

De nieuwe cookieregels: alwetende bedrijven en onwetende internetgebruikers?

2

Trefwoorden:

cookie, third party cookie, Dataprotectierichtlijn, behavioural advertising, behavioural targeting

Om het zoek- en klikgedrag van een internetgebruiker te monitoren plaatsen bedrijven vaak een cookie op de computer van die gebruiker. Volgens de geamendeerde e-Privacyrichtlijn mogen cookies die niet noodzakelijk zijn voor communicatie of om een aangevraagde dienst te leveren voortaan slechts worden geplaatst nadat de internetgebruiker zijn geïnformeerde toestemming heeft gegeven. Volgens de Nederlandse wetgever kan deze toestemming onder meer blijken uit de instellingen van de browser. In dit artikel wordt nagegaan in hoeverre toestemming middels browserinstellingen in de praktijk zal voldoen aan de eisen die de Dataprotectierichtlijn stelt aan 'toestemming': een vrije, specifieke, op informatie berustende wilsuiking. Geconcludeerd wordt dat 'browserinstellingen' in de praktijk waarschijnlijk niet aan deze eisen zal voldoen.

1 Inleiding en vraagstelling

In dit artikel wordt de vraag behandeld in hoeverre een regeling die de mogelijkheid geeft middels browserinstellingen toestemming te geven voor cookies, in de praktijk zal voldoen aan de eisen die de Dataprotectierichtlijn¹ stelt aan toestemming. Ook wordt ingegaan op de vraag hoe de toestemming voor het plaatsen van cookies zich verhoudt tot 'ondubbelzinnige toestemming' die in bepaalde gevallen benodigd is voor de verwerking van persoonsgegevens. De aanleiding voor dit artikel is de Richtlijn Burgerrechten,² die eind 2009 de e-Privacyricht-

lijn³ heeft geamendeerd.⁴ Ter implementatie in Nederland is in november 2010 een wetsvoorstel ter wijziging van de Telecommunicatiewet ingediend bij de Tweede Kamer.⁵ Volgens de geamendeerde e-Privacyrichtlijn mogen cookies voortaan slechts worden geplaatst na geïnformeerde toestemming van de internetgebruiker (een opt-in-systeem). Dit is niet vereist ten aanzien van cookies die noodzakelijk zijn voor het verzenden van communicatie of voor een uitdrukkelijk gevraagde dienst. Overweging 66 van de Richtlijn Burgerrechten heeft tot veel discussie en verwarring geleid.⁶ Volgens deze overweging kan 'wanneer dit technisch mogelijk en doeltreffend is, (...) overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van [de Dataprotectierichtlijn], de toestemming van de gebruiker met verwerking worden uitgedrukt door gebruik te maken van de desbetreffende instellingen van een browser of een andere toepassing'. De Nederlandse regering concludeert uit deze overweging dat lidstaten de ruimte hebben om in de implementatiewetgeving de mogelijkheid te bieden toestemming te geven door middel van browserinstellingen.⁷

De regeling over het plaatsen van cookies is een actueel en belangrijk onderwerp. Cookies kunnen onder meer worden gebruikt om het zoek- en klikgedrag van internetgebruikers te volgen om vervolgens gericht te kunnen adverteren. Dit kan inbreuk maken op de privacy van internetgebruikers.⁸ Deze manier van adverteren – behavioural advertising of behavioural targeting – wordt al zo'n vijftien jaar toegepast. Recentelijk is de discussie hieromtrent opnieuw opgelaaaid naar aanleiding van de nieuwe Europese regelgeving en vanwege het steeds frequenter wordende gebruik van deze techniek.

De rest van dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt enige achtergrondinformatie over cookies en behavioural advertising gegeven. Daarna worden de relevante regels uit de Dataprotectierichtlijn, de nieuwe

* Frederik Zuiderveen Borgesius is werkzaam bij het Instituut voor Informatie Recht (IVIR) van de UvA.

1 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 november 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* 1995, L 281/31).

2 Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (*PbEG* 2009, L 337/11).

3 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (*PbEG* 2002, L 201/37).

4 Zie voor een bespreking van de amendementen: F.J. Zuiderveen Borgesius & B. van der Sloot, 'De amendementen van de Richtlijn Burgerrechten op de e-Privacyrichtlijn', *P&I* 2010-4, p. 162-172.

5 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 2 (Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen).

6 Zie hierover F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Verslag. VMC Studiemiddag 25 juni 2010. Behavioral targeting', *Mediaforum* 2010-10, p. 323-326.

7 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 41 en p. 80 (MvT); Rijksoverheid, *Veilige, open en toegankelijke telecomvoorzieningen*, Persbericht 2 juli 2010, <www.rijksoverheid.nl>. Alle in de voetnoten aangehaalde websites zijn voor het laatst bezocht op 13 januari 2011.

8 J. Kang, 'Information Privacy In Cyberspace Transactions', *Stanford Law Review* (50) 1998, p. 1193-1294.

Europese regels ten aanzien van cookies, het Nederlandse implementatievoorstel en de verhouding tussen de cookieregeling en de Dataprotectierichtlijn besproken. Tot slot wordt het Nederlandse voorstel – dat browser-toestemming toestaat – getoetst aan artikel 2 onder h Dataprotectierichtlijn. Dat artikel eist voor toestemming een (i) vrije, (ii) specifieke en (iii) op informatie berustende (iv) wilsuiting. In vier subparagrafen wordt nagegaan of de voorgestelde regeling ten aanzien van cookies in de praktijk zal voldoen aan deze eisen. Geconcludeerd wordt dat 'browser-toestemming' in de praktijk waarschijnlijk niet aan deze eisen zal voldoen.

2 Cookies en behavioural advertising

'Er is veel discussie gaande over de koppeling van ad servers en databases voor online advertising activiteiten. Bij deze vorm van adverteren zou een te grote inbreuk worden gemaakt op de privacy van internetgebruikers. Toch lijkt deze discussie enigszins overtrokken. Als iemand dagelijks bij dezelfde bakker brood haalt, daar met de naam begroet wordt en de verkoopster vriendelijk vraagt of het vandaag weer een half wit mag zijn, zal het zelden voorkomen dat de klant boos wordt en zich beroept op zijn privacy', aldus het boek *Internet Advertising en Marketing*.⁹ Hieronder zal blijken dat dit wellicht wat te kort door de bocht is.

Op het internet is een veel voorkomend businessmodel dat een bedrijf een dienst of een website gratis aanbiedt. Bedrijven verzamelen echter wel enorme hoeveelheden gegevens met betrekking tot gebruikers van zulke diensten, veelal om gerichte advertenties aan internetgebruikers te tonen.¹⁰ Om het onlinegedrag van een internetgebruiker te monitoren plaatsen bedrijven vaak een cookie op de computer van die gebruiker. Cookies zijn kleine tekstbestandjes die op de computer van een websitebezoeker geplaatst kunnen worden,¹¹ bijvoorbeeld: '2vesgazbej45va55xsenyvs'.¹² Aan de computer wordt door middel van een cookie een unieke code toegekend. Met behulp van een cookie kan de computer van een internetgebruiker geïdentificeerd worden als een website voor de tweede keer wordt bezocht. Dit kan praktisch zijn om taalvoorkeuren van een internetgebruiker voor een bepaalde site op te slaan of om de inhoud van een

virtueel winkelwagentje te 'onthouden'. Zogenaemde session cookies worden verwijderd als de browser wordt afgesloten. Persistent cookies daarentegen blijven ook bewaard als de browser wordt afgesloten en als de computer wordt uitgezet.

