

Ministerie van Economische Zaken
T.a.v. de Minister van Economische Zaken
De heer H.G.J. Kamp
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

Hoofddorp, 30 juni 2013

Onderwerp: Reactie in het kader van internetconsultatie concept wetsvoorstel wijziging artikel 11.7a Telecommunicatiewet

Excellentie,

In het kader van de internetconsultatie op het op 20 mei jl. openbaargemaakte concept wetsvoorstel met toelichting met betrekking tot artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (hierna “de cookiebepaling”), reageer ik hierbij namens Sanoma Media Netherlands B.V. (hierna “Sanoma”) op dit concept wetsvoorstel en toelichting.

Doel van het wetsvoorstel is om de uitzondering voor het informatie en toestemmingsvereiste uit te breiden tot die situaties waarin cookies worden gebruikt voor (onder meer) analytische doeleinden. Het verwachte effect van het wetsvoorstel is dat met deze wijziging het aantal gevallen waarin de internetgebruiker bij het plaatsen en lezen van cookies moet worden geïnformeerd en toestemming zal moeten verkrijgen zal verminderen. Hierdoor zal alleen nog toestemming moeten worden verkregen waarin dat mogelijk ook daadwerkelijk van belang is voor de privacy van de gebruiker. Met de internetconsultatie wordt gevraagd op het wetsvoorstel en de toelichting te reageren.

Algemene reactie

In algemene zin is onze reactie dat *in theorie* het verwachte effect ook daadwerkelijk zal worden bereikt. Er van uitgaande dat de cookiebepaling door elke websitehouder wordt nageleefd. De praktijk is echter zo dat dit in veel gevallen nog niet het geval is. Met name (kleinere) websites die nu met deze wetswijziging worden geholpen, voldeden in veel gevallen nog niet aan de wet. De wetswijziging zal daarmee ten opzichte van de huidige feitelijke situatie geen vermindering van het aantal cookiemeldingen opleveren.

Hierna zal in detail worden ingegaan op het concept wetsvoorstel en de toelichting daarop.

Wetsvoorstel

Sanoma heeft kennisgenomen van het concept wetsvoorstel alsmede van de reeds binnengekomen reacties daarop, waaronder de reactie vanuit het VNO-NCW¹. Sanoma zal hierna onder punt *ii. Wet bescherming persoonsgegevens naast Telecommunicatiewet* kort ingaan op één onderdeel van het concept wetsvoorstel. Voor het overige heeft Sanoma inhoudelijk geen andere opmerkingen op het concept wetsvoorstel dan als genoemd in de reactie vanuit het VNO-NCW en verwijst dus op dit onderdeel naar die reactie.

Toelichting op wetsvoorstel

Sanoma maakt graag gebruik van de mogelijkheid om op de toelichting op het wetsvoorstel te reageren. In deze brief zal daarbij worden ingegaan op een drietal onderwerpen van de toelichting. Daarnaast is bij deze brief een bijlage opgenomen met enkele losse opmerkingen bij de toelichting.

¹ Reactie VNO-NCW d.d. 24 juni 2013: <http://internetconsultatie.nl/cookiebepaling/reactie/25469/bestand>

Sanoma reageert graag inhoudelijk op de volgende drie onderwerpen:

- i. Gebruiksvriendelijke oplossingen: technisch mogelijk?
- ii. Wet bescherming persoonsgegevens naast Telecommunicatiewet;
- iii. Rechtsvermoeden dat persoonsgegevens worden verwerkt bij gebruik *'tracking cookies'*.

i. Gebruiksvriendelijke oplossingen: technisch mogelijk?

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt herhaaldelijk gepleit voor gebruiksvriendelijkere oplossingen en wordt gesteld dat dit technisch mogelijk zou zijn². Daarmee suggererend dat niets websitehouders nog in de weg zou staan om bezoekers op een gebruiksvriendelijke manier over het gebruik van cookies te informeren en de mogelijkheid te bieden een keuze te maken. Dat er nog maar weinig gebruiksvriendelijke oplossingen beschikbaar zijn is echter niet voor niets. Een gebruiksvriendelijke oplossing³ vereist namelijk ingrijpende technische, praktische en commerciële aanpassingen.

