

Ter attentie van de heer David Stevens, Voorzitter van de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Geachte heer Stevens,

Wij hebben de eer u aan te schrijven als vertegenwoordigers van het brede veld van de Belgische online bedrijfswereld, met name de e-commerce bedrijven, online marketing bedrijven, adverteerders, en webbouwers. Wij willen bij deze onze diepste bezorgdheid uiten over het standpunt van de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit inzake de te volgen regels bij het gebruik van cookies en gelijkaardige technologieën voor statistische en analytische doeleinden.

De wijze waarop deze regels heden worden uitgedragen en toegepast door de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit hebben een zeer zware praktische, financiële en technische impact op bedrijven die online actief zijn en dit in een mate die op geen enkele manier in verhouding staat tot de potentiële gevaren voor de rechten van de betrokkenen wiens gegevens middels zulke statistische of analytische cookies verzameld en verwerkt worden.

In onze hoedanigheid van vakfederaties en belangenverenigingen dringen we om die reden aan op dringend overleg met de Gegevensbeschermingsautoriteit samen met de sector. We verwijzen hierbij naar de nota in bijlage die uitvoerig onze zaak argumenteert.

Wij onderlijnen van bij aanvang dat onze bezorgdheid uitsluitend betrekking heeft op het gebruik van statistische of analytische cookies. Elk gebruik van marketing cookies, tracking cookies of cookies waarmee gegevens gedeeld worden met derde partijen vereist zeer zeker absolute transparantie en een expliciete, voorafgaande, vrije en geïnformeerde toestemming.

Hopend op een spoedig en gunstig antwoord van uw zijde, verblijven wij met de meeste hoogachting.



26/11/2020

POSITION PAPER INZAKE HET GEBRUIK VAN STATISTISCHE OF ANALYTISCHE COOKIES VOOR DIGITALE MARKETING DOELEINDEN

Executive Summary

- Het gebruik van statistische of analytische cookies op websites en zeker op webshops is economisch, praktisch en technisch noodzakelijk.
- Tot eind 2019 heeft de Belgische overheid steeds -al dan niet stilzwijgend- aanvaard dat voor het plaatsen van statistische of analytische cookies een soft opt-in of impliciete toestemming voldoende was.
- Sedert enige maanden communiceerde de Gegevensbeschermingsautoriteit herhaaldelijk dat een actieve en voorafgaande, vrije toestemming altijd vereist is voorafgaand aan het plaatsen van statistische of analytische cookies.
- De e-commerce en online marketingsector dreigt hierdoor zeer grote economische schade te lijden en ondergaat hierdoor een aanzienlijk concurrentienadeel in vergelijking met websites en webshops uit onze buurlanden.
- Recente technologische ontwikkelingen hebben bovendien tot gevolg dat bedrijven dreigen te kiezen voor alternatieven voor het gebruik van klassieke analytische of statistische cookies die veel minder transparant zijn en die veel minder respect hebben voor de rechten van de betrokkenen.
- Om die reden dringt een soepelere interpretatie op korte termijn en een aanpassing van de regelgeving op Europees of desnoods op Belgisch niveau op middellange termijn zich op.

Het huidig document werd opgesteld door Sirius Legal Business Law Firm en haar Managing Partner Bart Van den Brande. Het heeft nadrukkelijk niet de ambitie om een exhaustieve juridische analyse van de cookieregelgeving in te houden, maar is er precies en specifiek op gericht de problematiek rond het gebruik van statistische of analytische cookies vanuit economisch, praktisch en juridisch perspectief te onderzoeken en de resultaten van dat onderzoek te bundelen teneinde vorm te geven aan de bezorgdheden die vandaag leven in de Belgische online marketingwereld en e-commerce.

Bestaande praktijk: geen vereiste “actieve opt-in” sedert 2012

De voorbije acht jaar heeft de Belgische overheid, bij wege van eerst de voormalige CBPL en later de Gegevensbeschermingsautoriteit een eerder afwachtende houding aangenomen ten aanzien van cookies en zeker ten aanzien van statistische of analytische cookies. Tot zeer recent waren er geen controles of boetes op het gebruik van cookies en al evenmin op het gebruik van persoonsgegevens die eventueel verzameld zouden worden via cookies.

Het enige duidelijke referentiepunt in die periode is de Aanbeveling uit eigen beweging over het gebruik van cookies (CO-AR-2012-004) van 4 februari 2015 van de voormalige CBPL.¹ In deze aanbeveling werd uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat er geen preferentiële wijze bestaat om voorafgaande toestemming te bekomen en wordt expliciet gezegd dat de toestemming ook impliciet kan bekomen worden op basis van het verder bezoek van de websitebezoeker aan de website of webshop. Diezelfde terughoudende houding vonden we overigens ook terug in de meeste andere EU-lidstaten.

In het genoemde advies was de toenmalige CBPL zeer duidelijk:

- “Deze cookies verzamelen informatie over de technische gegevens van de uitwisseling of over het gebruik van de website (bezochte pagina’s, gemiddelde duur van het bezoek,...) om werking ervan te verbeteren. **De gegevens die op die manier door de website worden verzameld, zijn in principe samengevoegd en worden anoniem verwerkt**”
- “Volgens de Groep 29” is het echter **niet waarschijnlijk dat analysecookies van de eerste partij een privacyrisico opleveren**, indien zij strikt worden beperkt tot geaggregeerde statistieken ten behoeve van de website-exploitant en worden ingezet door websites die in hun privacybeleid al duidelijke informatie geven over deze cookies en passende privacywaarborgen bieden”
- “De Franse persoonsgegevensbeschermingsautoriteit, de Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), besliste dat deze **cookies onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ingezet zonder een voorafgaande toestemming van de betrokken persoon**, enerzijds rekening houdend met de specifieke doeleinden van deze cookies en anderzijds het zeer beperkte risico voor de bescherming van de privacy die dit soort verwerkingen met zich meebrengt”
- “De Commissie is van mening dat het **verder surfen (“further browsing”) kan aanzien worden als een positieve actie waarmee de gebruiker zijn toestemming geeft**”.

Op basis van bovenstaande aanbeveling is bij Belgische website-eigenaars doorheen de jaren het legitiem vertrouwen ontstaan dat voor het plaatsen van cookies, en met name ook zeker voor het plaatsen van specifiek statistische of analytische cookies, een impliciete opt-in op basis van zogenaamde “continued browsing” volstond.