Cookies kunnen ook gebruikt worden om gericht te adverteren. Zo kan een onlineboekwinkel boeken aanbieden die passen bij boeken die een internetgebruiker bij een eerder bezoek heeft bekeken. Dit wordt wel first party behavioural advertising genoemd. Bij first party behavioural advertising worden de gedragingen van een internetgebruiker binnen één website gevolgd.¹³

Als men een website bezoekt dan lijkt het op het oog of ook de advertenties afkomstig zijn van die website. Eigenlijk worden deze advertenties vaak getoond door een ander bedrijf: een zogeheten ad serving company of ad network provider. Indien een website wordt bezocht waar een ad network provider advertenties aan levert, kunnen ook deze bedrijven cookies plaatsen.¹⁴ Deze third party cookies zijn in beginsel hetzelfde soort cookies als hierboven beschreven.

Door middel van een cookie kan een ad network provider het klikgedrag van een gebruiker volgen over alle sites waar hij advertenties op toont. Sommige ad network providers voorzien een netwerk van miljoenen verschillende sites van advertenties.¹⁵ Zo kunnen zij gedetailleerde profielen aanleggen van internetgebruikers. Deze wijze van behavioural advertising wordt aangeduid als network behavioural advertising. Dit is enigszins te vergelijken met een bezoek aan een bakker waar iemand staat die u vraagt of u kleding voor uw bruiloft wilt kopen, omdat u vorige week elders naar een trouwring heeft gezocht.

Als een gebruiker persoonsgegevens heeft ingevuld op een aan de ad network provider gelieerde site, kunnen deze toegevoegd worden aan het opgebouwde profiel. Hoewel het verrijken van profielen op deze manier wel wordt aangeraden in marketingliteratuur,¹⁶ geven veel ad network providers aan geen naam aan de opgebouwde profielen te koppelen.¹⁷

Tegenwoordig geven de meeste browsers de mogelijkheid om cookies te weigeren en te verwijderen. Flash cookies kunnen echter – anders dan de hierboven beschreven http-cookies – niet via de browser worden be-

9 R. Wanck & A. Otto, *Internet Advertising en Marketing*, Rotterdam: Media Business Press 2000, p. 74.

10 Zie voor een uitgebreid overzicht van de gegevens die verzameld worden O. Tene, 'What Google Knows: Privacy and Internet Search Engines', *Utah Law Review* 2008, p. 1433-1490.

11 Cookies worden ook http-cookies, webcookies of browsercookies genoemd. In het navolgende wordt de term cookies gebruikt. Waar flash cookies (een ander soort cookies) bedoeld worden dan wordt dat expliciet aangegeven.

12 Dit is een van de cookies die Doubleclick (een aan Google gelieerde ad network provider) op de computer van de auteur heeft geïnstalleerd.

13 Vgl. J. Koëter, 'Behavioral targeting en privacy: een juridische verkenning van internet gedragsmarketing', *Tijdschrift voor internetrecht* 2009-4, p. 104-111 (verder: Koëter 2009), p. 5.

14 De meeste third party cookies zijn afkomstig van ad network providers (A.F. Tappenden & J. Miller, 'Cookies: A Deployment Study and the Testing Implications', *ACM Transactions on the Web* (3) 2009-3, Article 3, p. 19).

15 C. Metz, 'Google remarkets behavioral ad eyeball creep', *The Register* 26 maart 2010, <www.theregister.co.uk>; Google Adwords, 'Why would I want to run ads on the Google Display Network?', <http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=en&answer=112268>.

16 'Our research highlights the importance of explicit consumer identification procedures to enhance the value of clickstream data', aldus P. Chatterjee, D.L. Hoffman, & T.P. Novak, 'Modeling the Clickstream: Implications for Web-based Advertising Efforts', *Marketing Science* (22) 2003-4, p. 520-541, p. 537.

17 Zie bijvoorbeeld: Google, 'Interest-based advertising: How it works', <www.google.com/ads/preferences/html/about.html>.

keken en zijn moeilijker te verwijderen.¹⁸ Meer dan de helft van de 100 populairste Amerikaanse websites plaatst flash cookies. Flash cookies komen voor als first party en third party cookies. Sommige bedrijven gebruiken flash cookies om gewone cookies 'weer tot leven te wekken' nadat een internetgebruiker deze uit zijn browser heeft verwijderd.¹⁹ Het nieuwe cookie krijgt dan dezelfde tekenreeks als het cookie dat de gebruiker heeft verwijderd.²⁰

3 Behavioural advertising en de Dataprotectierichtlijn

Het verzamelen van persoonsgegevens van internetgebruikers is een verwerking in de zin van de Dataprotectierichtlijn.²¹ Veel ad network providers zeggen dat zij alleen weten dat een internetgebruiker met cookie '2vesgazbej45va555xsenyvs' op zijn computer bepaalde interesses heeft en dat zij de naam van die gebruiker niet kennen. Daarom menen zij dat zij geen persoonsgegevens verzamelen.²² De Artikel 29 Werkgroep (hierna: Werkgroep), het advies- en overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders, is echter van mening dat er bij behavioural advertising doorgaans wel sprake is van de verwerking van persoonsgegevens. Een cookie kan immers worden gebruikt ter onderscheiding van een individu. Bovendien worden de profielen samengesteld met het doel om een individu te beïnvloeden. Een naam is niet steeds noodzakelijk om een persoon te identificeren, aldus de Werkgroep.²³ Tevens is het vaak mogelijk om 'anonieme' gegevens toch aan een naam te koppelen.²⁴ Er zijn echter ook situaties waarin het opbouwen van een surfprofiel geen persoonsgegevens oplevert, bijvoorbeeld als een computer wordt gebruikt door meerdere mensen (die niet apart hoeven in te loggen). Er wordt dan een gecombineerd surfprofiel opgebouwd van meerdere gebruikers. In het navolgende wordt alleen de situatie behandeld waarin persoonsgegevens worden verwerkt.

3.1 Artikel 7 onder b Dataprotectierichtlijn, overeenkomst

De Dataprotectierichtlijn eist voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens onder andere dat de verwerking is gerechtvaardigd op basis van ten minste één van de in artikel 7 genoemde grondslagen.²⁵ In beginsel kan de verwerking van persoonsgegevens gebaseerd worden op artikel 7 onder b Dataprotectierichtlijn, kort gezegd als de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is. Bij een betaling met een creditcard is het bijvoorbeeld noodzakelijk om bepaalde persoonsgegevens te verwerken.²⁶ Er mogen echter niet meer gegevens verzameld worden dan noodzakelijk is om de transactie af te handelen.²⁷ Voor een verwerking op grond van artikel 7 onder b is vereist dat er naar *positief* recht sprake is van een overeenkomst.²⁸ Hoewel het gratis gebruikmaken van een dienst in ruil voor de verstrekking van persoonsgegevens economen misschien doet denken aan een overeenkomst, is hier naar geldend recht geen sprake van.

Exploitanten van zoekmachines hebben wel betoogd dat gebruikers een (impliciete) overeenkomst aangaan door een zoekmachine te gebruiken. De Werkgroep heeft deze gedachtegang echter afgewezen.²⁹ Dat geen sprake is van een overeenkomst blijkt onder meer uit het feit dat toestemming in de context van de Dataprotectierichtlijn te allen tijde weer ingetrokken kan worden.³⁰ Een partij kan een overeenkomst doorgaans niet eenzijdig opzeggen. Ook zou voor het aangaan van een overeenkomst een wilsuiting nodig zijn van de internetgebruiker. Indien internetgebruikers echter niet op de hoogte zijn van het feit dat zij persoonsgegevens verstrekken in ruil voor het gebruik van een dienst, kan geen sprake zijn van een wilsuiting en derhalve ook niet van een overeenkomst. De verwerking van persoonsgegevens speciaal voor behavioural advertising kan kortom niet op artikel 7 onder b Dataprotectierichtlijn gebaseerd worden.

