

Aan de leden van de Commissie Economische Zaken

Amsterdam, 18 mei 2011

Betreft: reactie branchepartijen CBP brief Telecommunicatiewet

Geachte dames en heren,

Met belangstelling hebben branchepartijen de brief gelezen die het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) op 14 maart jl. aan u zond en die eerst onlangs openbaar is gemaakt. In deze brief verwoordt het College de zienswijze met betrekking tot artikel 11.7a te wijzigen Telecommunicatiewet, hierna de 'cookiebepaling'.

Het verbaast ons dat het College concludeert dat 'ondubbelzinnige toestemming' is vereist voor ieder die door middel van elektronische communicatienetwerken toegang wenst te verkrijgen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van een gebruiker dan wel gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de gebruiker, hierna 'cookies'. Het College geeft tevens aan dat een dergelijke interpretatie in lijn is met de implementatie in andere Europese lidstaten.

In deze brief willen wij de zienswijze van de branchepartijen uiteenzetten: Vormvrije toestemming voor het plaatsten van cookies is in overeenstemming met de bewoording van de e-Privacy Richtlijn en de implementatie hiervan in de Europese lidstaten.

Tot dit doel zetten wij onderstaand de volgende zaken uiteen:

- 1 De achtergrond van de e-Privacy richtlijn
2. Het Europees (level) playing field
3. Europese zelfregulering

E-Privacy Richtlijn

'Ondubbelzinnige toestemming' staat niet in de Europese e-Privacy Richtlijn. De toepasselijke bepaling van de e-Privacyrichtlijn luidt:

Artikel 5 lid 3 (cookies etc.)

Member States shall ensure that the storing of information, or the gaining of access to information already stored, in the terminal equipment of a subscriber or user is only allowed on condition that the subscriber or user concerned has given his or her **consent, having been provided with clear and comprehensive information**, in accordance with Directive 95/46/EC, inter alia about the purposes of the processing.....provide the service.

Artikel 5 lid 3 vereist 'consent' (=vormvrije toestemming) én dat de gebruiker wordt voorzien van heldere en omvattende informatie. De richtlijn vereist dus géén 'prior consent' of 'explicit consent' en stelt ook geen andere vormvereisten.

Ter vergelijking wijzen wij u op artikel 6 lid 3 over e-mailmarketing etc. waarin de wetgever wél een nadere eis ('prior consent') stelt aan de toestemming.

Artikel 6 lid 3 (e-mailmarketing etc.)

For the purpose of marketing electronic communications services or for the provision of value added services, the provider of a publicly available electronic communications service may process the data..... if the subscriber or user to whom the data relate has given his or her **prior consent**. Users or subscribers shall be given the possibility to withdraw their consent for the processing of traffic data at any time)

De Europese Commissie maakt een weloverwogen onderscheid tussen toestemming voor e-mailmarketing enerzijds en cookies e.d. anderzijds. Had de Europese Commissie nadere eisen willen stellen aan de toestemming, dan had zij die eisen wel verwoord in de tekst van richtlijn, stelt de Privacy Rapporteur van de Europese Commissie, Alexander Alvaro. Hij geeft in een recent interview aan dat een cookie opt-in nooit de bedoeling was van het Europees Parlement: *"Had the Parliament intended [for example] the placing of all cookies on a user's terminal to require 'prior' and/or 'explicit' consent, it would have adopted such language."*¹

In het kader van de één op één implementatie van de Europese Richtlijnen in nationale wetgeving, werd in de eerste conceptversie van het Nederlandse wetsvoorstel 'expliciete voorafgaande toestemming' vervangen door 'toestemming'. Het advies van de Raad van State om het begrip toestemming helder te omschrijven, komt overeen met de vormvrije toestemming die wij voorstaan. Deze adviserende instantie heeft immers niet geadviseerd om *strengere* eisen te stellen aan toestemming, doch slechts om daar *helderheid* over te verstrekken. Die helderheid kan geformuleerd worden als de voorwaarden aan toestemming die zijn verwoord in overweging 66 bij de Richtlijn. Deze overweging luidt als volgt:

Overweging 66

Third parties may wish to store information on the equipment of a user, or gain access to information already stored, for a number of purposes, ranging from the legitimate (such as certain types of cookies) to those involving unwarranted intrusion into the private sphere (such as spyware or viruses). **It is therefore of paramount importance that users be provided with clear and comprehensive information** when engaging in any activity which could result in such storage or gaining of access. The methods of providing **information and offering the right to refuse should be as user-friendly as possible**. Exceptions... by the subscriber or user. Where it is technically possible and effective, in accordance with the relevant provisions of Directive 95/46/EC, the **user's consent to processing may be expressed by using the appropriate settings of a browser or other application**. The enforcement of these requirements should be made more effective by way of enhanced powers granted to the relevant national authorities.

