is gegeven. De aldus geïnformeerde verwerkingsverantwoordelijken dienen vervolgens op hun beurt deze informatie door te zenden naar de andere verwerkingsverantwoordelijken aan wie zij dergelijke gegevens hebben verstrekt” (punt 85).

<sup>152</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, punt 110.

EU-wetgeving, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals die waarin in artikel 5, lid 2, van de digitale marktenverordening voorziet.

178. In het geval van reclame op basis van surfgedrag zou het passend zijn om een beperkte geldigheidsduur voor toestemming te hanteren, bijvoorbeeld één jaar, gelet op het indringende karakter van de verwerking<sup>153</sup>.

## 5 CONCLUSIES

179. In de context van “consent or pay”-modellen die door grote onlineplatforms worden gebruikt, benadrukt de EDPB dat verwerkingsverantwoordelijken moeten voldoen aan alle vereisten van de AVG, met name de vereisten voor geldige toestemming, zoals beschreven in dit advies, en tegelijkertijd de specifieke kenmerken van elk geval moeten beoordelen.

Geconcludeerd moet worden dat in de meeste gevallen grote onlineplatforms niet aan de vereisten voor geldige toestemming zullen kunnen voldoen als zij gebruikers alleen de keuze bieden tussen het verlenen van toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens voor reclame op basis van surfgedrag en het betalen van een vergoeding.

180. De EDPB herinnert eraan dat persoonsgegevens niet als handelswaar mogen worden beschouwd en dat grote onlineplatforms moeten voorkomen dat het grondrecht op gegevensbescherming wordt omgezet in een gebruiksoptie waarvoor betrokkenen moeten betalen. Daarom mag het (uitsluitend) aanbieden van een betaald alternatief voor uitvoering van de dienst met verwerking voor reclame op basis van surfgedrag niet de standaardaanpak voor verwerkingsverantwoordelijken zijn. Integendeel, bij het ontwikkelen van het alternatief voor de versie van de dienst met reclame op basis van surfgedrag, moeten grote onlineplatforms overwegen om betrokkenen een “gelijkwaardig alternatief” te bieden waarvoor geen vergoeding hoeft te worden betaald (bv. met een andere vorm van reclame die niet op surfgedrag is gebaseerd).

181. Indien zij besluiten betrokkenen een “gelijkwaardig alternatief” te bieden dat de betaling van een vergoeding inhoudt, moeten verwerkingsverantwoordelijken, om een echte keuze te waarborgen en te voorkomen dat gebruikers alleen kunnen kiezen tussen het betalen van een vergoeding of het toestaan van verwerking voor reclame op basis van surfgedrag, overwegen nog een ander, kosteloos alternatief aan te bieden, zonder reclame op basis van surfgedrag, bijvoorbeeld met een vorm van reclame waarbij minder (of geen) persoonsgegevens worden verwerkt. Dit is een bijzonder belangrijke factor bij de beoordeling van bepaalde criteria voor geldige toestemming in het kader van de AVG.

In de meeste gevallen zal de vraag of de verwerkingsverantwoordelijke kosteloos een ander alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag aanbiedt, zwaar wegen bij de beoordeling van de geldigheid van de toestemming, met name wat betreft de nadelige gevolgen van weigering. Grote onlineplatforms moeten daarom serieus overwegen een gratis alternatief zonder reclame op basis van surfgedrag aan te bieden.

182. Op basis van het verzoek om advies van de Nederlandse, Noorse en Duitse (Hamburg) toezichthoudende autoriteiten en op basis van de bovenstaande analyse concludeert de EDPB **dat de toestemming die grote onlineplatforms** (zoals gedefinieerd voor de doeleinden van dit advies) **in het**

---

<sup>153</sup> Zie ook het advies van de Groep gegevensbescherming artikel 29 over online reclame op basis van surfgedrag, blz. 16.

**kader van “pay or consent”-modellen vragen voor reclame op basis van surfgedrag, alleen als geldig kan worden beschouwd voor zover die platforms, in overeenstemming met het verantwoordingsbeginsel, kunnen aantonen dat aan alle vereisten voor geldige toestemming is voldaan, d.w.z. dat:**