18 Flash cookies worden ook 'local shared objects' genoemd. Zie voor uitleg over flash cookies: A. Soltani e.a., 'Flash Cookies and Privacy', *Berkeley University of California* 2009 (augustus), <www.ssrn.com> (verder: Soltani e.a. 2009). Ook op de website van Adobe wordt informatie verstrekt (<www.adobe.com>). Flash cookies zijn alleen te verwijderen door het control panel van de lokaal geïnstalleerde Flash Player te openen, bijvoorbeeld door de website van Adobe te bezoeken.

19 Dit wordt wel 're-spawnen' genoemd.

20 Soltani e.a. 2009, p. 3.

21 Artikel 3 lid 1 Dataprotectierichtlijn.

22 Zie voor de definitie van persoonsgegevens: artikel 2 onder a Dataprotectierichtlijn.

23 Groep gegevensbescherming Artikel 29, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising* (WP 171), Brussel: 22 juni 2010 (verder: Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010), par. 3.2.2.

24 P. Ohm, 'Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization', *University of Colorado Law Legal Studies Research* 2009 (artikel nr. 09-12), 13 augustus 2009, <www.ssrn.com> (verder: Ohm 2009).

25 Artikel 6 en 7 Dataprotectierichtlijn.

26 D. Korff, *Data Protection Laws in the European Union*, New York: Federation of Direct Marketing 2005 (verder: Korff 2005), p. 41.

27 Artikel 6 lid 1 onder c Dataprotectierichtlijn verbiedt de verwerking van bovenmatige hoeveelheden gegevens. Zie specifiek over online-transacties: Artikel 29 Werkgroep, *Privacy op internet – Een geïntegreerde EU-aanpak van on-linegegevensbescherming* (WP 37), Brussel: 21 november 2000 (verder: Artikel 29 Werkgroep, WP 37, 2000), hoofdstuk 7, par. 5.

28 Artikel 29 Werkgroep, *Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines* (WP 148), Brussel: 4 april 2008 (verder: Artikel 29 Werkgroep, WP 148, 2008), par. 5.2.

29 Artikel 29 Werkgroep, WP 148, 2008, par. 5.2.

30 Aldus ook: D. Le Métayer & S. Monteleone, 'Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture', *Computer Law & Security Review* 2009-25, p. 136-144, p. 138; W. Kotschy, 'Directive 95/46/EC – Data Protection Directive', in: A. Büllesbach, Y. Poulet & C. Prins (red.), *Concise European IT Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006 (verder: Kotschy 2006), p. 36.

3.2 Artikel 7 onder f Dataprotectierichtlijn, belangenafweging

Gegevensverwerking voor marketingdoeleinden kan in beginsel gebaseerd worden op artikel 7 onder f Dataprotectierichtlijn.³¹ De verwerking op grond van deze grondslag is echter uitsluitend toelaatbaar indien deze noodzakelijk is met het oog op het belang van de verantwoordelijke of een derde, tenzij het privacybelang van de betrokkene prevaleert. Bij het afwegen van de twee belangen dient de subsidiariteit en de proportionaliteit in het oog gehouden te worden.³² Verder is bij de belangenafweging relevant dat het recht op privacy een fundamenteel recht is. Het privacybelang van internetgebruikers is dat hun klikgedrag niet wordt gevolgd. Bij het volgen van het klikgedrag van een internetgebruiker over een groot netwerk van sites kunnen veel gegevens worden vastgelegd, waaronder mogelijk gevoelige gegevens. Het behoeft geen betoog dat gegevens over de zoektermen die iemand invoert in een zoekmachine of de websites die iemand bezoekt een zeer gedetailleerd beeld van iemand kunnen geven. Tegenover dit privacybelang staat het zakelijk belang van de ad network provider. Gerichte advertenties leveren simpelweg meer inkomsten op dan advertenties die lukraak worden getoond.³³ Indien behavioural advertising niet mogelijk zou zijn, betekent dit niet dat er helemaal niet meer ge-adverteerd kan worden. Het blijft immers mogelijk om advertenties te tonen die verband houden met een site die bezocht wordt of met een begrip waarnaar gezocht wordt (contextual advertising). Nu er bij network behavioural advertising een vergaande inbreuk op de privacy mogelijk is, prevaleert zeer waarschijnlijk het privacybelang van de internetgebruiker boven het belang van het bedrijf bij (nog) gericht adverteren.³⁴

Bij first party behavioural advertising worden meestal minder gegevens verzameld, wat een minder vergaande inbreuk op de privacy met zich meebrengt. First party behavioural advertising kan daarom waarschijnlijk vaak wel gebaseerd worden op de grondslag van artikel 7 onder f Dataprotectierichtlijn.³⁵ Bij sommige sites – bijvoorbeeld social network sites – kunnen echter ook bij first party behavioural advertising veel gevoelige gegevens

verzameld worden en dient waarschijnlijk toch het privacybelang te prevaleren.

Samenvattend kan de verwerking van persoonsgegevens bij first party behavioural advertising vaak wel, en bij network behavioural advertising doorgaans niet gebaseerd worden op de grondslag van artikel 7 onder f Dataprotectierichtlijn.

3.3 Artikel 7 onder a Dataprotectierichtlijn, ondubbelzinnige toestemming

Omdat de verwerking van persoonsgegevens voor network behavioural advertising meestal niet gebaseerd kan worden op artikel 7 onder b of artikel 7 onder f Dataprotectierichtlijn, kan deze doorgaans alleen gebaseerd worden op de ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene (artikel 7 onder a Dataprotectierichtlijn). De andere grondslagen uit artikel 7 Dataprotectierichtlijn zijn niet relevant voor marketing.³⁶

Artikel 2 onder h Dataprotectierichtlijn eist voor toestemming een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting. Bij ondubbelzinnige toestemming mag niet te snel worden aangenomen dat de betrokkene impliciet toestemming heeft gegeven.³⁷ Op het internet kan men ondubbelzinnige toestemming geven met een muisklik. Alleen het aanbieden van een opt-out-mogelijkheid is echter niet genoeg om ondubbelzinnige toestemming aan te nemen.³⁸ Overigens lijken ad network providers er in de praktijk vaak van uit te gaan dat de grondslag van artikel 7 onder f Dataprotectierichtlijn wel geschikt is voor behavioural advertising. Er wordt immers zelden om ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene gevraagd. Een andere mogelijkheid is dat ad network providers ervan uitgaan dat zij geen persoonsgegevens verzamelen.

4 Nieuwe regels ten aanzien van cookies

Artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn uit 2002, dat niet alleen geldt voor cookies maar ook voor bijvoorbeeld adware, schreef een opt-out-systeem voor cookies voor.³⁹ In Nederland is dit artikel geïmplementeerd in artikel 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelan-

31 Korff 2005, p. 43.

32 Uit het arrest *Österreichischer Rundfunk* blijkt dat de Dataprotectierichtlijn moet worden uitgelegd in het licht van artikel 8 EVRM. Op grond van dat artikel zijn inbreuken op het grondrecht op privacy slechts toegestaan voor zover zij noodzakelijk zijn voor een gerechtvaardigd doel (HvJ EG 20 mei 2003, nr. C-465/00, C-138/01 en C-139/01, NJ 2005, 15; *Computerrecht* 2003, p. 305 (*Österreichischer Rundfunk*), par. 68).

33 Voor zover mij bekend zijn er geen rapporten gepubliceerd die de gemiddelde prijs van een behavioural advertisement vergelijken met die van een contextual advertisement. Volgens het Network Advertising Initiative betaalt een adverteerder gemiddeld 2,68 keer meer voor een advertentie die wordt getoond op basis van behavioural targeting, dan voor een advertentie die lukraak (een 'run of network' campagne) wordt getoond. (H. Beales, *The Value of Behavioral Targeting*, Network Advertising Initiative 2010, <www.networkadvertising.org>, p. 3).

