

Wordt met het wetsvoorstel de doelstelling (een betere balans tussen privacy en gebruiksgemak, doordat alleen toestemming wordt gevraagd als dit van belang is voor de privacy) bereikt?

Het Platform Affiliate Netwerken (PAN) heeft met interesse kennis genomen van het wetsvoorstel ter aanpassing van artikel 11.7a Telecommunicatiewet (de Cookiebepaling) die op 20 mei jl. ter consultatie is voorgelegd. PAN wenst hierbij haar visie te geven op het wetsvoorstel en de mate waarin dat, in haar ogen, de doelstelling van een betere balans tussen privacy en gebruiksgemak bereikt. In het kort is PAN van mening dat met het wetsvoorstel een goede stap wordt gezet voor het verbeteren van de balans tussen privacy en gebruiksgemak. Om deze doelstelling volledig te halen moet in de ogen van PAN nog een slag geslagen worden.

PAN & Affiliate marketing

PAN is de branchevereniging van de grote affiliate marketing platformen in Nederland. Affiliate marketing is een manier van online marketing waarbij de adverteerder de affiliate betaalt voor een transactie die hij genereert via zijn/haar online kanaal. Voor het functioneren van affiliate marketing is het noodzakelijk dat wordt bijgehouden welke advertentie heeft geleid tot een transactie, zodat de betreffende affiliate voor die transactie kan worden betaald. De informatie die hiervoor nodig is wordt onder meer verkregen met behulp van cookies. De cookies worden dus alleen gebruikt voor het verzamelen van statistische/analytische informatie die betrekking heeft op de advertenties op websites. Er wordt geen informatie verzameld met het doel het gedrag van consumenten te monitoren.

De Cookiebepaling

De Cookiebepaling heeft het doel om de privacy van de internetgebruiker te beschermen door de internetgebruiker te informeren en om toestemming te vragen voor het plaatsen van de cookie. In de praktijk is gebleken dat de internetgebruiker de pop-ups en cookiemuren die hierdoor zijn verschenen als gebruiksonvriendelijk ervaart. De internetgebruiker wordt hierdoor minder kritisch en hij/zij accepteert simpelweg alle cookies. Het voorliggende wetsvoorstel heeft tot doel tegemoet te komen aan de behoefte van de markt om de internetgebruiker niet 'lastig te vallen' met een informatie- en toestemmingsverplichting voor cookies die geen of geringe invloed hebben op de privacy van de internetgebruiker. PAN is van mening dat die doelstelling slechts ten dele wordt bereikt met het wetsvoorstel.

Wetsvoorstel & Affiliate cookies

Ook PAN is van mening dat de privacy van de internetgebruiker moet worden beschermd. Bij het bieden van deze bescherming moeten de belangen van alle partijen die bij het gebruik van cookies betrokken zijn in het oog worden gehouden. Het wetsvoorstel heeft tot doel het gebruiksgemak te vergroten op gebieden waar dit een minimale invloed heeft op de privacy van de internetgebruiker. PAN staat positief tegenover de invulling die de Minister heeft gegeven aan deze doelstelling. De door de Minister geformuleerde uitzondering ziet enkel op cookies die tot doel hebben het verzamelen van informatie over websites. Cookies die tot doel hebben het verzamelen van informatie over de internetgebruiker zijn niet uitgezonderd van de verplichten uit de Cookiebepaling. Op deze manier wordt het gebruiksgemak voor zowel de internetgebruiker als de websitehouder vergroot, zonder dat de privacy van de internetgebruiker hierdoor in het geding komt.

In dit kader wordt in de toelichting op het wetsvoorstel terecht overwogen dat naast de analytics cookies, die geplaatst worden om de kwaliteit en effectiviteit van de website in kaart te brengen, ook de affiliate cookies onder deze uitzondering kunnen vallen. Immers wordt ook met deze cookies enkel informatie verzameld over de effectiviteit van de website en dan met name over de advertenties daarop. De verzamelde informatie ziet dus op de affiliate die met de advertentie een transactie voor een aanbieder van een dienst genereert, en niet op de internetgebruiker. PAN is erover verheugd dat in

de toelichting expliciet wordt ingegaan op het feit dat het gebruik van de affiliate cookies op deze wijze geen of een geringe invloed heeft op de privacy van de internetgebruiker.

Ook op Europees niveau wordt aandacht besteed aan cookies die geen of een geringe invloed hebben op de privacy van de internetgebruiker. Zo gaan er stemmen op die pleiten voor het uitzonderen van de informatie- en toestemmingsverplichting van cookies die slechts ‘pseudo-anonieme data’ verzamelen. Pseudo-anonieme data is data die tussen anonieme data en direct identificeerbare data instaat. Op basis van deze data kunnen interesseprofielen worden gemaakt, zonder dat deze te herleiden zijn tot een persoon. Deze cookies hebben derhalve geen of een geringe invloed op de privacy van een individuele internetgebruiker en zouden, aldus onder meer Europarlementariër Séan Kelly, uitgezonderd kunnen worden van de Cookiebepaling.

Balans tussen privacy en gebruiksgemak

Hoewel de voorgestelde wijziging in de Cookiebepaling bijdraagt aan de doelstelling van het wetsvoorstel: “een betere balans tussen privacy en gebruiksgemak” wordt deze doelstelling in de ogen van PAN nog niet geheel bereikt. Op het gebruik van cookies zijn naast de verplichtingen uit de Telecommunicatiewet ook andere wettelijke verplichtingen van toepassing, zoals bijvoorbeeld de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Door die verplichtingen wordt het gebruiksgemak voor de internetgebruiker dat wordt beoogd met de uitzondering in de Cookiebepaling (deels) ongedaan gemaakt.