¹ Aanbeveling nr 01/2015 van 4 februari 2015, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/AAN01-2015-001DEF.pdf.pdf>

Op basis van deze opvatting opteerden en opteren Belgische en andere Europese websites en webshops in overgrote meerderheid voor allerlei methodes van soft opt-in of opt-out voor het plaatsen van cookies. Dit geldt en gold op zijn minst voor het gebruik van analytische of statistische cookies.

Europees statistisch onderzoek toont in dat verband aan dat niet enkel in België webshops en websites geen actieve opt-in vragen. Diverse onderzoeken en cookiesweeps tonen aan dat een bijzonder hoog percentage van alle websites, in vele onderzoeken tussen 80 en 90%, geen strikte toepassing of geen gehele toepassing maakt van de voorafgaande opt-in. De vaststelling uit cookiesweeps, zoals de grootschalige controle die de Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens op 19 december 2019 publiceerde op haar website² of het recente onderzoek naar cookie compliance binnen het TCF-framework van IAB Europe door de Universit   Côte d'Azur³, is dat minstens de helft en wellicht een overgrote meerderheid van de websites in de EU geen voorafgaande vrije opt-in vraagt voor het plaatsen van cookies.

Redenen voor ongerustheid in de online marketing en e-commerce wereld

Sedert de inwerkingtreding van de Algemene Verordening Gegevensbescherming in mei 2018 is er bij verschillende Europese Gegevensbeschermingsautoriteiten een duidelijke verhoogde aandacht voor het gebruik van cookies in onder meer Frankrijk, Duitsland, Spanje en Groot-Brittannië, alsook vanwege de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit in de vorm van de recente Aanbeveling nr. 01/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden.⁴

Een en ander werd ongetwijfeld ondersteund door de recente rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake Planet 49⁵, waarin het Hof bevestigt dat een voorafgaande vrije en geïnformeerde opt-in steeds vereist is. Dezelfde regels gelden voor alle soorten cookies,

² <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-veel-websites-vragen-op-onjuiste-wijze-toestemming-voor-plaatsen-tracking-cookies>

³ MATTE, C., BIELOVA, N., SANTOS, C., Do cookie banners respect my choice?, Measuring legal compliance of banners from IAB Europe's Transparency and Consent Framework, Cornell University, 2019, <https://arxiv.org/abs/1911.09964>

⁴ SK Orientierungshilfe der Aufsichtsbeh  rden für Anbieter von Telemedien, maart 2019, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf; CNIL, Délibération n   2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifi  e aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) (rectificatif), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038783337>; ICO, Guidance on the use of cookies and similar technologies, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/>; AEPD Guía sobre el uso de las cookies, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-cookies_1.pdf; GBA, Aanbeveling nr. 01/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden, https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf.

⁵ HvJ 1 oktober 2019, nr. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Planet49

ongeacht de vraag of middels deze cookies al dan niet persoonsgegevens verzameld worden. Het Europees Comité voor gegevensbescherming (“EDPB”) bracht een gelijklopend standpunt uit in zijn *Opinie 5/2019 van 12 maart 2019 “on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities”*.⁶

In de e-commerce en online marketingwereld groeit inmiddels grote ongerustheid op basis van de vaststelling dat daar waar de voormalige CBPL in het verleden en de huidige Gegevensbeschermingsautoriteit op heden steeds een afwachtende rol hebben ingenomen inzake de verplichting om steeds de voorafgaande vrije en expliciete toestemming te bekomen voor het plaatsen van cookies en met name voor het plaatsen van analytische cookies, en zelfs expliciet hebben aangegeven dat “continued browsing” een voldoende duidelijke vorm van toestemming kon uitmaken, nu plots tijdens de afgelopen maanden wél een erg actieve houding wordt aangenomen en veelvuldig een strenge interpretatie van de regels wordt voorgestaan.

De sector noteerde onder meer de voorbije maanden dat een aanzienlijke boete werd opgelegd aan uitgeverij Knops Publishing voor -samen met een aantal andere inbreuken- het plaatsen van 3 Google analytische cookies zonder voorafgaande toestemming te hebben bekomen van de websitebezoeker.⁷

De sector noteerde ook dat de Gegevensbeschermingsautoriteit in haar Aanbeveling nr. 01/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden⁸ een duidelijk verstrengd standpunt inneemt ten aanzien van cookies en met name eveneens op pagina 65 ten aanzien van analytische cookies.

De sector noteerde eveneens dat op de website van de Gegevensbeschermingsautoriteit recent een informatiepagina gepubliceerd werd rond het gebruik van cookies, waarin onder meer over analytische cookies het volgende gezegd wordt:

“Als u cookies voor publieksmeting (ook wel statistische of analytische cookies genoemd) wilt installeren en/of lezen, heeft u dan toestemming nodig van de gebruiker van uw website of applicatie?

Ja. In de huidige wetgeving is er geen vrijstelling van de verplichting om de toestemming van de betrokkenen te verkrijgen voor publieksmeetingscookies, zelfs niet als het gaat om “eerstepartij” cookies. De verwerking van persoonsgegevens in het kader van de installatie en het lezen van statistische cookies kan niet worden gebaseerd op het gerechtvaardigde belang van de eigenaar van de website of de applicatie.”

⁶ EDPB, *Opinie 5/2019 van 12 maart 2019 “on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities”*, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/stanovisko-vyboru-cl-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy_nl.

⁷

https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/BETG_12-2019_NL.pdf

⁸ GBA, *Aanbeveling nr. 01/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden*, p. 59 e.v., https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf.

De sector noteerde tenslotte dat de directie van de Gegevensbeschermingsautoriteit op een aantal publieke events dit voorjaar, met name ook op het evenement georganiseerd door IFAPME Namur & Brabant Wallon en LaFweb in Gembloux op 6 februari ll. zeer duidelijk meldde dat het gebruik van analytische cookies altijd de voorafgaande, vrije, actieve en expliciete toestemming vereist van de websitebezoeker.

Een en ander zorgt voor zeer grote ongerustheid in de gehele e-commerce en online marketingwereld. Er dient bij dit alles immers vastgesteld te worden dat voor de digitale marketingsector en de e-commerce sector de noodzaak om voorafgaande toestemming te bekomen voor het plaatsen van analytische cookies middels een actieve opt-in, niet minder dan een commerciële ramp is.