34 Aldus ook Koëter 2009, p. 111.

35 Aldus ook Koëter 2009, p. 110.

36 Het gaat om een wettelijke verplichting (artikel 7 onder c Dataprotectierichtlijn), een vitaal belang van de betrokkene (artikel 7 onder d Dataprotectierichtlijn) en de vervulling van een taak van algemeen belang (artikel 7 onder e Dataprotectierichtlijn).

37 Vgl. Artikel 29 Werkgroep, WP 148, 2008, par. 5.2.

38 Aldus ook de Europese Commissie, *Analysis and Impact Study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States*, Brussel: 2003, p. 5; Kotschy 2006, p. 35.

39 Overweging 24 en 25 e-Privacyrichtlijn.

gen. Het oorspronkelijk voorgestelde artikel 5 lid 3 oude e-Privacyrichtlijn schreef een opt-in-systeem voor. Dit is tijdens de totstandkomingsgeschiedenis veranderd in een opt-out-systeem, na succesvol lobbywerk van de marketingbranche.⁴⁰ Eind 2009 is de e-Privacyrichtlijn gewijzigd door de Richtlijn Burgerrechten. Ook de regels omtrent het plaatsen en uitlezen van cookies zijn veranderd. Het geamendeerde artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn draait in de kern om het verkrijgen van geïnformeerde toestemming voor het plaatsen of uitlezen van cookies. Het luidt als volgt.

‘De lidstaten dragen ervoor zorg dat de opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker, alleen is toegestaan op voorwaarde dat de betrokken abonnee of gebruiker toestemming heeft verleend, na te zijn voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig [de Dataprotectierichtlijn], onder meer over de doeleinden van de verwerking. Zulks vormt geen beletsel voor enige vorm van technische opslag of toegang met als uitsluitend doel de uitvoering van de verzending van een communicatie over een elektronisch communicatienetwerk, of, indien strikt noodzakelijk, om ervoor te zorgen dat de aanbieder van een uitdrukkelijk door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij deze dienst levert.’

Kort samengevat mogen cookies slechts geplaatst worden indien de internetgebruiker toestemming heeft verleend, na te zijn voorzien van duidelijke en volledige informatie.⁴¹ Er zijn twee uitzonderingen op deze opt-in-regel. Ten eerste hoeft een bedrijf geen toestemming te vragen als een cookie wordt geplaatst met als enige doel de uitvoering van de verzending van communicatie. Indien een cookie bijvoorbeeld nodig is voor de inlogprocedure van een onlinebank, hoeft dus geen toestemming gevraagd te worden. Ten tweede hoeft geen toestemming gevraagd te worden als een cookie strikt noodzakelijk is om een uitdrukkelijk gevraagde dienst te leveren. Voor cookies die worden gebruikt voor bijvoorbeeld een virtueel winkelwagentje hoeft derhalve geen toestemming verkregen te worden. Het gaat bij uitdrukkelijk gevraagde diensten niet alleen om diensten tegen betaling.⁴²

Verdedigbaar is dat ook geen toestemming gevraagd hoeft te worden voor een cookie dat wordt geplaatst als een internetgebruiker zijn taalvoorkeuren voor een website instelt.

Artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn geldt ook als geen persoonsgegevens worden verwerkt. Er wordt immers niet verwezen naar persoonsgegevens, maar naar de opslag van *informatie* in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker.⁴³

Er geldt derhalve een opt-in-regel voor cookies die niet onder de twee uitzonderingen valt. Echter, overweging 66 van de Richtlijn Burgerrechten leest: ‘De wijze waarop informatie wordt gegeven en een recht van weigering wordt aangeboden moet zo gebruikersvriendelijk mogelijk zijn. (...) Wanneer dit technisch mogelijk en doeltreffend is, kan, overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van [de Dataprotectierichtlijn], de toestemming van de gebruiker met verwerking worden uitgedrukt door gebruik te maken van de desbetreffende instellingen van een browser of een andere toepassing. Deze bepalingen moeten doeltreffender worden afgedwongen via uitgebreide bevoegdheden die aan de desbetreffende nationale instanties worden verleend.’ Daarom is discussie ontstaan omtrent de mogelijkheid van een opt-out-regeling, ook onder de nieuwe regelgeving.

Op 25 mei 2011 dienen de lidstaten de nieuwe richtlijn te hebben geïmplementeerd.⁴⁴ In Nederland is op 3 november 2010 een wetsvoorstel ter wijziging van de Telecommunicatiewet ingediend bij de Tweede Kamer.⁴⁵ De regeling ten aanzien van cookies wordt opgenomen in artikel 11.7a Telecommunicatiewet. In een eerder gepubliceerd conceptvoorstel stond dat er ondubbelzinnige toestemming gegeven moet worden voordat een cookie mag worden geplaatst.⁴⁶ Na veel kritiek van de marketingbranche heeft de ministerraad echter het woord ‘ondubbelzinnige’ geschrapt. In een persbericht onderbouwt de ministerraad de aanpassing als volgt: ‘internetbedrijven [moeten] toestemming hebben verkregen voor het plaatsen van de cookie. Deze bepaling is zo uitgewerkt dat als het internetbedrijf de gebruiker goed heeft geïnformeerd, de toestemming van de gebruiker kan blijken uit de instellingen van het programma waarmee de gebruiker het internet op gaat. Hiermee is een en ander werkbaar voor internetbedrijven, maar wordt recht

40 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de geschiedenis van de oude regeling met betrekking tot cookies: S.M. Kierkegaard, ‘Lobbyism and the “opt in”/“opt out” cookie controversy. How the cookies (almost) crumbled: privacy & lobbyism’, *Computer Law & Security Report* 2005-21, p. 310-322.

41 In de e-Privacyrichtlijn dienen de ‘gebruiker’ en de ‘abonnee’ onderscheiden te worden. Een abonnee is een natuurlijke of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met de aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van die diensten (artikel 2 onder k Kaderrichtlijn). In artikel 2 onder a e-Privacyrichtlijn is de gebruiker gedefinieerd als een natuurlijke persoon die gebruikmaakt van een openbare elektronische communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijze op die dienst te zijn geabonneerd.

42 Het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ wordt gedefinieerd in artikel 1 lid 2 Richtlijn 98/34/EG.

43 Aldus ook Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 3.2.1. In de Nederlandse tekst staat te lezen: ‘Het is noodzakelijk voor de toepassing van deze bepaling dat deze informatie persoonsgegevens betreft in de zin van [de Dataprotectierichtlijn].’ Hier heeft de vertaler echter een ontkenning over het hoofd gezien. De Engelse tekst luidt: ‘It is not a prerequisite for the application of this provision that this information is personal data within the meaning of [the Data Protection Directive]’. De Franse tekst gebruikt de woorden ‘n’est pas une condition’.

44 Artikel 4 lid 1 Richtlijn Burgerrechten.

45 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 2.