Sanoma heeft als uitgever van verschillende websites het afgelopen jaar intensieve ervaring opgedaan met het daadwerkelijk uitvoering geven aan de cookiebepaling⁴. Op basis van die ervaring kunnen wij dan ook zeggen dat stellingen als *"Zonder tracking cookies ontvangt de websitehouder lagere reclame-inkomsten, omdat hij dan geen (op de uit het surfgedrag gebleken interesses van de bezoeker) gerichte reclames kan aanbieden, maar moet volstaan met minder gerichte advertenties"*⁵ geen oog hebben voor de praktijk.

Websitehouders maken voor het überhaupt kunnen tonen van advertenties op hun websites namelijk gebruik van een zogenaamde 'ad server'⁶. Niet alleen de adverteerders (en door adverteerder ingeschakelde derden zoals mediabureau, DSP⁷, enz.) gebruiken cookies, maar de ad server ook (ten behoeve van het bijhouden van de getoonde advertenties, bijhouden aantal impressies en clicks, 'frequency capping'⁸ en in sommige gevallen ook het opbouwen van profielen). Weigert een bezoeker dus gebruik van cookies, dan kan de websitehouder geen gebruik meer maken van de ad server. Bij een weigering tot gebruik van cookies kan de websitehouder dus helemaal geen advertenties meer tonen (wat weer het risico met zich brengt dat dit (het niet ontvangen van advertenties bij het weigeren van cookies) voor bezoekers de beweegreden wordt om cookies te weigeren, meer nog dan eventuele privacy overwegingen).

Websitehouders zullen dus bij voorkeur een alternatief voor de normale ad server (met bijbehorende advertenties) willen optuigen. Daartoe moeten zij echter wel kosten maken die ze niet zullen terugverdienen. Daarnaast zal hij adverteerders moeten vinden die (ook) advertenties zonder cookies willen laten vertonen. Weliswaar heeft de websitehouder *in theorie* de mogelijkheid om ook adverteerders toe te laten die bijvoorbeeld alleen gebruik maken van een affiliate cookie, maar de websitehouder kan niet controleren voor welke doeleinden de cookies van adverteerder worden gebruikt (omdat hij deze niet kan uitlezen). Websitehouder zal –gezien het standpunt van de ACM ten aanzien van de (mede)verantwoordelijkheid van de websitehouder- zich op dat punt geen risico's kunnen veroorloven.

Rest websitehouder nog een ander alternatief en dat is dat bezoekers die cookies weigeren alleen toegang tot de site wordt geboden tegen betaling. Praktijk leert echter dat nog slechts een klein percentage bezoekers bereid is te betalen voor de sites die zij bezoeken. Feitelijk is dit een oplossing die alleen open staat voor

² Pagina 12 en 13, onder 4.2.4; en, pagina 14, voorlaatste alinea: *"Ik pleit er dan ook voor om de bezoeker de keuze te bieden om voor verschillende typen cookies apart aan te kunnen geven of deze al dan niet door de bezoeker worden geaccepteerd. De technische mogelijkheden om bezoekers deze gebruiksvriendelijkheid te bieden zijn er."*

³ Onder een 'gebruiksvriendelijke oplossing' wordt hierna verstaan een oplossing die het normale gebruik van het internet minimaal onderbreekt. Oftewel, geen 'cookiewall' en de mogelijkheid voor bezoekers om een website ook (al dan niet tegen betaling of in een 'uitgeklede vorm') te bezoeken als geen toestemming wordt gegeven voor het gebruik van cookies.

⁴ Met de oplossing waarmee uitvoering is gegeven aan de cookiebepaling voor de gewone websites (desktop) alleen al zijn ruim 500 mandagen werk gemoed geweest. Uitrol van deze oplossing op mobiel en tablet volgt.

⁵ Toelichting op wetsvoorstel, pagina 13.

⁶ Voor meer info: https://en.wikipedia.org/wiki/Ad_serving (de Engelstalige toelichtingen op Wikipedia over online adverteren zijn over het algemeen beter -meer uitgebreid en meer volledig- dan de Nederlandstalige).