Binnen de sector leeft het reële gevoel dat de schijnbaar plotse wijziging in de jarenlang aangehouden gedragslijn van eerst de CBPL en later de GBA, en op basis waarvan de indruk is gewekt geweest dat het bekomen van een actieve, voorafgaande vrije en geïnformeerde toestemming niet steeds vereist was voor het plaatsen van cookies, ingaat tegen het gerechtvaardigd vertrouwen dat de brede online wereld de voorbije 8 jaar heeft opgebouwd dat het bekomen van een actieve opt-in niet steeds vereist was voor het plaatsen van cookies en ‘continued browsing’ onder omstandigheden voldoende kon zijn.

Strategisch belang: het bijzonder grote belang van statistische of analytische cookies voor de e-commerce en online marketingwereld

De grote ongerustheid vanuit de sector wordt ingegeven door de vaststelling dat analytische of statistische cookies op zich en de informatie die via deze cookies verzameld en verwerkt wordt van levensbelang is voor sectoren als e-commerce en online marketing.

Zonder goede analytics is immers geen e-commerce mogelijk. Wie zijn klant niet kent en begrijpt kan onmogelijk zijn producten zo optimaal mogelijk aan de man brengen. Zonder bezoekers op een webshop, verkoopt die webshop immers niets. Webshops moeten dus vindbaar zijn voor hun klant én ze moeten ervoor zorgen dat hun webshop zo is opgezet dat hij optimaal bezoekers omzet in effectieve klanten. Het is daarom cruciaal om de bezoekersstromen naar een webshop en het gedrag van bezoekers op die webshop zo precies mogelijk te kunnen meten, in die mate zelfs dat -zeker in e-commerce- het gebruik van statistische of analytische cookies economisch, commercieel én technisch absoluut noodzakelijk is.

Het is precies via analytics dat een webshop deze levensbelangrijke informatie kan verzamelen. Men kan zo precies zien hoe bezoekers op een website terechtkomen: via Google search, via een betalende advertentiecampagne (Facebook ads, Google Adwords), via links op andere websites of via links in nieuwsbrieven bijvoorbeeld. Bovendien laat een analytics account toe om de reacties en het gedrag van bezoekers op een website zelf te monitoren en om op basis daarvan te gaan bijsturen: zit de SEO goed, geeft een webshop niet te veel uit aan betalende reclamecampagnes die toch niets opleveren, heeft een

doorgevoerde prijsaanpassing het verhoopte succes, werkt de nieuwe lay-out van een bepaalde pagina, ...?

Zonder een goed opgezet analytics account vaart een webshop of website blind. Men weet niet waar bezoekers vandaan komen, welke pagina's en producten ze bezoeken, hoe lang ze op de website blijven rondhangen, men weet niet welke advertenties werken en welke het slecht doen, men weet niet welke producten goed of slecht voorgesteld worden of geprijsd staan, ... Met andere woorden, zonder goede analytics is e-commerce puur giswerk.

Precies daarom zijn analytics tools, zoals bijvoorbeeld Google analytics, Chartbeat, Woopra, Matomo en vele anderen van levensbelang voor webshops en websites.

De verplichting om vooraf expliciete toestemming te vragen voor het plaatsen van analytische cookies, zelfs als de hiermee verzamelde gegevens anoniem verwerkt zouden worden, **zorgt voor een aanzienlijke en zelfs dramatisch te noemen terugval in de hoeveelheid beschikbare data waarover een webshop beschikt**, waardoor het advertentie- en verkoopbeleid op webshops ernstig bemoeilijkt wordt en bedrijven financiële schade oplopen.

Geen aangevinkte toestemming betekent geen cookies en dat is een groot probleem in een e-commerce context. Geen analytische cookies betekent immers ook geen gegevens op basis waarvan een webshop zijn sales en marketing kan organiseren, geen inzicht in de herkomst van bezoekers, geen inzicht in het succes van SEO, pagina lay-out of pricing strategie, geen coherente omnichannel data, ... Webshops dreigen bovendien achter te blijven met stuurloze advertising campagnes. Geen cookies betekent een drastische verkleining van de audiences voor retargeting campagnes, voor verhoogde biedingen in Google Search, voor cross device campagnes e.d.m. Performance campagnes worden dus ook voor 30 tot 60% "stuurloos", en kunnen dus ook niet meer geoptimaliseerd worden. Dat is niet alleen een ramp voor de e-commerce sector, maar voor elke adverteerder en diens media of marketing agency. De echte ROI van online investeringen is niet meer meetbaar en extrapolaties dreigen volledig fout te zijn omdat het verlies aan data veel te groot is.

Het voor de hand liggende antwoord is dat webshops dan maar voorafgaande toestemming moeten vragen om alsnog analytische cookies te mogen plaatsen om de nodige gegevens te verzamelen. Alleen wijzen diverse onderzoeken uit dat, afhankelijk van de precieze omstandigheden, tot wel 95% van de websitebezoekers geen actieve opt-in geven als men daarom vraagt. Dat betekent dat een webshop tot wel 95% van zijn data verliest door plichtsgetrouw de wet na te leven...

Duits onderzoek uit 2019⁹ toont immers aan dat slechts **0,16% tot 5,59%** van de websitebezoekers cookies aanvaardt wanneer die niet vooraf aangetikt zijn. Als deze opties wel vooraf aangetikt zijn of als slechts een impliciete opt-in vereist is, gaat de aanvaardingsgraad naar **83,55% tot zelfs 98,84%**. In dit onderzoek klikte slechts **0,7%** van de websitebezoekers spontaan de opt-in voor analytische cookies aan. Als de opt-in al vooraf aangetikt was, koos **6,6%** ervoor om de opties te "ontklikken".

⁹ C. UTZ, M. DEGELING, S. FAHL, F. SCHAUB en T. HOLZ, (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field, <https://arxiv.org/pdf/1909.02638.pdf>

Een ander recent onderzoek, gepubliceerd in januari 2020,¹⁰ dat weliswaar eerder dark patterns in consent banners onderzocht, rapporteert vergelijkbare cijfers: van alle deelnemers heeft slechts **1,3%** toestemming verleend voor een specifieke keuze (bv. voor analytical cookies). Deze bevinding is in lijn met de bevindingen van de studie hierboven. (P8)

Eigen onderzoek van een Zwitsers digital marketing agency in 2018 op basis van data van meer dan 100.000 bezoekers op een reeks internationale websites toont aan dat 76% van de bezoekers aan de gezegde websites de cookiebanner gewoon negeerde en dat 12% hem sloot zonder een keuze te maken. **Slechts 11% aanvaardde zonder meer alle cookies** en amper 1% koos voor specifieke settings per categorie. Dit betekent dat minstens **88% van de bezoekers géén opt-in geeft** voor het gebruik van cookies.