Indien de informatie die een cookie gebruikt een persoonsgegeven is in de zin van artikel 1 sub a Wbp moet de gebruiker van de cookie voldoen aan de verplichtingen uit de Wbp, ondanks dat die cookie is uitgezonderd van de informatie- en toestemmingsverplichtingen uit de Cookiebepaling. Dit kan de tegenstrijdige situatie opleveren dat hoewel het gebruik van de cookie is uitgezonderd van de informatie- en toestemmingsverplichtingen omdat deze geacht wordt geen of een geringe invloed te hebben op de privacy van de internetgebruiker, de gebruiker van de cookie desondanks moet voldoen aan de (strengere) eisen van de Wbp. Partijen die een cookie plaatsen dienen op grond van de Wbp bijvoorbeeld bewerkersovereenkomsten aan te gaan, de verwerking te melden bij het College Bescherming Persoonsgegevens, de betrokkenen te informeren over de verwerking en de doeleinden daarvan en in sommige gevallen zelfs alsnog toestemming te vragen.

Dit effect wordt versterkt door het vierde lid van de voorgestelde Cookiebepaling. Deze bevat een wettelijk vermoeden dat er sprake is van een verwerking van persoonsgegevens indien gegevens over het gebruik van verschillende websites worden verzameld. Doordat de uitzondering van het derde lid enkel uitzondert voor de informatie- en toestemmingsverplichtingen van het eerste lid blijft dit wettelijk vermoeden uit het vierde lid ook voor de uitgezonderde cookies in stand. Daardoor dient de gebruiker van een cookie die is uitgezonderd van toepasselijkheid van het eerste lid vanwege de geringe invloed op de privacy van betrokkenen ófwel alsnog te voldoen aan de vereisten van de Wbp - ongeacht of er daadwerkelijk persoonsgegevens worden verwerkt - ófwel aan te tonen dat er géén persoonsgegevens worden verwerkt. Het gevolg van deze tegenstrijdige situatie is dat de beoogde positieve effecten op de gebruiksvriendelijkheid voor de internetgebruiker door het uitzonderen van dergelijke cookies deels teniet worden gedaan. Op grond van de Wbp geldt immers ook een informatieverplichting en in sommige gevallen tevens een toestemmingsvereiste. Daarnaast wordt er een onevenredige last op de gebruikers van dergelijke cookies gelegd in verhouding tot het effect van die cookies op de privacy van de internetgebruiker.

Om de doelstelling van het voorgelegde wetsvoorstel te kunnen behalen zou PAN graag tevens aandacht zien voor de balans tussen het gebruiksgemak van de gebruiker van de cookie en de privacy van de internetgebruiker. Bij een dergelijke afweging behoort uiteraard het privacybelang van de internetgebruiker centraal te staan. Tevens dienen de belangen van de gebruiker van de cookie in het oog te worden gehouden. In het bijzonder indien de cookie geen of geringe invloed heeft op de privacy

van de internetgebruiker dient de last voor de gebruiker van de cookie die voortvloeit uit de toepasselijke wetgeving niet onevenredig zwaar te zijn. PAN pleit in deze voor een brede werkbare oplossing die recht doet aan de positie en belangen van zowel de internetgebruiker als de gebruiker van de cookie.

In dit kader kan PAN zich voorstellen dat de cookies die door het derde lid uitgezonderd worden van de toepassing van het eerste lid, tevens uitgezonderd worden van toepassing van het vierde lid. PAN ziet daarin geen bedreiging voor de privacy van internetgebruikers, omdat in het voorgestelde derde lid juist is opgenomen dat de uitzondering alleen geldt voor cookies met een geringe invloed op de privacy van internetgebruikers.

Conclusie

PAN, als branchevereniging voor de grote affiliate marketing netwerken, acht de bescherming van de privacy van internetgebruikers van groot belang. Deze bescherming moet op een adequate en gebruiksvriendelijke manier geboden worden. In het kader van cookies dient bij de vormgeving van deze bescherming gelet te worden op de belangen van alle partijen die betrokken zijn bij het gebruik van cookies.

De voorgestelde wijziging in de Cookiebepaling acht PAN een grote stap in de goede richting. De uitzondering van cookies die geen of slechts in geringe mate invloed hebben op de privacy van de internetgebruiker van de informatie- en toestemmingsverplichtingen draagt bij aan een adequate en gebruiksvriendelijke bescherming van de privacy van de internetgebruiker. Terecht vallen niet enkel analytics cookies maar ook affiliate cookies onder deze uitzondering. PAN wijst er in deze op dat de belangen van de gebruikers van de cookies niet uit het oog moeten worden verloren bij het bewerkstelligen een werkbare oplossing. Hierbij is van belang dat de last uit overige wettelijke verplichtingen voor de gebruiker van de cookie in verhouding blijft tot het doel van die verplichtingen en de feitelijke omstandigheden. Met name voor de situatie waarbij verplichtingen uit andere wettelijke regelingen afbreuk doen aan de werking van de Cookiebepaling en de daarin geformuleerde uitzonderingen zou PAN graag zien dat een balans wordt gevonden.

Platform Affiliate Netwerken (PAN)