

Zienswijze met betrekking tot het Concept Wetsvoorstel Wijziging art. 11.7a Telecommunicatiewet ten behoeve van de internetconsultatieronde

Considerati bedankt het Ministerie van Economische Zaken voor de mogelijkheid inbreng te leveren in de internetconsultatie rondom de voorgestelde wijziging van de Telecommunicatiewet. Considerati is een onafhankelijk adviesbureau op het gebied van ICT recht en -beleid. Wij adviseren organisaties over recht en beleid en de toepassing daarvan in het digitale domein.¹ Graag bieden wij u op basis van onze kennis en praktijkervaring een aantal observaties en aanbevelingen aan ter verbetering van de cookiebepaling. Allereerst merken wij op dat met het voorliggende wetsvoorstel en de bijbehorende toelichting significante stappen voorwaarts zijn gezet in de richting van gebruiksgemak en praktische uitvoerbaarheid. Dit versterkt privacybescherming voor consumenten en het draagvlak voor de cookiebepaling. In deze bijdrage willen wij uw aandacht vragen voor de onderstaande vijf punten die, naar onze mening, geadresseerd moeten worden in het wetsvoorstel en de daarbij behorende Memorie van Toelichting.

1. Informatieverstrekking over cookies moet gebruiksvriendelijk zijn

Considerati wijst erop dat het stellen van eisen aan de weergave van de informatie een grote impact heeft op het dagelijkse internetgebruik. Het belang van juiste en begrijpelijke informatieverstrekking aan de consument wordt het meest gediend met korte, toegankelijke boodschappen. Lange teksten worden in de praktijk niet gelezen en dragen niet bij aan privacy-bewustzijn. Onze ervaring in de e-commerce sector leert dat hoe meer kliks en handelingen een gebruiker moet verrichten om haar weg te vinden op een site, hoe groter de kans is dat deze afziet van een transactie. Considerati beveelt de Minister daarom aan om de wettelijke informatieverplichting zodanig in te richten dat de benodigde informatie op een voor zowel ondernemers als consumenten gebruiksvriendelijke manier wordt aangeboden. Naar onze mening moeten banners en pop-ups niet hinderlijk zijn voor consumenten en hun normale surfgedrag niet onevenredig in de weg zitten. Pop ups of banners moeten een algemeen overzicht bieden van de verwerkingsdoeleinden en vervolgens verwijzen naar een volledige privacy-notice. Met name in het licht van het steeds populairder worden van mobiele toepassingen is het van belang te beseffen dat informatievoorziening bruikbaar en toegankelijk is. Wij ondersteunen de visie van het Kabinet dat de consument via campagnes en voorlichting bewuster wordt van de manier waarop persoonsgegevens worden verwerkt.

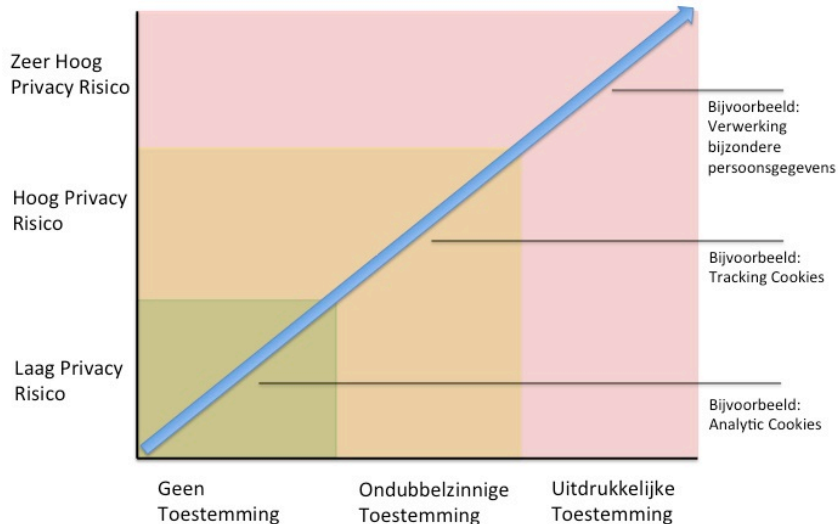
2. Het toestemmingsvereiste moet daadwerkelijk bijdragen aan privacybescherming

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) kent twee vormen van toestemming: ondubbelzinnige toestemming en uitdrukkelijke toestemming.² Om de waarde van deze vormen van toestemming als mechanisme om gegevensverwerkingen te legitimeren, stellen wij dat de mate van toestemming die wordt vereist in verhouding moet staan tot de mate waarin een gegevensverwerking daadwerkelijk een privacyrisico vormt. Zie het figuur hieronder voor een visuele weergave van dit uitgangspunt.