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Demand-side_platform

⁸ https://en.wikipedia.org/wiki/Frequency_capping

websites die een nichemarkt bedienen (fd.nl is daarvan een voorbeeld). Zodra er substituten zijn voor de website, neemt de bereidheid tot betaling onder bezoekers sterk af. Daar komt bij dat onder bezoekers het gebruik van zogenaamde 'Ad blockers'⁹ groeit. Deze bieden bezoekers ook al de mogelijkheid om websites vrij van advertenties te kunnen bezoeken. Ook hier weer geldt dus dat de hier uit te verwachten opbrengsten niet opwegen tegen de kosten die met deze gebruiksvriendelijkere oplossing gepaard gaan.

Bovenstaande zorgt er dus voor dat veel websitehouders naar aanleiding van een kosten-baten analyse de keuze maken dan maar het gebruiksonvriendelijke model van weigering van de toegang tot de website in te zetten. Iets wat overigens in onze offline samenleving algemeen wordt geaccepteerd: niemand kijkt er raar van op als de uitbater van een café het nuttigen van tenminste één consumptie als voorwaarde stelt om gebruik te mogen maken van het toilet.

Samengevat kan dus worden gesteld dat de theorie en de praktijk ver uit elkaar liggen, zodat de stelligheid waarmee in de toelichting wordt gesproken van technische mogelijkheden geen steun vindt in de praktijk.

Ten aanzien van bovenstaande geldt dat dit uitsluitend nog ziet op het bieden van een keuzemogelijkheid aan de bezoeker. Het vereiste dat deze toestemming voorafgaand aan het gebruik van cookies moet worden verkregen, brengt weer nieuwe, andere technische, praktische en commerciële problemen met zich mee. Omdat in de consultatie uitsluitend ruimte wordt geboden te reageren op de wetwijziging en de toelichting op het wetsvoorstel en uitdrukkelijk niet op de verplichtingen tot informeren en toestemming verkrijgen, beperken wij ons hier tot de opmerking dat de maatregelen die een websitehouder moet nemen (en de praktische en commerciële gevolgen die deze maatregelen hebben) volstrekt disproportioneel zijn afgezet tegen de relatief geringe impact op de privacy van de bezoeker (voor zover überhaupt sprake is van enige impact op de privacy van de bezoeker) bij het plaatsen van een cookie bij de eerste pageview.

In aanvulling op al het bovenstaande geldt tot slot dat veel websitehouders eenvoudigweg niet over de middelen (geld, kennis en/of mankracht) beschikken om de vereiste aanpassingen voor een gebruiksvriendelijke oplossing op te tuigen.

ii. Wet bescherming persoonsgegevens naast Telecommunicatiewet

Op pagina 15 (en eerder al op pagina 12) wordt gesteld dat wanneer bij het gebruik van cookies persoonsgegevens worden verwerkt, naast de verplichtingen uit de Telecommunicatiewet ook de verplichtingen uit de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing zijn, wat zou inhouden dat voor die verwerking dan ook aan artikel 8 Wbp moet zijn voldaan. Daarmee wordt echter geen recht gedaan aan de achtergrond van de cookiebepaling, en de manier waarop de ePrivacy Richtlijn samenhangt met de Algemene Privacyrichtlijn.

De cookiebepaling volgt uit de ePrivacy Richtlijn 2009/136 (in aanvulling op ePrivacy Richtlijn 2002/58). De ePrivacy Richtlijn vormt een *lex specialis* ten opzichte van de Algemene Privacyrichtlijn 95/46, waar de Wbp uit voortkomt¹⁰. Algemene regel is dat waar bij *lex specialis* iets wordt geregeld, hetgeen bij *lex generalis* wordt geregeld terzijde schuift.

Volgens artikel 1 van de ePrivacy Richtlijn ziet die Algemene Privacyrichtlijn expliciet op de harmonisatie van de regelgeving van de lidstaten nodig ter bescherming van de rechten en plichten bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen. Daar waar het dus gaat om de verwerking van persoonsgegevens vormt de toestemming vereist op basis van de cookiebepaling daarmee tevens de verwerkingsgrondslag voor zover daarbij persoonsgegevens worden verwerkt. Zulks wordt ook gesteld door de Artikel 29 Werkgroep in haar opinie 2/2010¹¹.

