

AAN De staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en
Wetenschap

Postbus 16375
2500 BJ DEN HAAG

Afschriften aan: de minister van Economische Zaken,
de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, de
voorzitter van de Tweede Kamer en de Raad van
Bestuur van de NPO

DATUM 31 januari 2013

ONS KENMERK z2013-00056

CONTACTPERSOON

UW BRIEF VAN

UW KENMERK

ONDERWERP Beantwoording Kamervragen i.v.m. cookiebeleid NPO

Geachte,

Het College bescherming persoonsgegevens (CBP) heeft kennis genomen van de
beantwoording van Kamervragen van de leden Van Gesthuizen en Van Dijk,
respectievelijk Verhoeven (beantwoord d.d. 7 december 2012) over de toepassing van
zogenoemde cookies op de websites van de NPO.

Samengevat zou aan de beantwoording de indruk kunnen worden ontleend dat het de
NPO zou zijn toegestaan om met één enkele (algemene) toestemmingsvraag diverse
soorten cookies te mogen plaatsen en uitlezen in de browsers van bezoekers van haar
websites, voor een reeks van verschillende doeleinden, bijvoorbeeld omdat dit
noodzakelijk zou zijn voor het uitvoeren van de mediawettelijke taak.

Naar aanleiding van deze brieven aan de Kamer geef ik graag een toelichting op het
toepasselijke wettelijk kader, namelijk het bepaalde in artikel 11.7a van de
Telecommunicatiewet (Tw) en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).

Ten aanzien van het beleid van de NPO om bezoekers de toegang te weigeren indien zij
geen toestemming verlenen voor het laten volgen van hun surfgedrag acht ik enige
kanttekeningen geboden, met name ten aanzien van het vereiste dat toestemming 'vrij'
moet zijn.

Wettelijk kader functionele cookies

In artikel 11.7a maakt de Tw onderscheid tussen verschillende soorten gegevens
die geplaatst worden op of uitgelezen worden van de randapparatuur van een
gebruiker, kortweg: cookies. De Tw maakt geen onderscheid naar het doeleinde
waarvoor de cookies worden geplaatst, maar hanteert een
noodzakelijkheids criterium.

Toestemming is niet vereist voor cookies die technisch noodzakelijk zijn voor het overbrengen van communicatie. Toestemming is evenmin vereist voor cookies die strikt noodzakelijk zijn voor de dienstverlening, mits de abonnee of gebruiker om die dienst heeft gevraagd.

Dit betreft cookies die de inhoud van een winkelmandje onthouden, of cookies die de voorkeursinstellingen vastleggen voor de taal waarin de website wordt gepresenteerd. Voor een nadere uitwerking van deze soorten functionele cookies zij verwezen naar een advies van de Artikel 29-werkgroep, het samenwerkingsverband van privacy-toezichthouders in de EU, van juni 2012.¹

In de beantwoording van de Kamervragen van de heer Verhoeven staat:

"Het is juist dat de NPO voor het optimaal uitoefenen van zijn mediawettelijke taak functionele en analytische cookies nodig heeft. Deze analytische cookies worden ook voor de eigen bedrijfsvoering gebruikt. De NPO gebruikt hierbij geen tracking cookies."

Dat de NPO voor het optimaal uitoefenen van zijn mediawettelijke taak analytische cookies nodig zou hebben, maakt het gebruik van deze cookies niet noodzakelijk in de zin van het bepaalde in artikel 11.7a van de Tw. Toestemming blijft derhalve vereist.

Het CBP onderkent het belang van websitehouders om het gebruik van hun website in kaart te brengen. Bovendien heeft de Artikel 29-werkgroep aan de Europese Commissie voorgesteld om bij herziening van de e-Privacyrichtlijn een nieuwe, expliciete uitzondering op het toestemmingsvereiste op te nemen voor cookies die gebruikt worden om eigen websitegebruik in kaart te brengen.² Het CBP werkt in dit verband met OPTA aan een op korte termijn te presenteren gezamenlijk rechtsoordeel over dit specifieke type gegevensverwerking. Uitgangspunt is daarbij dat dergelijke analytische cookies in geen geval gebruikt mogen worden om websitegebruikers in kaart te brengen. Simpel samengevat: dat dergelijke cookies geen *tracking* cookies mogen zijn.

Omdat de NPO onder meer analytische cookies van Google gebruikt op haar websites³, is de mededeling dat de cookies die de NPO inzet om websitegebruik in kaart te brengen geen *tracking* cookies zijn, mogelijk te stellig. Dit werk ik graag hieronder uit.