Overweging 66 geeft aan dat de toestemming voor het plaatsen van cookies uitgedrukt kan worden door beveiligingsinstellingen van de browser, *mits* de gebruiker voldoende is geïnformeerd om een bewuste keuze te kunnen maken en *mits* hij alsnog op een gebruikersvriendelijke wijze kan afzien van opslag van cookies. Het feit dat de overweging spreekt van een 'right to refuse' maakt eveneens

¹ Privacy & Security Law Report, 9 PVLR 42, 10/25/2010. Copyright _ 2010 by The Bureau of National Affairs, Inc. (800-372-1033)

duidelijk dat de gebruiker na zijn eerdere –impliciete- toestemming wél op elk moment en op een eenvoudige manier moet kunnen afzien van een eerder gemaakte keuze en benadrukt dat de richtlijn er vooral op is gericht de gebruiker deugdelijk te informeren en meer controle in handen te geven.

Dit zou ook nu het uitgangspunt moeten blijven, ook met de volgens uw schrijven ‘ongunstige standaardinstellingen van browsers’. Wij erkennen uw zorgen hieromtrent, maar willen u erop wijzen dat Europese Commissie hierover in gesprek is met partijen die browsers leveren. Daarnaast hebben deze partijen verschillende initiatieven ontplooid die ervoor zorgen dat de webgebruiker geïnformeerd wordt over het plaatsen van cookies en hem een keuze bieden cookies te accepteren of te weigeren. Chrome, Firefox en Internet Explorer introduceren zogenaamde do-not-track buttons en Adobe maakt het makkelijker om flash cookies te verwijderen.

Europese implementatie

Frankrijk, Spanje, Ierland en Oostenrijk implementeerden de richtlijn reeds één op één, hetgeen betekent dat hier beveiligingsinstellingen van de browser toestemming kunnen impliceren, mits de webbezoeker helder is geïnformeerd. Daarnaast hebben 13 EU lidstaten een verklaring aangeboden aan de Europese Commissie waarin zij pleiten voor browserinstellingen als uitwerking van de toestemmingsvereiste.² De bewoording van artikel 11.7a in het Nederlandse wetsvoorstel sluit aan bij de Europese implementatie van de E-Privacy Richtlijn. Op deze manier ontstaan geen oneerlijke concurrentieverhoudingen tussen lidstaten en wordt de interne Europese markt bevorderd.

Europese zelfregulering in verhouding tot de richtlijn en overweging 66

De Europese brancheverenigingen werken collectief samen om eenduidige informatieverplichtingen op te leggen via zelfregulering. Hiertoe wordt nauw samengewerkt met de Europese Commissie. Het voorstel behelst het informeren van webbezoekers over het plaatsen van cookies via een universeel EU cookie-icoon in een online advertentie die gebruikmaakt van cookies. Het icoon moet gelinkt worden aan één universele landingspagina: een one-stop-shop voor informatie over Online Behavioral Advertising en de mogelijkheid met één druk op de knop te zien welke cookies er actief zijn en deze uit te schakelen. Door deze regeling op te nemen als onderdeel van de Nederlandse Reclame Code gelden de verplichtingen voor de hele branche. De Nederlandse brancheverenigingen implementeren deze zelfregulering in Nederland. De Nederlandse gedragscode is op 19 april jl. aan uw Kamer overhandigd in de vorm van een petitie.

De gedragscode geeft concreet invulling aan de zwaarwegende informatieplicht in de richtlijn (zowel artikel 5 lid 3 als overweging 66) en voldoet eveneens aan de eis uit de richtlijn en overweging dat de afmeldmogelijkheid zo gebruikersvriendelijk mogelijk moet zijn. Omdat de gebruiker met een cookie icoon en door de website helder geïnformeerd is of kan raken, is hij immers in staat een bewuste keuze te maken over cookies en die keuze zelf ten uitvoer te brengen.

Tot slot

De online advertentiebranche heeft de webbezoeker vooralsnog onvoldoende geïnformeerd over het plaatsen van cookies. Noch waren er voor de bezoeker voldoende mogelijkheden ter beschikking zijn online privacy te waarborgen. Dit verandert met de invoering van de gewijzigde Telecommunicatiewet

² Adopted statements of the Council of the European Union 16290/09 (Presse 342)

en de nieuwe cookiebepaling. Zoals minister Verhagen in zijn brief van 18 maart opmerkte wordt in Brussel gekeken naar een oplossing die niet alleen recht doet aan de bescherming van de privacy, maar die ook rekening houdt met de gebruiksvriendelijkheid van het internet en de belangen van het bedrijfsleven. De gedragscode komt tegemoet aan beide eisen: hij brengt de belangen van gebruikers enerzijds en de internetbranche anderzijds in balans. Om deze gedragscode te kunnen implementeren en een gelijke Europese implementatie van de e-Privacy Richtlijn te waarborgen, doen de samenwerkende brancheverenigingen een dringend beroep op u om de voorgestelde wijziging van de Telecommunicatiewet aan te nemen in de huidige vorm.

Hoogachtend,

Dutch Dialogue Marketing Association (DDMA) – Diana Janssen

Interactive Advertising Bureau (IAB) – Joris van Heukelom

Nederlands Uitgeversverbond – Loek Hermans

Platform Internet Bureaus Nederland (PIBN) – Paul Manuel

Deze inbreng wordt mede onderschreven door de Bond van Adverteerders (BVA), ICT-Office en de Verenigde Internet Exploitanten (Vinex)