Daar waar de ePrivacy Richtlijn en de Algemene Privacyrichtlijn 95/46 elkaar overlappen schuift de ePrivacy Richtlijn de Algemene Privacyrichtlijn 95/46 dus terzijde. Ten aanzien van de verwerking van (gewone) persoonsgegevens is dat dus het geval als gevolg van artikel 5 (3) ePrivacy Richtlijn 2009/136 (verwerkt in de

⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Ad_filtering

¹⁰ Zie ook overweging (10) ePrivacy Richtlijn 2002/58.

¹¹ http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_en.pdf

Nederlandse wet in artikel 11.7a Tw). De ePrivacy Richtlijn ziet bijvoorbeeld weer niet op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens zodat ten aanzien van de verwerking van dergelijke gegevens nog steeds ondubbelzinnige toestemming vereist is (als enige mogelijke verwerkingsgrond).

Zou dit anders zijn, dan behoeft het concept wetsvoorstel nog een aanpassing:

Het wetsvoorstel behelst een wijziging waarmee analytics-, a/b-testen en affiliate cookies worden uitgezonderd van het informatie en toestemmingsvereiste. Daartoe is in artikel 11.7a, lid 3 Tw een bepaling opgenomen, die stelt dat het bepaalde in lid 1 van dat artikel (informatie- en toestemmingsvereiste) niet van toepassing is op die cookies. Echter, in lid 4 van dat artikel wordt gesteld dat een handeling als bedoeld in het eerste lid (het via een elektronisch communicatienetwerk opslaan van of toegang verkrijgen tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker) die tot doel heeft gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of de abonnee te verzamelen, combineren of analyseren voor commerciële, charitatieve of ideële doeleinden, wordt vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn. Affiliate cookies verzamelen gegevens over meerdere websites voor een commercieel doel. Waar deze cookies dus zouden worden uitgezonderd voor de informatie- en toestemmingsverplichting, zouden deze nog steeds onder lid 4 van het artikel vallen en dus worden verondersteld persoonsgegevens te verwerken. Volgens de redenering als in de toelichting, zou dan ook nog een keer een verwerkingsgrondslag ex artikel 8 Wbp vereist zijn (wat in ieder geval de informatieverplichting weer terug in beeld brengt).

Dit zou kunnen worden gerepareerd door lid 4 van artikel 11.7a Tw te schrappen, waarover hieronder meer.

iii. **Rechtsvermoeden verwerking van persoonsgegevens bij gebruik tracking cookies**

Het rechtsvermoeden dat bij gebruik van tracking cookies persoonsgegevens worden verwerkt, vormt nog altijd een uitzondering op hetgeen in de rest van Europa is geregeld. Dit rechtsvermoeden (wat geen omkering van de bewijslast is¹²), zorgt voor rechtsonzekerheid aan de kant van de gebruikers van tracking cookies. Over de vraag of tracking cookies persoonsgegevens verzamelen heerst namelijk de nodige discussie. Die discussie komt er kort gezegd op neer of individualisering dan wel identificatie maatgevend is voor de vraag of een gegeven tot een natuurlijk persoon herleidbaar is, en gezien moet worden als een persoonsgegeven in de zin van de Wbp. Daar komt bij dat de toezichthouder ook niet in de positie verkeert dat deze niet zelf bewijs zou kunnen leveren van de stelling dat een partij persoonsgegevens verwerkt, hetgeen meestal de achterliggende gedachte is bij het toekennen van een rechtsvermoeden.

Tot slot

Theorie en praktijk lopen uit elkaar op dit onderwerp, hetgeen ons ertoe heeft bewogen op bovenstaande onderdelen van de toelichting te reageren. Waar het een en ander op papier eenvoudig lijkt (en wordt voorgesteld) is de praktijk dusdanig complex dat wat op papier logisch lijkt in de praktijk slechts door enkele partijen kan worden gerealiseerd. Dat voorbehoud ontbreekt in de toelichting op het wetsvoorstel en plaatst de bepleitte gebruiksvriendelijke oplossingen ook in een ander daglicht.

