

Zijne Excellentie
H.G.J. Kamp
Minister van Economische Zaken
Ministerie van Economische Zaken
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

Briefnummer
13/10.879/DdN

Den Haag
21 juni 2013

Onderwerp
Consultatie aanpassing artikel 11.7a
Telecommunicatiewet (Cookiebepaling)

Telefoonnummer
070 3490354
E-mail
Nood@vno-ncw.nl

Excellentie,

Met dit schrijven reageren VNO-NCW en MKB-Nederland op de Consultatie aanpassing artikel 11.7a Telecommunicatiewet (Cookiebepaling).

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn verheugd dat de onwerkbaar situatie die volgde uit de implementatie van de ePrivacy-richtlijn in de Nederlandse Telecommunicatiewet inmiddels mag rekenen op reparatie.

Het verbreden van de mogelijkheid voor ondernemers om niet-privacy gevoelige cookies te kunnen plaatsen, zorgt voor minder rompslomp voor bedrijven en verminderde ergernis voor consumenten. Ook leidt de differentiatie in toestemmingsvereisten tot een versterkt verband tussen toestemming en daadwerkelijke privacy-gevoeligheid. De nadere uitleg over het begrip 'toestemming' en de pragmatische voorbeelden¹ die daaraan gekoppeld worden, rekenen tenslotte af met de nationale toestemmingskop die het gelijke Europese speelveld geweld aandeed. Slechts de omkering van de bewijslast valt nog Europees uit de toon, en blijft een juridisch precare merkwaardigheid².

¹ Gebruik van de analogie over de weersinformatiedienst, waaruit wordt opgemaakt dat toestemming is af te leiden uit het doorklikken op overige onderdelen van de website, wanneer bij aanvang van het bezoek aan de website duidelijk is aangegeven dat het doorklikken wordt beschouwd als een uiting van toestemming.

² Het wettelijk vermoeden dat persoonsgegevens worden verwerkt in geval van tracking cookies plaatst bedrijven onder zwaar regime (meldingsplicht, inzagerecht, correctierecht, etc.). Het vermoeden komt niet voor in de ePrivacy richtlijn, noch in de dataprotectie richtlijn of Wbp. In andere EU-lidstaten is niets dergelijks ingevoerd. Omkering van de bewijslast is een lastenverzwaring (in het systeem van de Wbp ligt de bewijslast bij de toezichthouder), impliceert "schuldig, tenzij" en stelt bedrijven voor een haast onmogelijke opgave.

Zowel de Kamerbrief als de toelichting op de wet plaatsen het onderwerp cookies weer in perspectief: de afgelopen tijd werd het gebruik van cookies – ook indien voldaan werd aan de informatieplicht en toestemming volgens een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting werd verkregen – welhaast als verwerpelijk te boek gezet, terwijl malware, spyware, virussen, botnets en andere vormen van schadelijke software die heimelijk worden geplaatst daadwerkelijke boosdoeners zijn.

Met deze concept wetswijziging komt –afgezien van de omgekeerde bewijslast– de realiteit weer terug in de discussie.

De algehele indruk over het concept wetsvoorstel is positief en de argumentaties zijn duidelijk. Desalniettemin leeft een aantal vragen en opmerkingen, zowel met betrekking tot de voorgestelde wetstekst als over de toelichting. Deze worden hieronder genoemd en toegelicht. Tenslotte maken we nog graag enkele opmerkingen naar aanleiding van de consultatiestukken.

Concept wetsvoorstel met betrekking tot artikel 11.7a Tw

Het wetsvoorstel spreekt vrijwel voor zich. Eén punt zou idealiter duidelijker worden opgeschreven:

- Art 11.7a, 3b) “... die strikt noodzakelijk is om de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren of - mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker - om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij”.

Door de gekozen zinsbouw lijken de twee uitzonderingsgronden samen te moeten worden gezien. Daardoor lijkt de “strikte noodzakelijkheid” ook te gelden voor het laatste deel van het lid b). Het scheiden van de twee door het toevoegen van een lid c) kan mogelijk meer duidelijkheid geven over de nevenschiktheid van de twee mogelijkheden die nu onder b) genoemd staan.