46 <www.internetconsultatie.nl/nrfimplementatie>.

gedaan aan het goed informeren van de consument over zijn privacy.⁴⁷ De memorie van toelichting is minder expliciet, maar laat wel de mogelijkheid open voor browsertoestemming.⁴⁸ Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gegeven met betrekking tot toestemming en informatieverstrekking. Het College bescherming persoonsgegevens dient om advies gevraagd te worden over het ontwerp van een dergelijke algemene maatregel van bestuur.⁴⁹

De regering leest kennelijk in overweging 66 dat toestemming voor cookies via browserinstellingen gegeven kan worden. Uit de overweging volgt echter niet dat het overbrengen van informatie ook geautomatiseerd kan plaatsvinden. Het is onduidelijk hoe de regering zich dit voorstelt. Browsertoestemming vergroot het gebruikersgemak niet als eerst een cookiestatement verschijnt dat met de hand weggeklikt moet worden. In de memorie van toelichting wordt niet ingegaan op deze kwestie.⁵⁰

Het is opmerkelijk dat de Nederlandse regering zoveel aandacht schenkt aan een overweging. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat 'de considerans van een gemeenschapshandeling geen bindende rechtskracht heeft en niet kan worden aangevoerd om van de bepalingen zelf van die handeling af te wijken, en evenmin om deze bepalingen uit te leggen in een zin die kennelijk in strijd is met de bewoordingen ervan'.⁵¹ In de literatuur wordt verdedigd dat als een overweging en een artikel van een richtlijn elkaar tegenspreken, en de overweging en het artikel allebei duidelijk zijn, het artikel prevaleert.⁵² De conclusie ligt voor de hand dat een onduidelijke overweging (zoals nr. 66 in dit geval) geen afbreuk kan doen aan een duidelijk artikel zoals artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn.

De Nederlandse regering staat overigens niet alleen met deze interpretatie. Het ziet ernaar uit dat meer landen overweging 66 aangrijpen om browsertoestemming voor cookies toe te laten. Het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en België hebben samen met negen andere lidstaten een verklaring doen uitgaan waarin zij aangeven dat de vernieuwde e-Privacyrichtlijn zo gelezen dient te worden dat het huidige opt-out-systeem gehandhaafd kan blijven.⁵³ Volgens de Artikel 29-werkgroep, eurocommissaris Reding en Stavros Lambrinidis, vice-voorzitter van het Europees Parlement, schrijft de richtlijn wel

degelijk een opt-in-systeem voor.⁵⁴ Eurocommissaris Kroes liet op haar beurt weten dat zij browsertoestemming niet uitsluit en dat zij voortdurende pop-ups met cookiestatements geen goede optie vindt.⁵⁵

5 Verhouding artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn en de Dataprotectierichtlijn

Volgens de Artikel 29 Werkgroep is artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn een *lex specialis* van artikel 7 Dataprotectierichtlijn.⁵⁶ De Werkgroep baseert deze gedachtegang onder meer op overweging 10 e-Privacyrichtlijn: 'In de sector elektronische communicatie is [de Dataprotectierichtlijn] van toepassing, met name op alle aangelegenheden met betrekking tot de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden die niet specifiek onder het bepaalde in deze richtlijn vallen, met inbegrip van de plichten van de verantwoordelijke en de rechten van personen'.⁵⁷

De interpretatie van de Werkgroep heeft een opmerkelijk gevolg. Als 'gewone' toestemming is verkregen voor het plaatsen of uitlezen van een cookie, hoeft volgens de Werkgroep geen aparte 'ondubbelzinnige' toestemming verkregen te worden voor de verwerking van persoonsgegevens die daar in de meeste gevallen mee gepaard gaat. Als er cookies in het spel zijn komt 'gewone' toestemming dus in plaats van 'ondubbelzinnige toestemming'.⁵⁸ De Werkgroep gaat er in haar *Opinie* over behavioural advertising echter wel van uit dat de toestemming voor cookies 'ondubbelzinnig' moet zijn, ondanks het feit dat dit woord niet wordt gebruikt in artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn.⁵⁹ Zoals gezegd lijkt een aantal landen overweging 66 – tegen het advies van de Werkgroep in – aan te grijpen om browsertoestemming toe te laten. In dat geval zou men volgend jaar zelfs 'ondubbelzinnige toestemming' kunnen geven middels browserinstellingen.

Een andere interpretatie is wellicht ook mogelijk. De e-Privacyrichtlijn geeft aan dat haar bepalingen 'een specificatie van en een aanvulling op' de Dataprotectierichtlijn vormen.⁶⁰ Artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn zou dus als een 'aanvulling' op artikel 7 Dataprotectierichtlijn gezien kunnen worden. Hier zijn meerdere argumenten voor aan te voeren. Ten eerste heeft de e-Privacyricht-

47 Rijksoverheid, *Veilige, open en toegankelijke telecomvoorzieningen*, Persbericht 2 juli 2010, <www.rijksoverheid.nl>.

48 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 41 en p. 80 (MvT).

49 Artikel 11.7a lid 4 wetsvoorstel.

50 Hoewel de richtlijn voorafgaande informatieverstrekking voorschrijft, werd in een eerdere versie van de memorie van toelichting vermeld dat informatie ook achteraf verstrekt kan worden. Deze paragraaf is echter geschrapt. (De eerdere versie, aangeduid als 'Wob-stuk', is openbaar gemaakt via <www.rijksoverheid.nl> op 4 november 2010).

51 HvJ EG 19 november 1998, nr. C-162/97 (Strafzaak tegen Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren en Solweig Arrborn); HvJ EG 24 november 2005, nr. C-136/04 (*Deutsches Milch-Kontor*).

52 T. Klimas & J. Vaiciukaite, 'The Law of Recitals in European Community Legislation', *ILSA Journal of International & Comparative Law* (15) 2008, p. 2-33.

53 Raad van de Europese Unie, *Statements*, Brussel: 17 november 2009 (2007/0247(COD)), p. 3.

54 Out-Law, 'Advertisers say that new cookie law is met by browser settings', *Out-Law.com* 24 november 2009, <www.out-law.com>; P. Sonne & J.W. Miller, 'EU Chews on Web Cookies', *Wall Street Journal* 23 november 2010, <www.wsj.com>.

55 N. Kroes, 'Towards more confidence and more value for European Digital Citizens' (speech at European Roundtable on the Benefits of Online Advertising for Consumers), Brussel: 17 september 2010.

56 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 3.2.3.

57 Zie ook artikel 1 lid 2 e-Privacyrichtlijn.

58 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.3. Aldus ook: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 79 (MvT).

59 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.1.

60 Artikel 1 lid 2 e-Privacyrichtlijn.

lijn in bepaalde opzichten een breder bereik dan de Dataprotectierichtlijn. Zo beschermt de e-Privacyrichtlijn ook rechtspersonen,⁶¹ terwijl de Dataprotectierichtlijn niet eist dat rechtspersonen beschermd worden.⁶² Ten tweede geldt de regeling voor cookies ook als geen persoonsgegevens worden verwerkt.⁶³ Nu artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn een veel breder toepassingsbereik heeft dan de Dataprotectierichtlijn, is niet evident dat artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn beschouwd moet worden als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 7 Dataprotectierichtlijn. Indien artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn niet als *lex specialis* gezien zou worden, zou een ad network provider naast toestemming voor het plaatsen of uitlezen van een cookie ‘ondubbelzinnige toestemming’ moeten verkrijgen voor de verwerking van persoonsgegevens.

Een derde interpretatie is ook mogelijk. In die visie is de ‘gewone’ toestemming op grond van artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn afdoende voor het plaatsen van een cookie (meestal een persoonsgegeven, volgens de Werkgroep). Alleen wat betreft het cookie geldt artikel 5 lid 3 e-Privacyrichtlijn als *lex specialis*. Als een ad network provider echter meer gegevens wil verwerken dan alleen het cookie – hetgeen doorgaans het geval zal zijn – zal hij op grond van de Dataprotectierichtlijn ook nog ondubbelzinnige toestemming moeten vragen voor de verwerking van die extra gegevens.

6 Browsertoestemming getoetst aan de eisen van de Dataprotectierichtlijn

Volgens de e-Privacyrichtlijn dient ‘toestemming’ voor cookies dezelfde betekenis te hebben als ‘toestemming van de betrokkene’ zoals gedefinieerd in de Dataprotectierichtlijn.⁶⁴ In deze paragraaf wordt een regeling die de mogelijkheid geeft middels browserinstellingen toestemming te geven voor cookies getoetst aan artikel 2 onder h Dataprotectierichtlijn. Dat artikel eist voor toestemming een (i) vrije, (ii) specifieke en (iii) op informatie berustende (iv) wilsuiking. Indien niet wordt voldaan aan één van de vier elementen is geen sprake van geldige toestemming.⁶⁵ In de volgende vier subparagrafen wordt per vereiste eerst een korte toelichting gegeven en vervolgens wordt browsertoestemming aan het vereiste getoetst. Commentaar van de Artikel 29 Werkgroep wordt ook vermeld.