¹ Voor meer informatie over ons bedrijf en onze dienstverlening, zie www.considerati.com

² Op basis van art. 8 Wbp zijn naast toestemming ook andere grondslagen mogelijk

Toestemming versus Privacy-risico



Het *terugbrengen* van het aantal gevallen waarin de toestemmingswaarborg geldt zal uiteindelijk leiden tot een *verbetering* van effectieve privacybescherming. Cookiemeldingen komen namelijk zo vaak in beeld dat de consument het nauwelijks meer leest. Er treedt een zekere 'klik-moeheid' op, waarmee de toestemmingshandeling uiteindelijk haar waarde verliest.³ Het veelvuldig stellen van de toestemmingseis leidt uiteindelijk tot inflatie van deze waarborg. De versoepeling in dit wetsvoorstel is een goede stap in de richting van zowel praktische uitvoerbaarheid van de cookiebepaling als effectieve privacybescherming van de eindgebruiker..

Hoe sterk het aantal vragen om toestemming daalt onder het nieuwe regime hangt af van wat nu *wel* en wat *niet* een 'meer dan geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene' oplevert. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt een inbreuk 'gering' geacht op het moment dat een cookie informatie over *de aangeboden dienst* verzamelt. Er is pas sprake van een 'meer dan geringe' inbreuk wanneer een cookie informatie over *persoonlijke kenmerken van de gebruiker* verwerkt. Considerati adviseert om bij het beoordelen van de privacygevoeligheid van cookies terughoudend te zijn met de conclusie dat een cookie gericht is op het verwerken van persoonsgegevens. Dit omdat het verbreden van de categorie cookies die een meer dan geringe inbreuk op privacy vormen, leidt tot een toename van het aantal toestemmingsvragen, met als gevolg een toenemende klik-moeheid bij de consument en een afnemende privacybescherming.

3. Voorkomen van begripsverwarring met betrekking tot toestemming

De Wbp kent alleen de ondubbelzinnige en de uitdrukkelijke toestemming. Echter, zowel in de wetsgeschiedenis als in het politieke debat worden verschillende toestemmingsbegrippen

³ Zie: R. Böhme & S. Köpsell, "Trained to accept; a field experiment on consent dialogues." ACM, New York, 2010; te raadplegen via: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=1753689>. Zie ook: D.J. Solove, "Privacy self-management and the consent dilemma", George Washington University Law School, 2012; te raadplegen via: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018

gehanteerd, zoals impliciete of expliciete toestemming.⁴ Het is onze ervaring dat deze begripsverwarring onduidelijk maakt welke wettelijke vorm van toestemming voor een bepaalde cookie vereist is. Organisaties willen daarnaast weten wat zij concreet moeten doen om in overeenstemming met de wet te handelen. Daarom denken wij dat het nuttig is om in de Memorie van Toelichting bij de voorgestelde wetswijziging op te nemen welk type gedraging in de online omgeving vereist is om te kunnen spreken van respectievelijk ondubbelzinnige toestemming en uitdrukkelijke toestemming.⁵

4. Ondubbelzinnige toestemming voor tracking cookies

Omdat 'tracking cookies' worden vermoed persoonsgegevens te zijn, is een grondslag voor de verwerking van deze persoonsgegevens nodig. Voor tracking cookies is de ondubbelzinnige toestemming dan volgens politiek en toezichthouder de meest aangewezen grondslag. Hoewel Considerati van mening is dat het privacyrisico bij het gebruik van de meeste tracking cookies niet dusdanig is dat wij de strenge waarborg van de ondubbelzinnige toestemming als uitgangspunt moeten nemen (met het oog op de waarborginflatie), kan onder omstandigheden de ondubbelzinnige toestemming wel een noodzakelijke eis zijn.

