

Retouradres: Postbus 5050, 2600 GB Delft

TNO
Informatiemaatschappij
Brassersplein 2
2612 CT Delft
Postbus 5050
2600 GB Delft
www.tno.nl

Datum
21 maart 2011

Onze referentie

E-mail
linda.kool@tno.nl

Doorkiesnummer
+31 88 866 71 62

Aan de leden van de Commissie Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Onderwerp

Reactie TNO/IViR op branchereactie van 18-03-2011

Geachte heer, mevrouw,

Donderdag 17 maart publiceerden TNO en IViR het onderzoeksrapport 'A bite too big: dilemma's bij de implementatie van de cookiewet in Nederland', uitgevoerd in opdracht van OPTA. De Nederlandse online advertentiemarkt vertegenwoordigd in acht brancheorganisaties hebben op 18 maart u hier op een reactie gestuurd. De brancheorganisaties stellen twee punten aan de orde waar wij via dit schrijven op zullen reageren:

- De representativiteit van het onderzoek
- Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen (BUDE) en (voorafgaande) toestemming (de huidige regeling)

De punten die wij hieronder aan de orde brengen vindt u ook terug in het rapport. Wij verwijzen in deze reactie naar de desbetreffende paginanummers of paragrafen).

Een wetsvoorstel voor de invoering van de nieuwe cookie-bepaling ligt momenteel in de Tweede Kamer. OPTA krijgt als taak om deze bepaling te handhaven. OPTA heeft TNO en IViR gevraagd te onderzoeken wat de nieuwe juridische situatie betekent voor het aanbieden van behavioural advertising via het plaatsen en lezen van cookies. Het onderzoek heeft gediend om een beeld te krijgen van de huidige situatie op de telecommunicatiemarkt. De onderzoekers zijn verantwoordelijk voor de bevindingen en de conclusies uit het rapport. OPTA bestudeert op dit moment de conclusies en bekijkt op welke wijze deze betrokken kunnen worden in het te formuleren handhavingsbeleid.

Op opdrachten aan TNO zijn de Algemene Voorwaarden voor opdrachten aan TNO, zoals gedeponeed bij de Griffie van de Rechtbank Den Haag en de Kamer van Koophandel Den Haag van toepassing. Deze algemene voorwaarden kunt u tevens vinden op www.tno.nl.
Op verzoeken zenden wij u deze toe.

Handelsregisternummer 27376655 .

1. Representativiteit

De onderzoekers hebben de onderzoeksmethode en steekproef met zorg samen gesteld. De survey onder geselecteerde marktpartijen betreft grote en belangrijke spelers die voorop lopen in deze branche en samen een groot marktaandeel hebben. De selectie is gebaseerd op verschillende bronnen, zoals de websites met het grootste bereik in Nederland en de top twintig grootste online adverteerders in Nederland (zie pagina 29 en bijlage 3).

Het rapport stelt het representatieve karakter van onderzoek nadrukkelijk aan de orde. Op pagina 29 onder methode en opzet survey valt te lezen: *'Door de opzet van de survey kan per vraag het aantal respondenten dat de vraag beantwoord heeft verschillen. Afhankelijk van het antwoord worden respondenten naar één of meerdere vervolgvragen geleid die niet voor alle respondenten relevant zijn. Hierdoor zijn de bevindingen van de survey voor sommige vragen gebaseerd op slechts een klein aantal respondenten. De deelnemers aan de survey zijn echter bekende en respectabele bedrijven. De resultaten kunnen daardoor gelezen worden als indicatie voor de huidige praktijk met betrekking tot het plaatsen en lezen cookies ten behoeve van behavioural advertising.'* De onderzoekers geven in het rapport per vraag duidelijk aan hoe groot de groep respondenten is. Vijfentwintig respondenten geven aan dat er via een tussenpersoon (zoals leveranciers van websitestatistieken) gegevens worden verkregen die gebruikt worden voor gerichte reclame (pagina 33).

Voor zover in de reactie van de DDMA kritiek op de vragen van de survey en werkwijze moet worden gelezen, heeft deze de onderzoekers verbaasd. Deze waren bij de DDMA bekend.

2. BUDE en (voorafgaande) toestemming

De onderzoekers zijn zeer wel op de hoogte van bestaande en toekomstige wettelijke kaders. Deze worden uitgebreid beschreven in hoofdstuk 2 van het rapport. Waar deze ruimte laten voor interpretatie is dat in het rapport aangegeven en gemotiveerd waarom de onderzoekers voor een bepaalde interpretatie kiezen.

Volgens de branchereactie stellen de onderzoekers ten onrechte dat artikel 5.3 van de e-privacy richtlijn en artikel 4.1 BUDE een voorafgaande informatieverplichting of toestemmingsvereiste zouden kennen. Ten aanzien van artikel 5.3 van de e-privacyrichtlijn (zie paragraaf 2.1.1) wordt niet gesteld door de onderzoekers dat er sprake is van een voorafgaande informatieverplichting of toestemmingsvereiste.

Dit ligt anders voor de huidige regeling, artikel 4.1 BUDE. Deze bevat nadrukkelijk het vereiste van voorafgaandheid: *'..dient voorafgaand aan de desbetreffende handeling [in casu het plaatsen van een cookie, red.] de abonnee of gebruiker: a) op een duidelijke en nauwkeurige wijze te informeren omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen tot de desbetreffende gegevens dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan, en b) op voldoende kenbare wijze gelegenheid te bieden de desbetreffende handeling te weigeren'* (citaat artikel 4.1 BUDE). De memorie van toelichting bij het BUDE voegt hier nog aan toe:

Datum
21-03-2011

Blad
3/3

- '..maar omtrent het gebruik ervan dient wel openheid richting de abonnee of gebruiker te worden geboden en deze dient zelf te kunnen beslissen of hij een dergelijke gebruik voorstaat'
- 'Naast het verstrekken van informatie, dient de abonnee of gebruiker ook expliciet de mogelijkheid te worden geboden om de toegang tot gegevens op dan wel het plaatsen van gegevens op diens randapparatuur te weigeren.'

Daarom wordt artikel 4.1 BUDE door de onderzoekers als opt-in gekarakteriseerd in het rapport (paragraaf 2.1.2). Immers er dient voorafgaand geïnformeerd te worden en expliciet gelegenheid tot weigeren te worden geboden. Dit is een substantieel andere situatie dan 'opt-out' waar nadat gegevens worden toegestuurd of geplaatst aan de gebruiker de mogelijkheid moet worden geboden het verder plaatsen van gegevens te verbieden. Overigens geven de onderzoekers aan dat artikel 4.1 BUDE - evenals de nieuwe regelgeving - als zodanig geen onderscheid maakt tussen cookies, spyware of malware.

In de survey is gevraagd of er in de huidige situatie om toestemming wordt gevraagd voor het plaatsen van cookies. Van de 13 partijen die deze vraag beantwoorden, geven er 9 aan dat zij niet om toestemming vragen. Dat is bijna 70% en daarmee belangrijk om te melden. Van 17 respondenten blijkt dat er 9 (53%) zijn die hun gebruikers niet informeren over het plaatsen van cookies. Ook een hoogst relevant gegeven volgens de onderzoekers.

Hoogachtend,

De onderzoekers,

L. Kool (TNO)
A. van der Plas (TNO)
N. van Eijk (IViR)
N. Helberger (IViR)
B. van der Sloot (IViR)