

Privacy & Data Protection Update



New rules on cookies / Nieuwe cookie regels

28 May 2013

This newsletter is sent by NautaDutilh

New rules on cookies

On 20 May 2013 a draft bill was published (for public consultation) under which the rules on cookies laid down in the Dutch Telecommunications Act (Telecommunicatiewet) will be relaxed. For cookies that "provide insight into the quality or effectiveness of services delivered via the internet and have little or no impact on the internet user's privacy", it will no longer be required to inform the user and request his consent pursuant to the Telecommunications Act. Examples of such cookies are analytic cookies, a/b testing cookies and affiliate cookies.

For tracking cookies the duty to inform and request consent will remain in effect. It should be remembered that the cookie rules also apply to other automatic data collection procedures such as the use of web beacons and device fingerprinting. As formulated in the Telecommunications Act, the rules apply to "the storage or accessing of information in a user's peripheral/terminal equipment".

According to a letter from the Minister of Economic Affairs and the explanatory memorandum to the draft bill, consent need not be obtained through e.g. a pop-up box, but can also be obtained through some other positive act. For example, by continuing to browse after the appearance of an information bar indicating that to do so will result in cookies being placed, which cookies, the purpose thereof and by whom. According to the Minister, this is also possible under the existing law. The cookies may not be placed before a user has performed the requisite positive act (at the time of his/her first visit). As a general rule, a failure to amend default browser settings allowing cookies cannot be viewed as the expression of an informed, conscious choice by the internet user and will not readily be seen as consent. This may be otherwise with the new generation of browsers if the allowance of cookies is not one of the default settings.

To the extent that personal data are processed, the provisions of the Dutch Personal Data Protection Act (Wet bescherming persoonsgegevens) apply. These provisions may impose additional obligations, such as with regard to the furnishing of information, the obligation to notify processing activities with the Dutch Data Protection Authority, the conclusion of a data processing agreement and the transfer of personal data to countries outside the European Union.

Comments on the draft bill will be accepted until 1 July 2013. Subsequently, the Data Protection Authority and the Netherlands Authority for Consumers and Markets will be asked to advise on the draft bill and it will be sent to the Council of State. Submission to the lower house of Parliament is expected in the autumn of this year.

Current rules and proposed amendment

Since 5 June 2012 the Telecommunications Act has required that consent be requested and information be furnished before placing certain types of cookies. Those requirements do not apply to cookies that are (i) used for the sole purpose of carrying out the transmission of a communication over an electronic communications network or (ii) are strictly necessary to provide the requested service. Examples include cookies making it possible to use shopping carts or store language preferences.

Since 1 January 2013 the placing of cookies for the purpose of collecting, combining or analysing information about the use of various services of the information society (in other words, for the purpose of monitoring websites surfing behaviour using tracking cookies) has been presumed to

constitute a processing of personal data. Consequently, the burden of proof is reversed: the supervisory authority is not required to prove that personal data have been processed, but the company must prove that it has not processed personal data. Besides the reversal of the burden of proof, it can be argued that the impact of this rule is limited. Either personal data are processed, in which case the Personal Data Protection Act must be complied with, or personal data are not processed, in which case the Personal Data Protection Act does not apply.

Under the bill, an exemption will be added for cookies that are strictly necessary "to obtain information about the quality or effectiveness of a service provided by the information company, provided that this will have little or no impact on the privacy of the relevant subscriber or user." Examples of cookies that can fall under this exemption are discussed below.

Analytic cookies

Analytic cookies are used to gather information about and analyse the use of a particular website in order to improve its quality. The use – and possible further use – of these cookies must have little or no impact on the internet user's privacy. Accordingly, it is not permitted to draw up a user profile (also not by a third party). Both first-party and third-party analytic cookies can fall under the exemption. If a third party is involved in the placement of the cookies or receives user data, the website administrator must enter into a (data processing) agreement with the third party under which it is clear that the third party may not use the data for his/its own purposes or may only do so for purposes that are explicitly demarcated in the agreement and will have little or no impact on the privacy of the subscribers or users.

Affiliate cookies

Affiliate/performance cookies are used to collect information regarding which advertisements lead to purchases so that the party who has displayed the relevant advertisement (the affiliate) can receive payment for this. One way in which to demonstrate that a cookie will be used only to collect such information is that its lifespan is no longer than necessary for that purpose.