De toepassing van de wet volgens de recente interpretatie door de GBA dreigt bijgevolg zeer grote financiële schade toe te brengen aan een ganse sector en dat kan vanzelfsprekend niet de bedoeling zijn. Bovendien blijken de overheden in onze buurlanden aanzienlijk meer genuanceerd om te gaan met dit probleem. In Frankrijk, Nederland of Duitsland kan het een en ander wél zonder opt-in onder een aantal voorwaarden. Daarmee wordt dubbel schade toegebracht aan de Belgische e-commerce. Belgische websites lijden zo immers een aanzienlijk concurrentienadeel ten aanzien van webshops uit onze buurlanden, die wél over gedetailleerde bezoekersdata kunnen beschikken zonder daarvoor de wet te moeten overtreden.

Anonieme analytics

De sector wijst erop dat het volstrekt mogelijk is om analytics tools anoniem of quasi anoniem te laten werken en dat geenszins identificatie of verwerking op grote of zelfs maar beperkte schaal van persoonsgegevens vereist is. Analytische gegevens worden weliswaar in heel wat gevallen gekoppeld aan het IP-adres van de bezoeker, doch zulks is geenszins altijd het geval en het is zelfs best practice geworden in de brede sector doorheen de tijd om analytics accounts volledig geanonimiseerd op te zetten. Met name Google Analytics en Matomo laten toe om in de accountinstellingen het verzamelen van IP-adressen en andere potentieel als persoonsgegevens te catalogeren, data uit te schakelen en aldus op geanonimiseerde wijze alsnog de zo broodnodige analytische gegevens te verzamelen die het optimaliseren van de bedrijfsvoering mogelijk maken.

Schaduweffecten: het gebruik van analytics cookies is veel transparanter dan recente technologie, zoals Server Side Tagging

¹⁰ M. NOUWENS, I. LICCARDI, M. VEALE, D. KARGER, L. KAGAL, Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence, <https://arxiv.org/pdf/2001.02479.pdf>

De sector stelt vast dat de strenge interpretatie van de cookiewetgeving overigens tot gevolg dreigt te hebben dat heel wat bedrijven hun toevlucht zoeken tot veel minder transparante nieuwe technologieën voor het verzamelen en verwerken van bezoekersgegevens op hun website.

Zo stelt internetgigant Google sedert de maand augustus 2020 bijvoorbeeld een bèta-versie ter beschikking van haar zogenaamde Server Side Tagging technologie voor analytics.

Het gaat om technologie waarbij gegevens over websitebezoekers niet langer verzameld worden in een cookie die geplaatst is op het toestel van de bezoeker, maar waarbij in de plaats daarvan op de server van de betreffende website (“*server side*”) een profiel aangemaakt wordt van de bezoeker en waarin identificatiegegevens en surfgedrag van de betreffende bezoeker opgeslagen worden. Die informatie wordt op basis van zogenaamde “html requests” opgevraagd uit het toestel van de bezoeker zonder dat deze hier weet van heeft of zonder dat hiervoor op welke wijze dan ook een cookie of andere tracker geplaatst wordt op diens toestel. Op deze wijze kunnen bijvoorbeeld het toesteltype, het besturingssysteem, de browserversie, de locatie, de surfgeschiedenis, de taal- en toetsenbordinstelling en zelfs het IP-adres van een toestel opgevraagd worden. Die informatie wordt gebundeld om een unieke identificatie van de bezoeker aan te maken, die herkend kan worden over surfsessies heen (en die ten gepaste tijde gekoppeld kan worden aan meer persoonlijke informatie over de betrokkene zodra deze zijn naam, e-mail of andere gegevens achterlaat op een website).

Dergelijke technologie is vanzelfsprekend in se onderworpen aan dezelfde regels als deze die het gebruik van cookies beheersen, maar omwille van het feit dat het gebruik van SST technieken niet of nauwelijks vast te stellen is, is de verleiding erg groot om hierover geen transparantie te verschaffen en hiervoor evenmin toestemming te vragen, noch actief, noch stilzwijgend.

Diezelfde Server Side Tagging laat overigens aan websites toe om adblockers te omzeilen en om de door de belangrijkste browser al doorgevoerde of aangekondigde third party cookie blocking te omzeilen.

De stijgende populariteit van deze technologie is daarbij deels weliswaar ingegeven door de technische voordelen die eraan verbonden zijn (snelheid, flexibiliteit, omzeilen van third party cookie blocking en adblockers, omzeilen van ITP 2.1 en ETP protocollen), maar volgt evenzeer vanuit de zeer reële frustratie die volgt uit het verlies van soms tot 80% van de broodnodige statistische gegevens uit klassieke analytische of statistische cookies als men voor het plaatsen daarvan strikt volgens de regels voorafgaande, vrije, actieve en geïnformeerde toestemming vraagt.

Met andere woorden, de erg strenge houding ten aanzien van analytische of statistische cookies drijft bedrijven naar minder transparante en minder privacyvriendelijke alternatieven, waarbij uiteindelijk de betrokkene de dupe dreigt te zijn in dit verhaal.

De sector benadrukt daarbij dat ook zij van oordeel is dat alternatieve technologieën zoals Server Side Tagging vanzelfsprekend onderworpen moeten zijn aan de regels uit zowel de

WEC als de AVG en dat transparantie en respect voor de rechten van de betrokkene in alle omstandigheden de grootste prioriteit verdienen.