Toelichting op concept wetsvoorstel met betrekking tot artikel 11.7a Tw

- Normadressaat, pagina 14, 15. De toelichting geeft aan dat de plaatser van een cookie waarvoor toestemming moet zijn verkregen de aanbieder van de betreffende website kan zijn, maar ook een derde die met de aanbieder van de website (of een tussenpersoon) is overeengekomen dat hij via de website cookies mag plaatsen/lezen. De aanbieder van de website houdt echter een zekere verantwoordelijkheid, zo wordt gesteld.

De alinea schetst vervolgens de situatie dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin de websitehouder die toestaat/faciliteert dat een derde via zijn website de cookiebepaling overtreedt, medeplichtig is aan deze overtreding.

De opmerking dat de aanbieder van de website een zekere verantwoordelijkheid heeft is terecht. De websiteaanbieder moet zich welwillend opstellen als eerste aanspreekpunt voor de toezichthouder. Vraag is echter tot waar deze verantwoordelijkheid zich redelijkerwijs kan uitstrekken: een websitehouder verplichten de derde partij –die vaak ook weer zaken doet met andere partijen– of de keten die daarachter is ingericht te auditen of consequent te monitoren is niet proportioneel en technisch vaak onmogelijk. De verantwoordelijkheid zou wel kunnen behelzen dat de aanbieder van de website een (standaard) overeenkomst met de derde partij sluit, waarbij die aangeeft zich conform de wet te zullen gedragen.

Als deze derde partij dan alsnog de wet overtreedt zonder dat de aanbieder van de website hiervan op de hoogte is, kan de aanbieder niet verantwoordelijk of aansprakelijk worden gehouden. In het geval daarentegen dat de aanbieder van de website *toestaat* of zelfs *faciliteert* dat een derde via zijn website de cookiebepaling overtreedt, dan is deze uiteraard wel *medeverantwoordelijk*.

Opmerkingen naar aanleiding van de consultatie teksten

Tenslotte nog een aantal overwegingen naar aanleiding van de consultatie-teksten.

- Via een lange –en voor veel bedrijven en consumenten vervelende– omweg is gebleken dat expliciete toestemming (die in de Algemene Privacy Richtlijn 95/46/EG alleen is opgenomen voor een speciale categorie gegevens³) niet voor alle gevallen van gegevensverzameling passend is.

In de dialogen in Brussel rondom de herziening van de Algemene Privacy Richtlijn lijkt het expliciete toestemmingsvereiste als enige toestemmingsvorm evenwel geliefd. Vrees bestaat dat hierdoor de situatie rondom cookies die in Nederland speelde en nu wordt gerepareerd straks in verhevigde vorm terugkomt. Naast cookies zullen dan ook andere toepassingen slechts op expliciete toestemming kunnen varen, waardoor de situatie van de hinderlijke ‘walls’ en popups in veelvoud terugkeert.

³ Gegevens over iemands raciale of etnische afkomst, politieke opvattingen, godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, lidmaatschap van een vakbond, alsook de verwerking van gegevens over gezondheid of het seksuele leven.

Gebrek aan differentiatie en selectiviteit in toestemmingsvereisten reduceren het natuurlijke verband tussen toestemming en privacy-gevoeligheid. Slechts selectief en gedifferentieerd omgaan met de diverse vormen van toestemming, waarbij deze worden toegepast met inachtneming van de specifieke situatie en de daadwerkelijke gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, kan voorkomen dat bedrijven en consumenten op grotere schaal met de ervaren problematiek van expliciete toestemming worden geconfronteerd.

Wij hebben dan ook verheugd kennis genomen van de voorstellen van de JBZ Raad met betrekking tot overweging 25, artikel 4 lid 8 en artikel 6 lid 1 sub a van de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Wij dringen er met klem op aan dat Nederland deze voorstellen blijft steunen in het verdere proces van de totstandkoming van de verordening, teneinde een voor bedrijven en consumenten goede balans tussen privacy en gebruik van nieuwe technologieën te waarborgen.

Uiteraard tot nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,



drs. C. Oudshoorn
Directeur Beleid