¹ Artikel 29-werkgroep Advies 04/2012 over ontheffing van de toestemmingsverplichting voor cookies (7 juni 2012), http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_nl.pdf#h2-1

² Dit omdat ten aanzien van de e-Privacyrichtlijn sprake is van verplichte harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen inzake gegevensbescherming. De richtlijn stelt vereisten ten aanzien van het waarborgen van de bescherming van persoonsgegevens en van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector. Het staat de lidstaten niet vrij om zelf te kiezen voor een lager beschermingsniveau dan in de richtlijn is vastgesteld, bijvoorbeeld door op dit punt een aanvullende, nationaalwettelijke uitzondering op het toestemmingsvereiste voor cookies te formuleren.

³ Bron: informatiepagina NPO over geplaatste cookies voor statistiek, <http://cookies.publiekeomroep.nl/data/sites/publiekeomroep.nl/cookiealist/#tabs-stats>

Wettelijk kader tracking cookies

Voor het plaatsen en uitlezen van alle niet-functionele cookies is, sinds de inwerkingtreding van artikel 11.7a van de Tw op 5 juni 2012, geïnformeerde toestemming vereist.

Op grond van de definitie in artikel 11.1, aanhef en onder g, van de Tw jo. artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp dient toestemming "een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting" te zijn.

Ten aanzien van cookies die gebruikt kunnen worden om het gedrag van mensen over meerdere websites te volgen, ofwel *tracking* cookies, geldt sinds 1 januari 2013 het rechtsvermoeden dat dit persoonsgegevens zijn.⁴ Voor het verzamelen en verwerken van deze gegevens is op grond van artikel 8, aanhef en onder a, van de Wbp ondubbelzinnige toestemming vereist.

Voor zover dergelijke *tracking* cookies geplaatst en uitgelezen worden door derde partijen die technisch in staat zijn om het gedrag van bezoekers over meerdere websites te volgen, dient de verleende toestemming daarom mede in het licht van de Wbp te worden beoordeeld. Bij de beoordeling in het licht van de Wbp is mede van belang in hoeverre sprake is van een bewerkersovereenkomst als bedoeld in artikel 14 van de Wbp, waardoor de derde partij de gegevens uitsluitend op gezag van de verantwoordelijke mag verwerken, en de gegevens niet tevens ook voor eigen doeleinden mag verwerken. Indien er geen sprake is van een dergelijke bewerkersovereenkomst is sprake van een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de (gehele) gegevensverwerking.

Dat de NPO mogelijk geen eigen *tracking* cookies inzet om bezoek aan haar verschillende websites in kaart te brengen, ontslaat de NPO niet van haar wettelijke (gezamenlijke) verantwoordelijkheid voor de gegevensverwerking. Zij stelt immers derde partijen technisch en functioneel in staat om dergelijke *tracking* cookies te plaatsen en uit te lezen en daarmee persoonsgegevens te verwerken over de bezoekers aan haar websites.

In de beantwoording van de Kamervragen van mevrouw Gesthuizen en de heer Van Dijk staat:

"Daarnaast kan de reclame worden afgestemd op de bezoeker. Op grond van art. 2.99 Mediawet is de Ster verantwoordelijk voor de inhoud van de reclameblokken en reclame-uitingen voor de landelijke publieke mediadienst. Binnen de Mediawettelijke kaders heeft de Ster de zelfstandige

⁴ Artikel 11.7a, eerste lid, tweede volzin van de Tw bepaalt: "Een handeling als bedoeld in de aanhef, 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, als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet bescherming persoonsgegevens".

bevoegdheid al datgene te doen dat zij noodzakelijk acht voor de invulling van dit media-aanbod. Zoals bekend vloeien de inkomsten van de Ster terug in de mediabegroting. Overigens zijn al deze gegevens volgens de NPO en de Ster niet herleidbaar tot identificeerbare natuurlijke personen, en wordt vooraf toestemming gevraagd van de gebruiker."

In het antwoord op de vraag van de heer Verhoeven of de NPO onderscheid zou moeten maken tussen toestemming voor analytische cookies en toestemming voor *tracking* cookies voor reclamedoeleinden en voor sociale media, wordt aangevuld:

"De Ster kan daarom de middelen toepassen die zij noodzakelijk acht bij het verkopen van reclame, mits zij zich daarbij aan de Telecommunicatiewet en de Wet bescherming persoonsgegevens houdt. Voor wat betreft de toepassing van sociale media zie ik, gezien de enorme populariteit van deze sociale media en de kosten en complexiteit die een gedifferentieerde toegang met zich meebrengen, hier niet de noodzaak van in." En: "Volgens de Ster worden met deze cookies geen IP-adressen of NAW-gegevens verwerkt."