Onze competitiviteit op het spel: onze buurlanden hanteren een veel pragmatischere aanpak

De voormalige CBPL stelde destijds, terecht: *“Alle landen van de Europese Unie hebben de Europese Richtlijn met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens omgezet naar hun nationale wetgeving. Voor België is dat de WVP. Elke verantwoordelijke voor de verwerking die gevestigd is in Europa, is dus strikt onderworpen aan dezelfde regels, ongeacht de plaats waar de website zich bevindt.”*¹¹

De facto is echter niets minder waar. Daar waar de Belgische overheid sinds kort een bijzonder strikte interpretatie van de cookiewetgeving voorstaat en een actieve, voorafgaande en vrije opt-in vereist voor statistische of analytische cookies, nemen de overheden in de ons omringende landen een aanzienlijk genuanceerder standpunt in. In Nederland, Duitsland en Frankrijk blijkt het op heden, op basis van de standpunten en adviezen ter zake perfect mogelijk om statistische of analytische cookies te plaatsen zonder expliciete voorafgaande opt-in.

We zijn zo vrij geweest de standpunten in onze buurlanden in onderstaande tabellen met elkaar te vergelijken:

- In Frankrijk is consent niet altijd vereist. Uitzonderingen zijn mogelijk, mits aan een aantal voorwaarden te voldoen zoals beschreven in de tabel hieronder.
- Nederland: Consent is niet altijd vereist
- Duitsland: Consent is niet altijd vereist voor first party analytische cookies, wel voor third party analytische cookies.
- Groot Brittannië: consent is in principe wel vereist, maar de ICO ziet dit niet als prioritair.
- Spanje: Consent kan blijken uit continued browsing.

Volledige overzichtstabel met bronnen (NL/ vrij vertaald)

Data Protection Authority (DPA)	Standpunt voorafgaand akkoord analytische cookies + uitzondering
Commission National de l'Informatique et des Libertés (CNIL - FR)	Voorafgaande toestemming is <u>niet</u> vereist voor analytische cookies wanneer ze voldoen aan acht voorwaarden : <ol style="list-style-type: none">1. informatieverplichting;2. eenvoudig beschikbaar opt-out mechanisme;3. de verzamelde gegevens niet samen verwerken met andere gegevens;4. enkel gebruikt voor anonieme statistieken;

¹¹ Aanbeveling nr 01/2015 van 4 februari 2015, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/AAN01-2015-001DEF.pdf.pdf>, randnr. 29, p.7

	<ol style="list-style-type: none"> 5. het mag niet gebruikt worden om de gebruiker naar andere websites te volgen; 6. het ip adres mag enkel toelaten om te bepalen in welke stad de gebruiker zich bevindt (concreet betekent dit dat de laatste twee bytes moeten verwijderd worden); 7. Beperking in de tijd van 13 maanden sinds eerste bezoek voor cookies die de traceerbaarheid van de gebruiker of het ip adres mogelijk maken; 8. Beperking in de tijd van opnieuw 13 maanden voor de ruwe gegevens die een identificatie mogelijk maken. <p>De CNIL geeft ook een aantal voorbeelden van tools die je kan gebruiken om van de uitzondering te genieten gecombineerd met een volledige handleiding.</p> <p>(Directe link naar het standpunt van de CNIL)</p>
<p>Autoriteit Persoonsgegevens (AP- NL)</p>	<p>Voorafgaande toestemming is <u>niet</u> vereist wanneer je de analytische cookies enkel gebruikt om het aantal bezoekers te tellen OF indien je de cookies niet kan gebruiken om mensen anders te behandelen.</p> <p>Er is wel nog steeds een informatieverplichting. Ze zeggen niets over een opt-out, maar in de handleiding over hoe je Google analytische kan gebruiken zonder toestemming van de gebruiker te moeten vragen, is de opt-out optie wel verplicht.</p> <p>(Directe link naar het standpunt van de AP + ACM + Informatie over Google analytische en soortgelijke diensten (NL))</p>
<p>Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI - DE)* *Als overkoepelend orgaan voor de deelstatelijke DPA's</p>	<p>De Datenschutzkonferenz (DSK) publiceert richtlijnen over databescherming die gevolgd worden door de verschillende BfDI's op deelstatelijk niveau. In deze richtlijn (directe link naar correcte pagina (DUI)) worden een aantal legitieme belangen opgesomd waarbij je dus geen voorafgaande toestemming moet vragen. Daartussen staat Reichweitenmessung und statistische Analysen.</p> <p>Er is dan vanzelfsprekend wel nog steeds een afweging vereist met de grondrechten van de betrokkene.</p> <p>Volgend artikel (Onder "Do analytic cookies require consent?" (ENG)) bevestigt: voor analytische cookies is voorafgaande toestemming enkel vereist wanneer de gegevens worden doorgegeven aan derden.</p> <p>In dezelfde richtlijn haalt de DSK ook de verplichting van een opt-out bij <i>Reichweitenmessung</i> als een voorbeeld van hoe het wel moet (Directe link naar correcte pagina). Doorheen de tekst worden <i>Reichweitenmessung</i> and <i>statische Analysen</i> door elkaar gebruikt.</p> <p>Ook in een FAQ van de DPA van Baden-Württemberg (DUI) zijn ze heel duidelijk. De eerste vraag luidt: mag ik tools voor <i>Reichweitenmessung</i> gebruiken zonder de toestemming van de</p>

	<p>betrokkene? Daarop antwoorden ze heel duidelijk: Ja, zolang je maar geen beroep doet op diensten van derden hiervoor. Ze verwijzen rechtstreeks naar Google analytische als voorbeeld. Als voorbeeld voor hoe het dan wel moet geven ze LogfileAnalyse of “lokal installierte Analysewerkzeuge”.</p>
<p>Information Commissioner's Office (ICO - VK)</p>	<p>Voorafgaande toestemming is weliswaar vereist aangezien statistische of analytische cookies strikt genomen geen strikt noodzakelijke cookies zijn. De ICO gaat desalniettemin niet systematisch optreden tegen inbreuken voor zover de gebruikte analytische cookies allemaal first party analytische cookies zijn. De ICO oordeelt dat het potentiële privacyrisico en de mogelijke schade te klein zijn.</p> <p>(Directe link naar het standpunt van de ICO (ENG))</p>
<p>AEPD (ES°)</p>	<p>Cookie consent kan blijken uit “continued browsing” en dus zonder expliciet aangevinkt opt-in veld, onder bepaalde voorwaarden:</p> <ul style="list-style-type: none"> - duidelijk zichtbare cookie info banner - mogelijkheid tot actieve opt-out - duidelijke handeling die als “continued browsing” beschouwd kan worden (tz verdersurfen naar een andere pagina van de website bvb) <p>(directe link naar de Spaanse guidelines (ES))</p>

Door in België veel strengere voorwaarden op te leggen, wordt aan Belgische ondernemingen online een enorm concurrentienadeel opgelegd in vergelijking met bedrijven uit onze buurlanden. In een eengemaakte Europese markt, waar Belgische webshops zéér sterke concurrentie ondervinden van Franse, Duitse en Nederlandse webshops, betekent dit een bijkomende commerciële handicap. Franse, Nederlandse en Duitse bedrijven hebben immers online wél de mogelijkheid om een correct en betrouwbaar beeld te krijgen van het bezoek op hun websites en om in functie daarvan hun website of het aanbod op die website te optimaliseren, terwijl Belgische websites en webshops die mogelijkheid niet hebben omwille van een gebrek aan betrouwbare cijfergegevens.