- de toestemming **vrijelijk wordt gegeven**. In dit verband moeten grote onlineplatforms onder meer de volgende elementen in overweging nemen:
  - of de betrokkene **nadelige gevolgen** ondervindt door de toestemming te weigeren of in te trekken. In dit verband moeten grote onlineplatforms die gebruikmaken van “consent or pay”-modellen ervoor zorgen dat vergoedingen betrokkenen niet feitelijk beletten een vrije keuze te maken, bijvoorbeeld doordat zij hen op subtiële wijze richting toestemming duwen. Er kan bovendien ook sprake zijn van benadeling wanneer betrokkenen die geen toestemming geven en geen vergoeding betalen vervolgens worden uitgesloten van de dienst, met name wanneer die dienst een belangrijke rol speelt of doorslaggevend is voor deelname aan het sociale leven of de toegang tot professionele netwerken, te meer wanneer er sprake is van lock-in netwerkeffecten. Derhalve leidt de toepassing van “consent or pay”-modellen door grote onlineplatforms om toestemming te verkrijgen voor verwerking waarschijnlijk tot nadelige gevolgen.
  - of er sprake is van een **wanverhouding** tussen de betrokkene en hen. In dit verband kunnen bepaalde niet-limitatieve en niet-cumulatieve factoren grote onlineplatforms helpen bij deze beoordeling, die per geval moet worden uitgevoerd, waaronder de positie van de onderneming op de markt, het bestaan van lock-in- of netwerkeffecten, de mate waarin de betrokkene afhankelijk is van de dienst, en de doelgroep of de belangrijkste gebruikersgroep van de dienst; wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding, kan toestemming alleen worden gebruikt in “uitzonderlijke omstandigheden” en wanneer de verwerkingsverantwoordelijke, in overeenstemming met het verantwoordingsbeginsel, kan aantonen dat er “totaal geen negatieve gevolgen” zijn voor betrokkenen als zij geen toestemming geven, wat met name het geval is wanneer betrokkenen een alternatief wordt geboden dat geen negatieve gevolgen heeft.
  - of toestemming wordt verlangd om toegang te krijgen tot goederen of diensten, ook al is verwerking op basis van toestemming niet noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst die van toepassing is op de levering van die goederen of diensten. De EDPB merkt op dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) in het arrest Bundeskartellamt heeft verklaard dat gebruikers die weigeren toestemming te verlenen voor bepaalde verwerkingen, “in voorkomend geval tegen een passende vergoeding, een gelijkwaardig alternatief aangeboden [moeten krijgen] dat niet gepaard gaat met dergelijke gegevensverwerking”. Op deze manier kunnen verwerkingsverantwoordelijken conditionaliteitsproblemen voorkomen. Hoe dan ook moet nog steeds aan de overige criteria voor “vrijelijk verleende” toestemming worden voldaan. De EDPB is van mening dat met het “**gelijkwaardige alternatief**” dat volgens het Hof moet worden aangeboden, een alternatieve versie van de door dezelfde verwerkingsverantwoordelijke aangeboden dienst wordt bedoeld waarbij geen toestemming wordt gevraagd voor de verwerking voor reclame op basis van surfgedrag. De EDPB beschrijft in dit advies de elementen die ertoe kunnen bijdragen dat het alternatief echt gelijkwaardig is. Indien de alternatieve versie in wezen slechts verschilt omdat de verwerkingsverantwoordelijke geen persoonsgegevens kan verwerken om reclame op basis van surfgedrag aan te bieden, kan zij in beginsel als

gelijkwaardig worden beschouwd. Bij het “gelijkwaardige alternatief” moeten verwerkingen die niet noodzakelijk zijn voor het verlenen van de dienst en waarvoor toestemming nodig is, achterwege blijven. Aangezien verwerking voor reclame op basis van surfgedrag niet noodzakelijk is voor het verlenen van de dienst en toestemming vereist, moet deze bij het gelijkwaardige alternatief achterwege worden gelaten, tenzij die verwerking ook een ander rechtmatig doel dient.

- of de **vergoeding** die in rekening wordt gebracht betrokkenen belet een echte keuze te maken of hen op subtiele wijze tot toestemming dwingt. Wat het vragen van een vergoeding voor toegang tot de “gelijkwaardige alternatieve” versie van de dienst betreft, moeten verwerkingsverantwoordelijken per geval beoordelen of een vergoeding überhaupt passend is en welk bedrag in de gegeven omstandigheden passend is, in aanmerking genomen dat moet worden voorkomen dat het grondrecht op gegevensbescherming een extra service wordt die is voorbehouden aan de welgestelden. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de vereisten inzake geldige toestemming en de beginselen van artikel 5 AVG, met name behoorlijkheid, de eventuele alternatieven voor reclame op basis van surfgedrag waarvoor minder persoonsgegevens worden verwerkt, alsook de positie van betrokkenen.

De toezichthoudende autoriteiten zijn belast met de handhaving van de AVG, die ook betrekking kan hebben op de gevolgen van eventuele vergoedingen voor de keuzevrijheid van de betrokkenen. In veel gevallen kunnen toezichthoudende autoriteiten baat hebben bij het raadplegen van autoriteiten op andere rechtsgebieden, met name consumentenbescherming en mededinging.