6.1 Vrij

De betrokkene moet in vrijheid zijn wil met betrekking tot een gegevensverwerking kunnen uiten. Hij mag niet overgaan tot het geven van toestemming onder druk van de omstandigheden.⁶⁶ Een voorbeeld van gevallen waarin het vrije karakter van toestemming onder druk komt te staan, is als er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie. Zo wordt de toestemming van een werknemer aan een werkgever veel genoemd als een voorbeeld van toestemming die niet altijd vrij gegeven is.⁶⁷

In een uitspraak van de Registratiekamer (de voorloper van het College bescherming persoonsgegevens) over de Albert Heijn Bonuskaart kwam het vrije karakter van toestemming aan bod. De Registratiekamer begreep dat klanten voortaan slechts van kortingen op primaire levensbehoeften konden profiteren als zij een niet-anonieme klantenkaart hadden. De Registratiekamer vond ‘een dergelijke ontwikkeling, waarbij personen in feite verplicht worden om hun persoonlijke gegevens te verstrekken op straffe van het mislopen van kortingen, niet gewenst en [sloot] niet uit dat deze consequenties kan hebben voor de legitimiteit van de gegevensverwerking’. De Registratiekamer verbond hier echter niet direct de conclusie aan dat er geen sprake was van vrije toestemming. Diensten die worden aangeboden via het internet gelden – anders dan veel producten van Albert Heijn – niet als primaire levensbehoeften. Als er consequenties worden verbonden aan het niet geven van toestemming bij gratis aangeboden internetdiensten, lijkt dat (in Nederland) niet in strijd met het vrije karakter van toestemming, zo leiden Van Esch & Blok dan ook af uit de voorzichtige formulering van de Registratiekamer.⁶⁸

De huidige browsers zijn niet in staat om first party cookies die gebruikt worden voor bijvoorbeeld een virtueel winkelwagentje te onderscheiden van first party cookies die worden gebruikt voor behavioural advertising. Als men de browser zo instelt dat deze alle first party cookies accepteert, stelt men zich daarmee ook bloot aan first party behavioural advertising. Veel websites worden gedeeltelijk of helemaal onbruikbaar als een browsercookies weigert. Als de browser te streng wordt ingesteld (en first party cookies worden geweigerd) is het bijvoorbeeld niet mogelijk om in te loggen bij veel web-based e-mail-diensten⁶⁹ en social network sites.⁷⁰

Het is dus twijfelachtig of gebruikers een vrije keus hebben om alle first party cookies te weigeren. Dit geldt eens te meer bij sites met een monopolie of een oligopo-

61 Artikel 1 lid 2 e-Privacyrichtlijn.

62 Artikel 2 onder a en artikel 3 lid 1 Dataprotectierichtlijn.

63 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 3.2.1.

64 Artikel 2 onder f en overweging 17 e-Privacyrichtlijn.

65 Aldus ook Dammann & Simitis, *EG-Datenschutzrichtlinie: Kommentar*, Baden-Baden: Nomos 1997 (verder: Dammann & Simitis 1997), p. 114.

66 Aldus ook Dammann & Simitis 1997, p. 115.

67 Zie onder meer Kotschy 2006, p. 36; Artikel 29 Werkgroep & Working Party on Police and Justice, *The Future of Privacy. Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data* (WP 168), Brussel: 1 december 2009 (verder: Artikel 29 Werkgroep, WP 168, 2009), kantlijnnummer 66.

68 R. van Esch & P. Blok, ‘Privacy en elektronische handel via internet’, in: J.M.A. Berkvens & C. Prins (red.), *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 203-226, p. 212.

69 Dit geldt bijvoorbeeld voor Hotmail, Gmail en Yahoo.

70 Dit geldt bijvoorbeeld voor Facebook en LinkedIn.

lie, vooral als deze een onontbeerlijke dienst aanbieden. Nu mensen steeds afhankelijker worden van diensten die via het internet worden aangeboden, zoals nieuwsdiensten en communicatiediensten, zal dit argument steeds meer waarde krijgen. Bij social network sites geldt daarbij dat het weinig zin heeft om een profiel aan te maken bij een site die misschien betere privacyvoorwaarden biedt, maar waar weinig anderen een profiel hebben. Ook bij een lock-in-situatie, bijvoorbeeld indien men reeds klant is bij een bepaalde bank, heeft een klant weinig keuze om een site niet te gebruiken.

Voor network behavioural advertising ligt het doorgaans anders. Veel browsers kunnen zo worden ingesteld dat alleen third party cookies worden geweigerd. Door alleen third party cookies te weigeren kunnen internetgebruikers dus trachten te ontsnappen aan network behavioural advertising. Technisch gezien is het niet noodzakelijk dat het weigeren van third party cookies leidt tot minder gebruikersgemak. Indien het weigeren van third party cookies het gebruikersgemak van de bezochte site niet vermindert, is er wel sprake van vrije keus deze te weigeren.

6.2 Specifiek

De tweede eis is dat de toestemming voldoende specifiek moet zijn. Deze moet betrekking hebben op een bepaalde gegevensverwerking of een beperkte categorie van gegevensverwerkingen. Een onbepaalde machtiging om persoonsgegevens te verwerken voldoet niet aan dit criterium. De Dataprotectierichtlijn staat het niet toe om al te brede toestemming te vragen. Toestemming om persoonsgegevens te gebruiken en aan anderen te verstrekken 'voor commerciële doeleinden' is niet voldoende specifiek.⁷¹ Het is waarschijnlijk wel geoorloofd om toestemming te vragen om gegevens te verstrekken aan bepaalde 'derden' of 'categorieën van derden' voor marketingdoeleinden.⁷²

De Werkgroep wijst erop dat browsertoestemming zou betekenen dat er in één keer toestemming gegeven wordt voor een grote hoeveelheid (toekomstige) cookies. Daarbij kan niet duidelijk zijn met welk doel deze cookies geplaatst worden. Toestemming voor toekomstig gebruik van cookies zonder dat de betrokkene de omstandigheden van dat gebruik kent, kan dan ook geen geldige toestemming zijn volgens de Werkgroep.⁷³

Indien er voordat browsertoestemming wordt gegeven een pop-up met informatie moet worden weggeklikt,

hangt het af van het cookiestatement dat bedrijven opstellen hoe specifiek die toestemming is. De nu reeds bestaande praktijk met het vragen van ondubbelzinnige toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens illustreert hoe specifiek bedrijven de doeleinden van die verwerking doorgaans omschrijven. Sommige bedrijven vragen een gebruiker een privacystatement aan te klikken waarin toestemming wordt gegeven om veel met persoonsgegevens te mogen doen. Het ligt in de lijn der verwachting dat bedrijven voortaan cookiestatements op een vergelijkbare manier (blijven) formuleren. Dit betekent dat het niet zeker is dat zal worden voldaan aan de eis dat toestemming voldoende specifiek is.