Alleen al om deze reden is een aligering van de Belgische interpretatie rond het gebruik van analytische of statistische cookies met dat uit onze buurlanden absoluut en dringend noodzakelijk.

Verzoek tot herziening van de positie: bovenstaande situatie vereist met dringendheid een realistisch beleid ten aanzien van analytische cookies

Uit bovenstaande uiteenzetting mag duidelijk blijken dat de online sector in België zeer dringend nood heeft aan een realistisch en meer genuanceerd standpunt vanwege de Belgische overheid bij monde van de gegevensbeschermingsautoriteit ten aanzien van het gebruik van analytische of statistische cookies om de rentabiliteit en de concurrentiepositie van Belgische bedrijven in de sector te kunnen vrijwaren.

De sector is zich heel erg bewust van het belang van gegevensbescherming en respect voor de privacy. Wij hebben de voorbije jaren zéér hard gewerkt aan het nodige bewustzijn bij onze leden.

Gelijktijdig is de sector zich ook heel bewust van de bijzonder moeilijke economische omstandigheden waarin haar leden vandaag en wellicht nog de volgende jaren moeten opereren en van de bijzonder harde concurrentie met buitenlandse bedrijven op de online markt.

Om die reden dringt de sector met bijzonder grote aandrag aan op een duidelijk standpunt vanwege de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit dat aansluit bij het reeds vermelde standpunt van de Franse CNIL, met name:

Voorafgaande toestemming is niet vereist voor analytische cookies wanneer ze voldoen aan **acht voorwaarden**:

1. informatieverplichting;
2. eenvoudig beschikbaar opt-out mechanisme;
3. de verzamelde gegevens niet samen verwerken met andere gegevens;
4. enkel gebruikt voor anonieme statistieken;
5. analytics mag niet gebruikt worden om de gebruiker naar andere websites te volgen;
6. het IP adres mag enkel toelaten om te bepalen in welke stad de gebruiker zich bevindt (concreet betekent dit dat de laatste twee bytes moeten verwijderd worden);
7. Beperking in de tijd van 13 maanden sinds eerste bezoek voor cookies die de traceerbaarheid van de gebruiker of het IP adres mogelijk maken;
8. Beperking in de tijd van opnieuw 13 maanden voor de ruwe gegevens die een identificatie mogelijk maken.

Het bestaande regelgevend kader verzet zich niet tegen bovenstaande standpunt

De e-commerce en online marketing sector zijn van oordeel dat er heel wat valabele argumenten voorhanden zijn die de Gegevensbeschermingsautoriteit toelaten om af te zien van de zeer strikte interpretatie die zij sedert enige tijd geeft aan de vereisten voor het bekomen van een geldige toestemming voor het plaatsen van cookies en dat in het bijzonder voor wat betreft het plaatsen van statistische of analytische cookies.

1. De regels van Behoorlijk Bestuur dringen voorgaand standpunt op

Ten aanzien van de Belgische staat en de Gegevensbeschermingsautoriteit gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die beginselen van behoorlijk bestuur moeten toelaten dat de burger een legitiem vertrouwen in de overheid heeft en dat dit legitieme vertrouwen niet geschonden wordt door diezelfde overheid.

De toepassing van de regels van Behoorlijk Bestuur binden de Belgische overheid bij wege van de Gegevensbeschermingsautoriteit tot haar jarenlang aangehouden standpunt op basis waarvan het gebruik van analytische of statistische cookies geen voorafgaande expliciete toestemming vereist, conform onderstaand overzicht.

Bij de wet van 10 juli 2012 werd, ter omzetting in Belgisch recht van Richtlijn 2009/136/EC artikel 129 ingevoegd in de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Dit nieuwe wettelijk kader voor cookies amendeerde destijds het toenmalig bestaande artikel 129 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicaties en verving het bestaande opt-out mechanisme door een opt-in mechanisme, waarbij in de meeste gevallen vanaf dan de voorafgaande en geïnformeerde toestemming van de gebruiker vereist werd. Artikel 129 WEC¹² zegt in wezen enkel dat de voorafgaande toestemming vereist is alvorens cookies te plaatsen en dat die toestemming geïnformeerd gegeven moet worden. Artikel 129 WEC voorziet niet expliciet op welke wijze die toestemming moet bekomen worden, noch dat een actieve opt-in middels een aanvinkhokje vereist zou zijn.

Dat was destijds evenmin het geval in de ePrivacy Richtlijn die aan de basis lag van artikel 129 WEC. De overwegingen bij de ePrivacy Richtlijn waren wat dat betreft duidelijk destijds:

“(25) [...] Cookies [kunnen] evenwel een legitiem en nuttig hulpmiddel zijn om bijvoorbeeld de doeltreffendheid van het ontwerp van websites en van reclame te onderzoeken, en om de identiteit te bepalen van gebruikers die on-linetransacties

¹²“De opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of een gebruiker is slechts toegestaan op voorwaarde dat :

1° de betrokken abonnee of gebruiker, overeenkomstig de voorwaarden bepaald in de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, duidelijke en precieze informatie krijgt over de doeleinden van de verwerking en zijn rechten op basis van de wet van 8 december 1992;

2° de abonnee of eindgebruiker zijn toestemming heeft gegeven na ingelicht te zijn overeenkomstig de bepalingen in 1°.

Het eerste lid is niet van toepassing voor de technische opslag van informatie of de toegang tot informatie opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of een eindgebruiker met als uitsluitend doel de verzending van een communicatie via een elektronische-communicatienetwerk uit te voeren of een uitdrukkelijk door de abonnee of eindgebruiker gevraagde dienst te leveren wanneer dit hiervoor strikt noodzakelijk is.

