

HEADLINE FEATURES: INTERNETCONSULTATIE

ARTIKEL 11.7A TW COOKIES

Status per 20130701

1.	INLEIDING	<p>Per 1 juni 2012 is artikel 11.7a Telecommunicatiewet in werking getreden en is een uitwerking van de Wet Bescherming Persoonsgegevens en vormt de implementatie van artikel 5 lid 3 van de Europese richtlijn 2002/58/EG. Deze Europese privacy wetgeving stamt al uit 1995 en beschermt de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker van elektronische communicatienetwerken, oftewel privacy bescherming op internet. En is al sinds 1814 in lijn met onze Grondwet; eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.</p> <p>De huidige cookieswet bevat twee verplichtingen richting de websitegebruiker:</p> <p>(i) er moet duidelijke en volledige informatie worden verstrekt aan de websitegebruiker, en;</p> <p>(ii) de websitegebruiker moet toestemming verlenen voor het plaatsen van cookies.</p>
2.	WIJZIGING	<p>In de praktijk zijn er, volgens de toelichting bij het wetsvoorstel, twee ergernissen ontstaan namelijk: (i) voor alle cookies dient de websitehouder toestemming te vragen, ook voor cookies met geringe privacygevolgen en (ii) websitegebruikers hebben het gevoel dat zij geen vrije keuze hebben in het verlenen van toestemming, waarbij zonder toestemming geen gebruik kunnen maken van de website. Er is nog een derde groep die zich eveneens ergert en dat zijn de marketeers die op basis van de geplaatste (tracking) cookies hun brood verdienen, zij zien het liefst de toestemming en informatieverplichting helemaal verdwijnen.</p> <p>Er ligt nu een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 11.7a lid 3 TW, waarin een uitzondering wordt gemaakt voor cookies die geen privacygevoelige informatie verzamelen. Het gebruik van cookies om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij valt onder de uitzondering, <u>mits</u> dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene.</p> <p>Het doel van dit wetsvoorstel is om een betere balans tussen privacy en gebruiksgemak te krijgen, doordat alleen toestemming wordt gevraagd als dit van belang is voor de privacy.</p>
3.	GEBRUIKS- GEMAK	<p>Het aanpassen van deze wetgeving dient er voor te zorgen dat het gebruiksgemak van de websitegebruiker toeneemt. Deze wet is namelijk geschreven voor de websitegebruiker, maar voor wie dient nu eigenlijk het gebruiksgemak in de praktijk waar de wetswijziging op doelt?</p>

All rights reserved, Arthur's Legal (www.arthurslegal.com).

The content of in this publication is provided for general information purposes only; it does not constitute legal or any other professional advice. 1

Uiteraard zullen er een aantal websites zijn die door de wetswijziging geen toestemming meer hoeven te vragen, omdat zij alleen technisch noodzakelijke analytic cookies plaatsen en die gebruiken voor het verbeteren van de website. Ook reclamebanners die alleen de effectiviteit meten over de hoeveelheid bezoekers zijn toegestaan. De websitegebruiker dient nog steeds zijn toestemming te verlenen voor cookies door middel van opt-in en dus een handeling te verrichten. Dit levert niet een gebruikersgemak op voor de websitegebruiker.

Pop-ups zijn een manier om toestemming te krijgen welke rechtmatig is en zullen niet verdwijnen. Voor de marketeers die hun verdienmodel gebaseerd hebben op de inkomsten die de websitehouder genereert met reclame op de website, dient hiermee hun gebruiksgemak. Voor de websitegebruiker ervaart geen enkel gebruiksgemak.

De websitehouder krijgt een ruimere mogelijkheid om cookies zonder toestemming te plaatsen. Het is namelijk niet zo dat gevraagde toestemming noodzakelijk is om de site technisch te laten werken. Op die manier wordt er gebruik gemaakt van cookies enkel om een opt-in te verkrijgen zoals bijvoorbeeld de NOS of NPO website. Dit soort blokkades dienen niet de uitvoering van de wet en al helemaal niet het gebruikersgemak van de websitegebruiker, eerder een belemmering. Op deze manier wordt het toestemmingsvereiste misbruikt. Een ander voorbeeld is een website waarbij je de instellingen via het soort website kunt aanpassen, volgens het wetsvoorstel zou alleen nog maar toestemming voor de optimale website nodig zijn, maar daar dient de keuze worden gemaakt welke privacygevoelige (tracking) cookies worden geplaatst. Dit is veel overzichtelijker en gebruiksvriendelijker.

Ook voor third party analytic cookies geldt bovenstaande. Daar dient de websitehouder dan een privacy en bewerkers overeenkomst mee af te sluiten, echter een dergelijke overeenkomst zal de websitehouder niet met bijvoorbeeld Google afsluiten. Elke soort third party cookies zijn niet te controleren door de websitehouder en het afsluiten van overeenkomsten gebeurt in de praktijk gewoonweg niet. Third party analytic cookies dienen dan ook niet onder de uitzondering te vallen, omdat dit in de meeste gevallen kan leiden tot misbruik van informatie en toestemming. En voor geen enkele partij dit een gebruiksgemak oplevert.