6.3 Op informatie berustend

De betrokkene kan alleen verantwoord zijn toestemming geven als hij over voldoende, begrijpelijke en juiste informatie beschikt.⁷⁴ Op grond van de e-Privacyrichtlijn moet de gebruiker voordat een cookie wordt geplaatst voorzien worden van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Dataprotectierichtlijn.⁷⁵ Deze schrijft voor dat ten minste de volgende informatie verstrekt moet worden: de identiteit van het bedrijf, de doeleinden van de persoonsgegevensverwerking en verdere informatie die nodig is om een eerlijke verwerking te waarborgen, zoals de ontvangers of de categorieën ontvangers van de gegevens.⁷⁶ Voorts is het volgens de Richtlijn Burgerrechten 'van kapitaal belang dat gebruikers duidelijke en omvattende informatie krijgen' over het plaatsen van cookies.⁷⁷ Om meerdere redenen is het echter twijfelachtig of internetgebruikers altijd een geïnformeerde keuze (kunnen) maken.

Ten eerste lezen internetgebruikers zelden privacystatements.⁷⁸ Als internetgebruikers met pop-ups met een cookiestatement geconfronteerd worden, zullen zij die waarschijnlijk geïrriteerd weggklikken om door te gaan naar de site die zij willen bezoeken. Het lettertype en de vormgeving van privacystatements schrikt de aspirant-lezer vaak af en veel privacystatements bevatten links of verwijzingen. Dit nodigt niet uit om een privacystatement door te nemen.

Ten tweede kan eigenlijk niet van internetgebruikers verwacht worden dat zij privacystatements lezen. Als men enkele of tientallen sites per dag bezoekt zou het immers veel te tijdrovend zijn om alle privacystatements te ontleiden. Volgens onderzoek van Carnegie Mellon

71 Landgericht Bonn 31 oktober 2006 (*Online promotion*), aangehaald in P. García Mexía, *European Internet Law*, Oleiros: Netbiblio 2009, p. 89.

72 Vgl. Korff 2005, p. 56.

73 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.1.

74 Aldus ook Artikel 29 Werkgroep, WP 37, 2000, hoofdstuk 5, par. IV; Artikel 29 Werkgroep, *Advies 10/2004 over meer geharmoniseerde bepalingen inzake informatieverstrekking* (WP 100), Brussel: 25 november 2004, hoofdstuk IV, par. 3 en 4; Artikel 29 Werkgroep, WP 168, 2009, kantlijnnummer 63.

75 Zie specifiek over welke informatie verstrekt dient te worden in het kader van het plaatsen van cookies: Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.2.1.

76 Artikel 11 Dataprotectierichtlijn.

77 Overweging 66 Richtlijn Burgerrechten.

78 Uit een onderzoek van Hoofnagle e.a. blijkt dat 50% van de (ondervraagde) internetgebruikers nooit of bijna nooit privacystatements leest (C.J. Hoofnagle e.a., 'How Different are Young Adults from Older Adults When it Comes to Information Privacy Attitudes and Policies?', 14 April 2010, <www.ssrn.com>, p. 13).

University zou het de gemiddelde Amerikaanse internetgebruiker 201 uur per jaar kosten, indien hij het privacystatement van elke bezochte website zou lezen.⁷⁹

Ten derde geldt dat als internetgebruikers een privacystatement zouden proberen te lezen, zij waarschijnlijk al snel zouden verdwalen in de formele juridische taal. Sovern concludeerde na een computeranalyse van een privacystatement dat deze zonder universitaire opleiding niet te begrijpen was.⁸⁰

Ten vierde: zelfs als internetgebruikers de tekst van alle clausules begrijpen, is het discutabel of zij zich realiseren wat de consequenties kunnen zijn van het bewaren, combineren en analyseren van hun persoonsgegevens.⁸¹ Per geval geeft een internetgebruiker wellicht slechts weinig privacygevoelige gegevens prijs, maar door middel van datamining en het combineren van gegevens kan er toch een uitgebreid profiel worden aangelegd. Ook geanonimiseerde gegevens kunnen vaak weer aan een individu gekoppeld worden.⁸² Als een internetgebruiker zich wel de mogelijke consequenties voor de geest haalt, denkt hij wellicht dat de kans daarop niet erg groot is.⁸³

Tot slot hebben veel internetgebruikers waarschijnlijk niet genoeg technische kennis van informatie- en communicatietechnologie om te begrijpen wat er wordt beschreven in privacystatements, en waar zij dus precies mee akkoord gaan.⁸⁴ Niet alle internetgebruikers weten wat cookies zijn, en weinigen weten het verschil tussen first party, third party en flash cookies.⁸⁵

Volgens de Werkgroep legt de nieuwe regeling ten aanzien van cookies samen met de Dataprotectierichtlijn mogelijk verplichtingen op aan drie categorieën partijen. Ten eerste zijn er verplichtingen voor ad network providers omdat zij cookies plaatsen en uitlezen. Ten tweede is het volgens de Werkgroep mogelijk dat ook de adver-

teerders persoonsgegevens verwerken en dus (mede)verantwoordelijke zijn. Ten derde kunnen publishers (websites waarop geadverteerd wordt) een rol hebben als medeverantwoordelijke. Dit brengt met name met zich mee dat publishers informatie moeten verschaffen over hun samenwerking met ad network providers en over het plaatsen van cookies.⁸⁶

Volgens de Werkgroep mag informatie niet weggestopt worden in algemene voorwaarden of privacystatements. De Werkgroep roept ad network providers en publishers op om met creatieve oplossingen te komen. Zij is voor invoering van een logo dat internetgebruikers erop wijst dat advertenties getoond worden op basis van behavioural advertising.⁸⁷ Inmiddels zijn er projecten gaande om dergelijke logo's in te voeren.⁸⁸

6.4 Wilsuiting

Voor toestemming vereist artikel 2 onder h Dataprotectierichtlijn dat de betrokkene zijn wil ook daadwerkelijk geuit moet hebben. In het vermogensrecht van de meeste⁸⁹ moderne rechtsstelsels zijn verklaringen in de regel niet aan vormvereisten onderworpen.⁹⁰ Doorgaans geldt dit uitgangspunt ook buiten het vermogensrecht.⁹¹ De Nederlandse wetgever concludeerde dat ook in de context van de Dataprotectierichtlijn verklaringen vormvrij zijn.⁹² De considerans van de e-Privacyrichtlijn bepaalt dat toestemming kan worden gegeven op elke wijze die de gebruiker in staat stelt vrijelijk een specifieke en geïnformeerde indicatie te geven omtrent zijn wensen.⁹³ Een rechtshandeling vereist echter niet alleen een verklaring, maar ook een op rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁹⁴ Ook aan vormvrije verklaringen dient met andere woorden een wil ten grondslag te liggen, wil er sprake

79 A.M. McDonald & L.F. Cranor, 'The Cost of Reading Privacy Policies', *IIS: A Journal of Law and Policy for the Information Society* (4) 2008-3, p. 19.

80 J. Sovern, 'Opting In, Opting Out, or No Options at All: the Fight for Control of Personal Information', *Washington Law Review* (74) 1999, p. 1033-1118, p. 1086.

81 Aldus ook S. Barocas & H. Nissenbaum, 'On Notice: The Trouble with Notice and Consent', New York University 2009, <www.nyu.edu/projects/nissenbaum>, p. 6.

82 Ohm 2009.

83 Vgl. E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss.), Deventer: Kluwer 1978, p. 305.

84 Aldus ook P.M. Schwarz, 'Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy-control, and Fair Information Practices', *Wisconsin Law Review* 2000, p. 743-788, p. 766; Artikel 29 Werkgroep, WP 148, 2008, par. 6; Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.2.

85 In een recent onderzoek wist ongeveer twee derde van de ondervraagde internetgebruikers niet hoe cookies werken (A.M. McDonald & L.F. Cranor, 'An Empirical Study of How People Perceive Online Behavioral Advertising', Pittsburgh: CyLab/Carnegie Mellon University 2009, <www.cylab.cmu.edu>).

86 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 3.3.

87 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.2.1.