De toestemming in de zin van het eerste lid of de toepassing van het tweede lid, stelt de verantwoordelijke voor de verwerking niet vrij van de verplichtingen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens die niet opgelegd worden in dit artikel.

De verantwoordelijke voor de verwerking biedt de abonnees of eindgebruikers gratis de mogelijkheid om op eenvoudige wijze de gegeven toestemming in te trekken.”

verrichten. Wanneer [...] cookies, voor een legitiem doel bestemd [zijn] [...] dient hun gebruik te worden toegestaan [...]. De gebruikers **dienen de gelegenheid te hebben te weigeren** dat een cookie of soortgelijke voorziening op hun eindapparatuur wordt opgeslagen. “

Ook artikel 5.3 van de ePrivacy Richtlijn voorzag destijds enkel een recht op weigering en geen noodzaak tot expliciete opt-in door te stellen dat het gebruik van cookies of andere technologieën enkel mogelijk was als de betrokkene “het **recht** krijgt aangeboden door de voor de verwerking verantwoordelijke **om een dergelijke verwerking te weigeren**”.

Dit alles vertaalde zich destijds in de Aanbeveling uit eigen beweging over het gebruik van cookies (CO-AR-2012-004) van 4 februari 2015 van de voormalige CBPL.¹³ In deze aanbeveling werd uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat er geen preferentiële wijze bestaat om voorafgaande toestemming te bekomen en wordt expliciet gezegd dat de toestemming ook impliciet kan bekomen worden op basis van het verder bezoek van de websitebezoeker aan de website of webshop. Diezelfde terughoudende houding werd overigens ook teruggevonden in de meeste andere EU-lidstaten.

In het genoemde advies was de toenmalige CBPL zeer duidelijk:

- “Deze cookies verzamelen informatie over de technische gegevens van de uitwisseling of over het gebruik van de website (bezoekte pagina’s, gemiddelde duur van het bezoek,...) om werking ervan te verbeteren. **De gegevens die op die manier door de website worden verzameld, zijn in principe samengevoegd en worden anoniem verwerkt**”
- “Volgens de Groep 29 “is het echter **niet waarschijnlijk dat analysecookies van de eerste partij een privacyrisico opleveren**, indien zij strikt worden beperkt tot geaggregeerde statistieken ten behoeve van de website-exploitant en worden ingezet door websites die in hun privacybeleid al duidelijke informatie geven over deze cookies en passende privacywaarborgen bieden”
- “De Franse persoonsgegevensbeschermingsautoriteit, de Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), besliste dat deze **cookies onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ingezet zonder een voorafgaande toestemming van de betrokken persoon**, enerzijds rekening houdend met het specifieke doeleinden van deze cookies en anderzijds het zeer beperkte risico voor de bescherming van de privacy die dit soort verwerkingen met zich meebrengt”
- “De Commissie is van mening dat het **verder surfen (“further browsing”) kan aanzien worden als een positieve actie waarmee de gebruiker zijn toestemming geeft**”.

Op basis van bovenstaande was het gedurende meer dan acht jaar minstens stilzwijgend zo dat voor het gebruik van analytische of statistische cookies geen expliciete voorafgaande toestemming vereist was, voor zover tenminste transparantie verzekerd was.

¹³ Aanbeveling nr 01/2015 van 4 februari 2015, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/AAN01-2015-001DEF.pdf.pdf>

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn algemene rechtsbeginselen die aanwijzingen geven over de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden genomen en worden ter kennis gebracht. Ze worden omschreven als de door de rechter geformuleerde, ongeschreven beginselen met normatief karakter die de bestuurlijke overheid moet in acht nemen. Het zijn met andere woorden rechtsnormen die worden geformuleerd door de rechter en die het bestuur dient na te leven alsof het geschreven rechtsregels zijn.¹⁴

In hoofde van de Gegevensbeschermingsautoriteit gelden met name in deze context het zorgvuldigheidsbeginsel, op basis waarvan elk bestuur zich moet gedragen zoals een normaal, voorzichtig en zorgvuldig handelend bestuur, geplaatst in dezelfde omstandigheden zich zou gedragen en zou handelen. Waarbij de materiële zorgvuldigheidsplicht betrekking heeft op de vraag of bij de taakvervulling de betrokken belangen niet onnodig en disproportioneel geschaad worden.¹⁵

In de context van huidige position paper dient bovendien de aandacht gelegd te worden op het rechtszekerheidsbeginsel dat inhoudt dat het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn. De rechtzoekende moet in redelijke mate de gevolgen van de door hem gestelde handelingen kunnen voorzien op het tijdstip dat de handeling wordt verricht. Daarenboven moet hij kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij het bestuur. De overheid mag daar niet zonder objectieve en redelijke verantwoording van afwijken.¹⁶

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van dd. 6 november 2000 duidelijk gesteld dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat hij niet anders kan opvatten dan als een vaste gedrags- en beleidsregel krachtens welke de openbare diensten de door hen gewekte gerechtvaardigde verwachtingen moet inlossen.¹⁷

Het vertrouwensbeginsel creëert de verplichting voor de overheid om gewekte verwachtingen bij rechtsonderhorigen te honoreren/ in te willigen. De burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders gezien kan worden dan als een vaste gedragslijn van de overheid en op de toezeggingen en/of beloftes gedaan door de overheid. Het vormt een tegengewicht voor de geringere voorspelbaarheid van het bestuursoptreden ten gevolge van de beleidsvrijheid die aan de overheid toekomt.¹⁸

Om zich op het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen moet de rechtsonderhorige kunnen verwijzen naar een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot het creëren of

¹⁴ J. DE STAERCKE, "Beginselen van Behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", NJW 2004, 1406-1407; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 3-4; F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 488-493.

¹⁵ F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 490.

¹⁶ A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur. Een schets*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 77; RvS 22 maart 2013, nr. 222.953; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 315.

¹⁷ Cass. 6 november 2000, nr. 19990614-4.