Uiteraard is Sanoma graag bereid om bovenstaande nader toe te lichten, of om nadere informatie te verschaffen over de manier waarop wij als websitehouder met de cookiebepaling omgaan.

Met vriendelijke groet,

Sanoma Media Netherlands B.V.

M. Buitelaar
COO Digital Media

¹² Een rechtsvermoeden kan worden weerlegd door voldoende twijfel omtrent de juistheid van dit vermoeden op te werpen. In dat geval zal de partij die zich er op beroept dat sprake is van een verwerking van persoonsgegevens alsnog bewijs moeten leveren van de juistheid van die stelling, waar een omkering van de bewijslast maakt dat de andere partij bewijs van het tegendeel dient te leveren.

BIJLAGE BIJ BRIEF D.D. 30 JUNI 2013Pagina 7 en pagina 15

Overwegingen ten aanzien van een eventueel beroep op de verwerkingsgrondslag als genoemd onder artikel 8, sub f Wbp (gerechtvaardigd belang verantwoordelijke).

Zonder enige motivering wordt hier in algemene zin gesteld dat: *“Ook bij de behartiging van het gerechtvaardigd belang van degene die de gegevens verwerkt een rechtvaardiging vormen voor verwerking van persoonsgegevens, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene (in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer) prevaleert. Het is echter niet aannemelijk dat hier snel sprake van zal zijn bij het gebruik van tracking cookies.”* Waarom dit niet aannemelijk is blijft volstrekt onduidelijk. Dit is te meer vreemd nu artikel 8, sub f Wbp van toepassing is in de situatie waarin vaststaat dat het gaat om een verwerking van persoonsgegevens. Dat is iets wat (los gezien van het rechtsvermoeden uit lid 4 van de cookiebepaling) geenszins in algemene zin kan worden gesteld ten aanzien van tracking cookies. Bovendien is het zeer de vraag of het soort gegevens dat wordt verwerkt –voor zover dat al persoonsgegevens zijn- de belangen van betrokkene raakt. Daarnaast geldt dat betrokkenen verschillende mogelijkheden ter beschikking staan om de mogelijke nadelige gevolgen van het gebruik van tracking cookies te beperken. Betrokkene kan op elk moment de cookies in zijn/haar browser verwijderen, of de instellingen van de browser wijzigen en daarnaast biedt de cookiebepaling de betrokkene de mogelijkheid cookies niet te accepteren.

Pagina 8

3.1 Analytic cookies: in dit hoofdstuk worden voorwaarden gesteld aan het gebruik van analytic cookies om voor uitzondering onder de cookiebepaling in aanmerking te komen. Hierbij wordt herhaaldelijk gesproken over een (bewerker)overeenkomst. Met het gebruik van de term ‘bewerker’ wordt een verband gelegd met de Wet bescherming persoonsgegevens, en daarmee de suggestie gewekt dat analytic cookies persoonsgegevens verwerken. Echter, analytic cookies leggen geen gegevens betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon vast. De term (bewerker)overeenkomst dekt daarmee niet de lading.

Pagina 10

4.1 Informatieplicht: De eerste zin luidt: *“De cookiebepaling schrijft voor dat voorafgaand aan het vragen om toestemming voor het plaatsen of lezen van cookies, de gebruiker duidelijk en volledig wordt geïnformeerd overeenkomstig de Wbp, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt.”* Waar waarschijnlijk wordt bedoeld: *“De cookiebepaling schrijft voor dat voorafgaand aan ~~het vragen om toestemming voor~~ het plaatsen of lezen van cookies, de gebruiker duidelijk en volledig wordt geïnformeerd overeenkomstig de Wbp, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt, en de gebruiker toestemming heeft verleend tot het plaatsen en lezen van cookies.”* De wet schrijft namelijk niet voor dat het moment van informeren en toestemming verkrijgen (de wet spreekt van verkrijgen, niet van vragen) uit elkaar worden getrokken. Beide kunnen dus samenvallen.

Pagina 15

Tweede regel: *“van de Algemene wet bestuursrecht”* moet uiteraard zijn: *“van de Algemene wet bestuursrecht”*.