88 Zie <www.aboutads.info> en <www.iab.net/clear>. Het is de bedoeling dat via het logo direct doorgelikt kan worden naar een opt-out-pagina. Overigens geven de deelnemende bedrijven alleen aan geen gerichte advertenties meer te laten zien na een opt-out. Zij zeggen niet toe dat zij internetgebruikers niet meer zullen volgen.

89 Commentaar bij artikel 1.2 Unidroit Principles. Volgens Zweigert & Kötz geldt zelfs in alle moderne rechtsstelsels dat verklaringen in het vermogensrecht in beginsel vormvrij zijn (K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (vert. T. Weir), Oxford: Oxford University Press 1998 (verder: Zweigert & Kötz 1998), p. 366).

90 Zie onder meer artikel 11 Weens Koopverdrag 1980, artikel 1.2 en 3.2 Unidroit Principles en artikel 2:101 en 2:102 Principles of European Contract Law.

91 O. Lando & H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 112. Op grond van artikel 1:107 Principles of European Contract Law is de regel dat verklaringen vormvrij zijn in beginsel ook van toepassing buiten het vermogensrecht. De Nederlandse wet kent een vergelijkbare regeling in artikel 3:59 BW jo. artikel 3:37 BW.

92 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 151 (MvT bij Wet bescherming persoonsgegevens).

93 Overweging 17 e-Privacyrichtlijn.

94 Zie artikel 3:33 BW, artikel 14 lid 1 Weens Koopverdrag 1980, artikel 3.2 Unidroit Principles en artikel 2:102 lid 1 onder b Principles of European Contract Law.

zijn van een rechtshandeling. Het is dubieus of bij toestemming via browserinstellingen aan die eis wordt voldaan. Indien iemand de standaardaanpassingen van zijn browser niet aanpast, en daarmee onbedoeld toestemming geeft voor cookies, is de situatie enigszins te vergelijken met een misverstand of oneigenlijke dwaling.⁹⁵ Een voorbeeld van oneigenlijke dwaling is per ongeluk een bod doen op een veiling door de hand op te steken om iemand te groeten. In veel landen komt er in dergelijke situaties in beginsel geen overeenkomst tot stand vanwege het ontbreken van een wil. Dit kan anders zijn op grond van gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij.⁹⁶

De Werkgroep was uitgesproken tegen de mogelijkheid om toestemming te geven via de standaardinstellingen van de browser. Zij was 'bezorgd over de uitholling van het begrip toestemming en het daaruit voortvloeiende gebrek aan doorzichtigheid'.⁹⁷ De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (de EDPS) riep in maart 2010 de Europese Commissie op om browserfabrikanten te verplichten browsers zo in te stellen dat zij cookies standaard niet accepteren. Als een browser geïnstalleerd of geüpdatet wordt, zouden gebruikers de keuze moeten krijgen om in te stellen of zij cookies voortaan accepteren.⁹⁸ De Werkgroep heeft verscheidene malen hetzelfde betoogd.⁹⁹ Het valt te bezien of browserfabrikanten hun producten zullen aanpassen terwijl zij zelf geen actieve rol spelen bij behavioural advertising. De Werkgroep eist verder dat ad network providers een tijdslimiet stellen aan toestemming. Ad network providers dienen internetgebruikers er dus van tijd tot tijd aan te herinneren dat zij het onlinegedrag van internetgebruikers monitoren, bijvoorbeeld middels een logo. Ook dienen ad network providers het eenvoudig te maken om eenmaal gegeven toestemming weer in te trekken.¹⁰⁰

Ik onderschrijf de kritiek van de Werkgroep en de EDPS op browsertoestemming. De praktijk leert dat veel consumenten nooit sleutelen aan de standaardinstellingen van software. Omdat de meeste populaire browsers standaard alle cookies accepteren, komt er van een daadwerkelijke wilsuiking weinig terecht.¹⁰¹ De Werkgroep en de EDPS zijn beide klaarblijkelijk van mening dat een aparte muisklik wel voldoende is om van een wilsuiking te spreken. Dit is in lijn met de e-Privacyrichtlijn, die voorschrijft dat toestemming vormvrij gegeven kan worden, onder andere met een muisklik.¹⁰² Op de aanname dat een haastige muisklik echt betekent dat iemand zijn wil uit om een cookie te accepteren, valt overigens wel wat af te dingen.

7 Conclusie

Volgens de geamendeerde e-Privacyrichtlijn mogen cookies voortaan slechts worden geplaatst na geïnformeerde toestemming van de internetgebruiker. Er hoeft geen toestemming te worden gevraagd voor cookies die noodzakelijk zijn om communicatie te verzenden of om een uitdrukkelijk gevraagde dienst te leveren. Indien geldige toestemming is verkregen voor het plaatsen en uitlezen van een cookie, is volgens de Artikel 29 Werkgroep geen ondubbelzinnige toestemming meer vereist als grondslag voor persoonsgegevensverwerking. Volgens de Nederlandse regering blijkt uit overweging 66 Richtlijn Burgerrechten dat toestemming voor cookies gegeven kan worden door middel van browserinstellingen. De Werkgroep vindt echter dat browsertoestemming doorgaans geen geldige toestemming oplevert.

De Dataprotectierichtlijn stelt vier eisen aan toestemming: het moet gaan om een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiking. Aan iedere eis moet worden voldaan wil er sprake zijn van geldige toestemming. In dit artikel is gebleken dat browsertoestemming niet in alle gevallen voldoet aan deze eisen. Ten eerste functioneren veel websites niet als cookies worden geweigerd. Als er bij een dergelijke website sprake is van een monopolie of een oligopolie, kan dat in de weg staan aan het vrije karakter van de toestemming. Ten tweede kan er geen sprake zijn van specifieke toestemming als met de browser toestemming wordt gegeven voor vele toekomstige cookies. Als per cookie informatie wordt verschaft, hangt het af van het cookiestatement dat bedrijven opstellen of toestemming specifiek genoeg is. De huidige praktijk met privacystatements stemt niet optimistisch. De derde eis – op informatie berustend – is het meest problematisch. Het valt te betwijfelen of internetgebruikers geïnformeerd toestemming zullen en kunnen verlenen voor cookies. Het feit dat veel internetgebruikers niet op de hoogte zijn van het gebruik van cookies voor behavioural advertising staat geïnformeerde toestemming in de weg. Ook zou het onredelijk zijn om van internetgebruikers te verwachten dat zij ieder cookiestatement doorlezen. Tot slot is het twijfelachtig of iemand ook echt zijn wil uit als hij door middel van browserinstellingen cookies accepteert. Samenvattend zal een regeling die de mogelijkheid geeft middels browserinstellingen toestemming te geven voor cookies in de praktijk waarschijnlijk niet voldoen aan de eisen die artikel 2 onder h Dataprotectierichtlijn stelt aan toestemming.

95 Zie onder meer artikel 3:35 BW, artikel 3.6 Unidroit Principles en artikel 4:103 en 4:104 Principles of European Contract Law.

96 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 219; Zweigert & Kötz 1998, p. 410-424.

97 Artikel 29 Werkgroep, *Advies 1/2009 over de voorstellen tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie (e-privacyrichtlijn)* (WP 159), Brussel: 10 februari 2009, par. 7.

98 De Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming, *Opinion of the European Data Protection Supervisor on Promoting Trust in the Information Society by Fostering Data Protection and Privacy* (EDPS/10/6), Brussel: 22 maart 2010, kantlijnnummer 92-98.

99 Artikel 29 Werkgroep, *Aanbeveling 1/99 inzake de onzichtbare en automatische verwerking van persoonsgegevens op Internet door software en hardware* (WP 17), Brussel: 23 februari 1999, par. 4; Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.1.

100 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.3.

101 Artikel 29 Werkgroep, WP 171, 2010, par. 4.1.1.

102 Overweging 17 e-Privacyrichtlijn.