4. **PRIVACY**

De websitegebruiker wordt zich inmiddels meer bewust van het gebruik van cookies op websites, maar of dit ook geldt voor de privacy van de websitegebruiker is af te vragen. Het is algemeen bekend, ook bij de websitegebruiker, dat de informatie op internet en websites gratis is en dat daarvoor data prijsgegeven wordt. Het is een soort ruilhandel. Door het gebruik maken van de website en de diensten wordt toestemming verleend. Een websitegebruiker geeft nu toestemming voor alle cookies, privacygevoelig of niet. Met de wetswijziging wordt beoogt om alleen toestemming te vragen voor privacygevoelige cookies, dus er worden ook zonder dat de websitegebruiker toestemming geeft cookies geplaatst. Dit zorgt voor meer onduidelijkheid voor de websitegebruiker.

	<p>De ruimere mogelijkheid voor de websitehouder zorgt er voor dat heel makkelijk het toestemmingsvereiste kan worden omzeilt, met name cookies waarvan gezegd wordt dat deze dienen voor het meten en analyseren van het aantal clicks, terwijl deze juist heel geschikt is om persoonsgegevens hiermee te verzamelen.</p> <p>Er wordt namelijk geen limitatieve opsomming gegeven welke cookies onder deze uitzondering vallen. Waardoor vele cookies in een grijs gebied terecht komen. Zo kan via een reclamebanner/affiliate cookies wel degelijk persoonsgegevens verzameld worden, omdat de websitegebruiker wel gerichte advertenties ontvangt.</p> <p>Het moet voor de websitegebruiker duidelijk zijn welke soort cookies worden gebruikt, voor welke doeleinden, de gegenereerde gegevens die worden gebruikt en door wie, zodat de gebruiker weet waar hij mee in stemt op basis van zijn keuzevrijheid. Echter, de huidige wetgeving maakt het mogelijk om toestemming te vragen voor meerdere belanghebbenden, waarbij niet duidelijk is welke informatie door welke belanghebbende wordt gebruikt. Een willekeurig doch goed voorbeeld is de website nu.nl daarbij wordt meteen toestemming gevraagd voor sbs.nl, sanoma.nl etc. Terwijl de websitegebruiker voor deze specifieke website toestemming geeft. Alle verzamelde data wordt door meerdere belanghebbenden gebruikt. Hierbij wordt de privacy van de websitegebruiker totaal niet gewaarborgd en alles onder een enkele opt-in toestemming gebracht. Dit probleem wordt door het voorstel niet opgelost.</p> <p>De informatieverplichting dient duidelijker en gespecificeerd te worden en dat brengt veel veranderingen in de privacy en cookies statements mee. Hierin dient exact op geschreven te worden wat de cookies registreren en voor welk doel wordt gebruikt. Alleen op die manier kan privacy worden gewaarborgd. Dat is ook het doel van de huidige wetgeving, alleen het wetsvoorstel zorgt er voor dat de privacybescherming wordt beperkt doordat zogenaamde privacyneutrale cookies toegestaan zijn maar geen grenzen kennen.</p>
5. HANDHAVING	<p>De doelstelling van de wetwijziging zou moeten zijn een balans tussen twee belangen van de personen/gebruikers: (i) privacy van hun persoonsgegevens, en (ii) meer gebruiksgemak voor die personen. De doelstelling wordt echter niet gehaald.</p> <p>Door het wetsvoorstel ontstaat er een glijdende schaal naar juist meer onduidelijkheid, meer grijze gebieden en meer rechtsonzekerheid.</p> <p>Hierdoor wordt handhaving per saldo praktisch onmogelijk, en zal een gewijzigd artikel 11.7A TW een weinig doeltreffende en weinig slagkrachtige bepaling zijn. Dit komt de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet ten goede.</p> <p>De uitvoering van het wetsvoorstel zorgt er immers voor dat er ruimere mogelijkheden zijn voor het plaatsen van cookies. Het huidige artikel 11.7A TW is duidelijk, door een helder onderscheid tussen zwart en wit.</p>

Als dit artikel gewijzigd wordt zoals thans voorgesteld, kan het artikel op belangrijke onderdelen als grijs worden betiteld, dus voor discussie en creativiteit vatbaar, die het primaire doel – privacy van de personen – schaden. Zo worden er met het wetsvoorstel (bedoeld of onbedoeld) meer mogelijkheden toegestaan aan de websitehouder om aan de informatieplicht te voldoen en toestemming te krijgen.

Met het huidige voorstel tot wijziging van artikel 11.7A TW wordt het daadwerkelijke probleem niet opgelost, en het primaire doel niet gediend.

Op deze manier komt de privacybescherming juist meer in gevaar voor een gebruiker, en verkrijgt de websitehouder het gebruiksgemak daarvoor terug. Daarvoor is de Cookieswetgeving niet geschreven en niet bedoeld. Daarmee zijn weer terug bij de privacywet uit 1995.

Arthur's Legal, Amsterdam
v20130701 / www.arthurslegal.com