A/b testing

This applies where two different versions (version a and version b) of, for example, an advertising banner or a website are shown and a cookie is used to monitor which of the two is more effective. Here too, the lifespan of the cookie is relevant.

Cookie walls

The bill confirms that cookie walls are in principle allowed. This can be otherwise if the visitor is so dependent on the services and information offered via a website using a cookie wall that by clicking on "I consent" he/she cannot be regarded as having freely signified his/her agreement. A cookie wall is in any event not permitted if, as a result of not consenting to the use of cookies, the internet user (i) will be unable to exercise a statutory right, (ii) will be unable to comply with a statutory obligation, or (iii) will receive lower-quality medical care. If the information or services offered via a website relate to the performance of a public duty, this will generally result in an obligation to offer the information or services even if the visitor does not consent to the use of privacy-sensitive cookies.

[Click here for the letter from Minister Kamp to the lower house of Parliament](#)

[Click here for the draft bill and the explanatory memorandum](#)

Nieuwe cookie regels

Op 20 mei 2013 is een concept wetsvoorstel gepubliceerd om de cookie regels te versoepelen in de Telecommunicatiewet. Voor cookies die "inzicht geven in de kwaliteit of effectiviteit van de via internet geleverde diensten en die geen of nauwelijks gevolgen hebben voor de privacy van de internetter", is het niet langer verplicht om de gebruiker te informeren en om toestemming te vragen ingevolge de Telecommunicatiewet. Voorbeelden kunnen zijn analytische cookies, a/b testing cookies en affiliate cookies.

Voor tracking cookies blijven de informatieplicht en het toestemmingsvereiste bestaan. De cookie regels gelden overigens ook voor andere automatische procedures van gegevensverzameling zoals het gebruik van web beacons en device fingerprinting. De cookie regels zijn namelijk van

toepassing op "het opslaan van of toegang verkrijgen tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker".

Daarnaast is in de toelichting bij het concept wetsvoorstel en een brief van Minister Kamp vermeld dat toestemming - volgens de Minister ook nu al - niet perse hoeft te worden verkregen via bijvoorbeeld een pop-up box, maar ook kan worden verkregen via een andere actieve handeling. Bijvoorbeeld doorsurfen na een verschenen informatiebalk dat (en welke) cookies na doorsurfen zullen worden geplaatst, met welk doel en door wie. De cookies mogen niet worden geplaatst voordat een gebruiker zo'n actieve handeling heeft verricht (bij zijn/haar eerste bezoek). Het niet hebben aangepast van standaardinstellingen van de browser dat cookies worden geaccepteerd, kan over het algemeen niet worden gezien als een uiting van een geïnformeerde, bewuste keuze van de internetgebruiker en zal dus niet snel kunnen worden gezien als toestemming. Dit kan anders worden met de nieuwe generatie browsers als die niet standaard zijn ingesteld op het accepteren van cookies.

Voor zover persoonsgegevens worden verwerkt gelden de bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens die nog aanvullende eisen kunnen stellen bijvoorbeeld inzake het verstrekken van informatie, een meldingsplicht bij het College Bescherming Persoonsgegevens, eisen inzake internationaal gegevensverkeer en het sluiten van een bewerkersovereenkomst.

Tot 1 juli a.s. kan worden gereageerd op het concept wetsvoorstel. Daarna worden ook het College Bescherming Persoonsgegevens en de Autoriteit Consument en Markt gevraagd om advies uit te brengen en gaat het voorstel naar de Raad van State. Het wetsvoorstel wordt naar verwachting in het najaar naar de Tweede Kamer gestuurd.

Huidige regels en voorgestelde wijziging

Sinds 5 juni 2012 moet voor bepaalde cookies toestemming worden gevraagd en informatie worden verstrekt om ze te mogen plaatsen ingevolge de Telecommunicatiewet.

Dit geldt niet voor cookies die worden geplaatst: i) met als uitsluitend doel de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren, of ii) die strikt noodzakelijk zijn om een gevraagde dienst te leveren. Zoals cookies om winkelmandjes te gebruiken, taalvoorkeuren op te slaan e.d.