In lijn met de relevante Europese Richtlijnen⁶ stelt Considerati dat er voor het verkrijgen van ondubbelzinnige toestemming van de gebruiker twee stappen nodig zijn. Ten eerste moet men de gebruiker informeren over het feit dat de website-aanbieder gebruik maakt van cookies. Ten tweede is een actieve gedraging van de gebruiker vereist. Deze gedraging kan zowel een handeling zijn als ook een voortzetting van het gedrag dat hij vertoonde op het moment dat de informatie over de gegevensverwerking aan hem bekendgemaakt werd. Praktisch betekent dit het klikken op een Ja knop, ofwel, het doorgaan met het gebruiken van de dienst of website (bijvoorbeeld het doorklikken op de pagina).⁷ Het vereisen van uitdrukkelijke toestemming, moet beperkt blijven tot de situaties waarin ook daadwerkelijk een zeer hoog privacyrisico ontstaat, bijvoorbeeld omdat er veel bijzondere persoonsgegevens verwerkt worden. Bij de meeste tracking cookies is dit niet het geval..

5. Internationale harmonisatie

Het is voor ondernemers van groot belang dat er in de gehele EU een gelijk juridisch kader is met betrekking tot de randvoorwaarden voor online dienstverlening.⁸ In het belang van de concurrentiepositie van Nederland moet onze wetgeving zo goed mogelijk aansluiten bij die van omliggende landen. Zowel met betrekking tot de omgekeerde bewijslast in de cookiebepaling als met betrekking tot de interpretatie van het toestemmingsvereiste signaleren wij dat de Nederlandse situatie afwijkt van andere EU Lidstaten. In de toelichting bij het concept wetsvoorstel geeft u aan dat de omgekeerde bewijslast geen strengere eis

⁴ Impliciete toestemming is een stilzwijgende wilsuiting die niet aansluit bij de wettelijke toestemmingsvormen. Expliciete toestemming is hetzelfde als uitdrukkelijke toestemming.

⁵ Zoals aangegeven op p.13 van de toelichting bij het concept wetsvoorstel is het toezicht hierop vervolgens een taak voor de ACM. Ter aanvulling merken wij op dat ook het Cbp hier een rol heeft.

⁶ Richtlijnen 1995/46/EG (met name artikel 7 sub a), 2002/58/EG en 2009/136/EG

⁷ Wanneer de betrokkene hier wel bezwaar tegen heeft, dan kan hij de omgeving waar hij zich bevindt verlaten en cookies verwijderen van zijn randapparatuur. Wij sluiten daarmee aan bij de uitleg van Minister Kamp tijdens het Algemeen Overleg Telecom met de Tweede Kamercommissie voor Economische zaken d.d. 29 mei 2013. Deze uitleg is in lijn met de Opinie van de Artikel 29 Werkgroep d.d. 13 juli 2011 en met de Wbp

⁸ Denk hierbij naast het internet ook aan TV- en Video-on-demand, mobiele applicaties, slimme energiemeters et cetera.

inhoudt dan EU Richtlijnen voorschrijven.⁹ Echter wij constateren dat de implementatie hiervan wel *anders* is dan in omliggende landen. Met betrekking tot het begrip toestemming ontstaan momenteel ook lokale interpretatieverschillen over de vragen welke gedraging van een consument aangemerkt kan worden als wilsuiking en welke soort toestemming gepast is in een bepaald geval.¹⁰ Het is van groot belang om naar harmonisatie van dit toestemmingsbegrip te streven.

Voor meer informatie of een toelichting over deze bijdrage aan de internetconsultatie kunt u contact opnemen met Considerati. Onze contactpersoon is Peter van der Veen, telefoonnummer 06 349 75 024 of 020- 737 0069.

⁹ Op p. 5

¹⁰ Zie ook: <http://www.huntonprivacyblog.com/2013/06/articles/council-of-the-european-union-discusses-progress-on-the-proposed-eu-data-protection-regulation/> Op pagina 4 van de toelichting bij het concept wetsvoorstel wordt ook aan lokale interpretatieverschillen gerefereerd.