- of betrokkenen vrij zijn om te kiezen welk doel van de verwerking zij aanvaarden, en niet op basis van één enkel verzoek toestemming moeten geven voor verwerking voor meerdere doeleinden (**granulariteit**).
- er sprake is van **geïnformeerde toestemming**. Verwerkingsverantwoordelijken zijn op grond van het verantwoordingsbeginsel verantwoordelijk voor het opzetten en documenteren van een informatieproces dat de betrokkenen in staat stelt een volledig en duidelijk inzicht te krijgen in de waarde, de reikwijdte en de gevolgen van hun mogelijke keuzes. Dit betekent dat betrokkenen, voordat zij een keuze maken, duidelijke informatie moeten krijgen over de verwerkingsactiviteiten die verband houden met elk van de hun geboden opties. Grote onlineplatforms moeten rekening houden met de complexiteit van de gegevensverwerking die nodig is om reclame op basis van surfgedrag aan te bieden en ervoor zorgen dat de informatie op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de doelgroep wordt verstrekt.
  - de toestemming bestaat uit een **ondubbelzinnige wilsuiting**. Grote onlineplatforms moeten de manier waarop betrokkenen om toestemming wordt gevraagd, zorgvuldig vormgeven om ervoor te zorgen dat zij niet worden blootgesteld aan misleidende ontwerp patronen. Wanneer een gebruiker toestemming verleent voor verwerkingsactiviteiten om gratis toegang te krijgen tot de dienst, moet ervan worden uitgegaan dat de gebruiker alleen toestemming geeft voor die betreffende verwerkingsactiviteiten, gelet op het vereiste dat de toestemming specifiek moet zijn. Wil toestemming als duidelijk voor andere doeleinden gegeven kunnen worden beschouwd, moeten deze doeleinden actief door de gebruiker worden geselecteerd.
  - de toestemming **specifiek** is. Dit betekent dat grote onlineplatforms de doeleinden van de verwerkingsactiviteiten waarvoor toestemming vereist is, nauwkeurig moeten definiëren en



afbakenen. Zo mag de toestemming voor reclame op basis van surfgedrag niet tegelijkertijd dienen voor andere doeleinden. Grote onlineplatforms moeten per geval beoordelen en documenteren of het aanbieden van reclame op basis van surfgedrag inhoudt dat zij persoonsgegevens voor verschillende doeleinden verwerken en afzonderlijke toestemmingen voor deze doeleinden vereisen.

183. De EDPB herinnert eraan **dat toestemming grote onlineplatforms niet ontslaat van de verplichting om de andere regels en beginselen van de AVG na te leven**, met inbegrip van de beginselen van artikel 5 AVG. De volgende beginselen zijn van bijzonder belang voor grote onlineplatforms die “pay or consent”-modellen hanteren, niet alleen bij de beoordeling van de vraag of de toestemming geldig is:

- **doelbinding en minimale gegevensverwerking:** grote onlineplatforms hebben de verantwoordelijkheid om het doel van hun verwerkingsactiviteiten duidelijk te omschrijven en ervoor te zorgen dat alleen persoonsgegevens worden verwerkt die nodig zijn om dit doel te bereiken.
- **behoorlijkheid:** om ervoor te zorgen dat hun verwerkingsactiviteiten behoorlijk zijn, moeten grote onlineplatforms rekening houden met de gevolgen van hun verwerkingsactiviteiten voor de rechten en waardigheid van personen en betrokkenen de grootst mogelijke mate van autonomie bieden.
- **gegevensbescherming door ontwerp:** grote onlineplatforms moeten passende technische en organisatorische maatregelen nemen en de nodige waarborgen in hun verwerkingsactiviteiten inbouwen ter naleving van de voorschriften van de AVG en ter bescherming van de rechten en vrijheden van betrokkenen.
- **gegevensbescherming door standaardinstellingen:** grote onlineplatforms zijn ervoor verantwoordelijk dat standaardinstellingen en -opties voor verwerking op zodanige wijze worden toegepast dat alleen verwerking die strikt noodzakelijk is om het vastgestelde, rechtmatige doel te bereiken, standaard wordt uitgevoerd.
- **verantwoording:** grote onlineplatforms zijn niet alleen verantwoordelijk voor naleving van de AVG, met inbegrip van de bovengenoemde beginselen, maar moeten dit ook kunnen aantonen.

Voor het Europees Comité voor gegevensbescherming

De voorzitter

(Anu TALUS)