Zoals hierboven toegelicht, worden *tracking* cookies vermoed persoonsgegevens te zijn. Het doeleinde van de inzet van *tracking* cookies is het kunnen onderscheiden van individuele bezoekers, om hun gedrag te kunnen volgen door de tijd en hen ondermeer individueel met gerichte advertenties te kunnen benaderen. Het is dan ook niet relevant of de NPO en/of de Ster mensen wel of niet bij naam of IP-adres kennen; de unieke identifiers die zij inzetten om mensen (via hun apparaten) te herkennen en te volgen zijn persoonsgegevens, los van eventuele andere identificerende gegevens waarover zij zelf of derde partijen beschikken. Het per 1 januari 2013 in werking getreden rechtsvermoeden bestendigt deze uitleg van de wet die de Artikel 29-werkgroep overigens al sinds 2007 uitdraagt.⁵

Hetzelfde geldt ten aanzien van sociale media cookies. Bovendien is er een eenvoudig alternatief voor de werkwijze van de NPO. Een veelgebruikte publieks- en privacyvriendelijke oplossing is het werken met niet-actieve, "grijze" social media buttons.⁶ Pas nadat een bezoeker actief op een dergelijke button heeft geklikt, kan er door het sociale netwerk een cookie worden geplaatst.

Keuzevrijheid bij toestemming

Ten slotte wil ik nog een toelichting geven op de wettelijke vereisten aan toestemming, in het bijzonder het vereiste dat toestemming in vrijheid gegeven of geweigerd moet kunnen worden. Feit is dat de NPO bezoekers geen andere keuze biedt dan (in één keer) toestemming te geven voor alle soorten cookies, inclusief *tracking* cookies van derde

⁵ Zie oa de WP29 Adviezen *over persoonsgegevens* nr. 4/2007, *over gegevensbescherming en zoekmachines* nr. 1/2008, *over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising')* nr. 2/2010 en *over geolocatiediensten op slimme mobiele apparaten* nr. 13/2011, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm#h2-6.

⁶ Zie bijvoorbeeld de Nederlandse website www.cookie recht.nl, of de Duitse website www.heise.de

partijen. Wie deze toestemming weigert, mag geen kennis nemen van de informatie die de NPO (met publiek geld) verspreidt.

Uit de antwoorden op de Kamervragen kan worden opgemaakt dat het niet noodzakelijk zou zijn dat bezoekers toestemming moeten kunnen weigeren.

De hoofdreden om de NPO uit algemene middelen te financieren is dat de NPO een publieke dienst verleent die essentieel is voor iedereen in onze samenleving. Er is geen alternatief beschikbaar voor bezoekers die langs digitale weg kennis willen nemen van informatie en uitzendingen van de publieke omroepen. Er kan daarom worden gesteld dat bij de NPO sprake is van een feitelijk situationeel monopolie. Door het afdwingen van toestemming voor *tracking* cookies betalen bezoekers feitelijk bij elk bezoek met hun persoonsgegevens. Van in vrijheid gegeven, rechtsgeldige toestemming is daarom geen sprake.⁷

In termen van de Wbp betekent dit dat er geen grondslag is voor de gegevensverwerking in de zin van artikel 8 van de Wbp. En indien er geen grondslag is, kan er ook geen sprake zijn van een gerechtvaardigd doeleinde voor de gegevensverwerking (artikel 7 van de Wbp).

Ten overvloede merk ik op dat de NPO de rechtmatigheid van de gegevensverwerking kennelijk baseert op overweging 25 uit de e-Privacyrichtlijn. Deze overweging stelt dat toegang tot specifieke websitecontent afhankelijk gemaakt mag worden van het verlenen van toestemming, maar alleen als de cookie voor een *legitiem* (dat wil zeggen, gerechtvaardigd) doeleinde wordt ingezet.⁸

Voor een nadere toelichting houd ik mij gaarne beschikbaar.

Hoogachtend,
Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,

⁷ *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 65.* Zie in dezelfde zin de conclusie van de Advocaat-Generaal van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaken C-92/09 en C-93/09 (met name paragrafen 82-85): "(...) een aanzienlijke economische dwang [zou, toevoeging door het CBP] volgens mij kunnen volstaan om de toestemming tot een niet-vrijwillige te maken (zodat geen sprake is van 'vrije wilsuiving' in de zin van artikel 2, sub h, van richtlijn 95/46)." Vgl. ook Brief Registratiekamer van 18 februari 1998, kenmerk 97.V.0034.1. URL: http://www.cbpweb.nl/pages/uit_97v0034.aspx..

⁸ Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) blijkt dat als een overweging lijnrecht in tegenspraak is met het bepaalde in een artikel van een richtlijn, het bepaalde in het artikel prevaleert. Artikel 2, onder f, van de betreffende e-Privacyrichtlijn expliciteert dat toestemming moet voldoen aan de cumulatieve drie voorwaarden uit de definitie in artikel 2, aanhef en onder h, van de Privacyrichtlijn. HvJ EG 19 november 1998, zaak C-162/97; HvJ EG 24 november 2005, zaak C-136/04.

DATUM 31 januari 2013
ONS KENMERK z2013-00056

Mr. W.B.M. Tomesen
Lid van het College