Ook geldt sinds 1 januari 2013 dat het plaatsen van cookies met als doel het verzamelen, combineren of analyseren van gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij (met andere woorden het volgen van surfgedrag over websites aan de hand van tracking cookies) wordt vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn. Er geldt dan een omgekeerde bewijslast: de toezichthouder hoeft niet te bewijzen dat persoonsgegevens worden verwerkt, maar het bedrijf moet bewijzen dat *geen* persoonsgegevens worden verwerkt. Men zou kunnen zeggen dat de impact hiervan - buiten de omkering van de bewijslast - beperkt is. *Of er worden persoonsgegevens verwerkt in welk geval de Wet bescherming persoonsgegevens moet worden nageleefd. Of er worden geen persoonsgegevens verwerkt en dan is de Wet bescherming persoonsgegevens niet van toepassing.*

Ingevolge het wetsvoorstel komt er een extra uitzondering voor cookies die strikt noodzakelijk zijn "om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij, mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker". Dit betekent dat bijvoorbeeld de volgende cookies onder de uitzondering kunnen vallen:

Analytic cookies

Analytische cookies worden gebruikt om het gebruik van een bepaalde website in kaart te brengen en te analyseren zodat de kwaliteit van de website kan worden verbeterd. Het gebruik - en eventueel verder gebruik - mag geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruiker. Zo mag geen profiel worden opgesteld van de gebruiker (ook niet door een derde). Zowel first party analytic cookies als third party analytic cookies kunnen onder de uitzondering vallen. Als een derde betrokken is bij het plaatsen van cookies of deze gebruiksgegevens ontvangt moet de websitehouder dus in een (bewerkers)overeenkomst duidelijk afspreken met de derde dat deze de gegevens niet voor eigen doeleinden gebruikt, of alleen voor afgebakende, in de overeenkomst opgenomen doeleinden die geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de abonnees, of gebruikers.

Affiliate cookies

Affiliate/performance cookies worden gebruikt om bij te houden welke advertentie leidt tot een aankoop zodat degene die de advertentie heeft getoond (de affiliate), hiervoor een beloning kan ontvangen. Of de cookie alleen voor dit doel wordt gebruikt kan onder meer blijken uit de omstandigheid dat de levensduur van de cookies niet langer is dan nodig voor dit doel.

A/b-testing

Hierbij worden twee verschillende versies (versie a en versie b) van bijvoorbeeld een reclamebanner of een website getoond en wordt met behulp van een cookie bijgehouden welke van de twee varianten het meest effectief is. Ook hier speelt de levensduur van de cookie een rol.

Cookiemuren

Verder is verduidelijkt dat cookiemuren (*cookie walls*) in beginsel zijn toegestaan. Dit kan anders zijn als de bezoeker zo afhankelijk is van de via een website aangeboden diensten en informatie dat er door het gebruik van een cookiemuur geen sprake meer kan zijn van een vrije wilsuiting als de bezoeker "ik geef toestemming" aanklikt. Een cookiemuur mag in ieder geval niet als "het niet-toestemming geven" voor het gebruik van cookies tot gevolg heeft dat de internetgebruiker: i) een wettelijk recht niet kan uitoefenen, ii) een wettelijke plicht niet kan naleven, of iii) minder goede medische zorg krijgt. Als de via de website aanboden informatie of diensten onderdeel uitmaken van een publieke taak zal dit er over het algemeen ook toe leiden dat deze ook moet worden aangeboden als de bezoeker geen toestemming geeft voor privacygevoelige cookies.

[Klik hier voor de brief van Minister Kamp aan de Tweede Kamer](#)

[Klik hier voor het concept wetsvoorstel met toelichting](#)

Contact

For the Netherlands / voor Nederland:

Jacqueline van Essen

T: +31 20 7171 714

For Belgium / voor België:

Julien Hick

T: +32 2 566 8518

For Luxembourg / voor Luxemburg:

Vincent Wellens

T +35 2 261 22934

Amsterdam · Brussels · London · Luxembourg · New York · Rotterdam

Privacy / General conditions / Disclaimer

This publication is intended to highlight certain issues. It is not intended to be comprehensive or to provide legal advice. If you would like to unsubscribe please use the [unsubscribe](#) option on the newsletter website. You can also send an e-mail to unsubscribe@newsletter-nautadutilh.com. Please make sure that you put the word 'unsubscribe' in the subject field of your e-mail.