¹⁸ A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur. Een schets*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 76; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 119-121 en 349-351; RvS 22 maart 2004, nr. 129.541

bestaan van bepaalde verwachtingen: “vertrouwenwekkend bestuursgedrag”. Dit vertrouwenwekkend gedrag van het bestuur kan uit welbepaalde, specifieke beslissingen of handelingen voortkomen, maar kan ook zijn oorsprong vinden ten gevolge van een geheel aan gedragingen door het bestuur.¹⁹

In casu heeft de Belgische staat bij monde van eerst de CBPL en later de GBA 8 jaar lang een duidelijk standpunt aangehouden op basis waarvan de toestemming voor het plaatsen van cookies afgeleid kan worden uit het verdere bezoek aan de website en heeft zij aldus een legitiem vertrouwen gecreëerd in hoofde van de Belgische e-commerce en online marketing. De plotse wijziging daarvan, zonder dat deze gepaard ging met enige wijziging in de onderliggende wetgeving en zonder overleg met de sector, schaadt dit legitieme vertrouwen en veroorzaakt zeer grote juridische onzekerheid en economische schade bij de bedrijven in de sector.

2. Planet49 arrest: geen conflict met de AVG bij “continued browsing”

De sector wijst erop dat, zelfs in het licht van het recente Planet49 arrest, de vereiste van het beschikken over een gepaste rechtsgrond onder de AVG geenszins in conflict moet komen met het rechtsgeldig bekomen van een toestemming in het kader van de cookiewetgeving op basis van “continued browsing”, zelfs indien de AVG voor het bekomen van een toestemming een actieve actie vereist. Een en ander lijkt op het eerste zicht te vereisen dat een actieve opt-in middels een niet vooraf aangevinkt keuzevakje gemaakt zou worden, zoals beschreven in het Planet49 arrest. Een andere lezing van het arrest maakt echter duidelijk dat geenszins per definitie een aanvinkhokje vereist is als enige weg naar het bekomen van een toestemming voor het plaatsen van cookies en meer specifiek statistische en analytische cookies.

Eenzijds is het perfect mogelijk om een eventuele verwerking van persoonsgegevens onder de AVG te baseren op een andere rechtsgrond dan op de expliciete toestemming. Hoger werd reeds uiteengezet dat statistische en analytische software en cookies perfect anoniem kunnen werken, waarbij geen persoonsgegevens verzameld worden (of althans waarbij deze persoonsgegevens op dusdanige wijze geanonimiseerd worden dat individuele identificatie van de betrokkenen niet langer mogelijk is).

In de mate echter dat toch persoonsgegevens verzameld en verwerkt zouden worden, is het perfect denkbaar dat dit vanuit het oogpunt van de AVG zou gebeuren op basis van het gerechtvaardigd belang van de website of webshop in kwestie, voor zover vanzelfsprekend aan de constitutieve voorwaarden voor een beroep op het gerechtvaardigd belang voldaan kunnen worden.

In het algemeen is de sector daarbij van oordeel dat het loutere statistisch of analytisch meten van bezoekersstromen naar en op een website of webshop wel degelijk kan voldoen aan deze voorwaarden:

¹⁹ I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 315-362.

1. De webshop of website heeft immers zoals reeds aangeven, een bijzonder groot, zelfs cruciaal, economisch belang bij het correct meten van deze bezoekersstromen.
2. Voor de correcte meting van deze bezoekersstromen is ook in de huidige stand van de technologie het gebruik van analytics softwaretools en analytics cookies volkomen noodzakelijk.
3. De impact op het privéleven van de betrokkene is bijzonder beperkt, in die mate tenminste dat de verzamelde gegevens uitsluitend voor statistische of analytische doeleinden gebruikt worden.

Een en ander is bovendien volkomen te kaderen binnen de gerechtvaardigde verwachtingen van de bezoeker aan een website of webshop. Eenieder die zich op internet begeeft of die een website of een webshop bezoekt, gaat er immers van uit dat die webshop software en technologie gebruikt die haar moet toelaten om de werking en de inhoud van de website of webshop te optimaliseren.

Indien en in de mate dat via het plaatsen van cookies persoonsgegevens verzameld en verwerkt worden over de websitebezoeker is tevens nationale en Europese gegevensbeschermingswetgeving van toepassing. Dit was tot 28 mei 2018 de Wet Verwerking Persoonsgegevens en sedertdien de Algemene Verordening Gegevensbescherming EU/2016/679.

De algemene Verordening Gegevensbescherming vereist, naast een hele reeks andere verplichtingen, enerzijds transparantie en informatieverschaffing naar de betrokkene en anderzijds een geldige rechtsgrond voor elke verwerking van persoonsgegevens.

De AVG kent, net zoals voorheen de WVP, zes rechtsgronden. Deze rechtsgronden, zoals opgenomen in artikel 6 AVG, zijn gelijkwaardig en de ene heeft in beginsel geen voorrang op de andere. Er is met andere woorden geen “automatische” rechtsgrond²⁰ en de verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens moet rekening houden met de context van de verwerking die hij of zij wil uitvoeren om de gepaste rechtsgrond te bepalen. In het kader van de verzameling en verwerking van persoonsgegevens is het bijgevolg denkbaar dat de rechtsgrond onder de AVG de toestemming is, maar evenzeer het gerechtvaardigd belang van de webshop of website of zelfs de noodzakelijkheid in het kader van uitvoering van de overeenkomst tussen de website of webshop en de websitebezoeker.

Het eventuele verwerken van persoonsgegevens verkregen via cookies op basis van het gerechtvaardigd belang dient vanzelfsprekend te voldoen aan de in de AVG gestelde voorwaarden en met name aan de klassieke driestappentoets, met name de afmeting van het bestaan van een gerechtvaardigd belang in hoofde van de verantwoordelijke voor de verwerking, het bestaan van een noodzaak voor de verantwoordelijke om de voorgenomen verwerking door te voeren teneinde het voorgenomen doel te bereiken en de afweging van het belang van de verantwoordelijke voor de verwerking in verhouding tot de impact op de privacy van de betrokkene, daarbij rekening houdende met de in overweging 47 van de AVG

²⁰ AANBEVELING nr. 01/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden, randnr. 133, p. 55, https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf

voorzien parameter van de “redelijke verwachtingen van de betrokkene op basis van zijn verhouding met de verwerkingsverantwoordelijke”.

De GBA verduidelijkt daarbij in recente Direct Marketing Aanbeveling dat voor het bepalen van deze redelijke verwachtingen rekening gehouden moet worden met “*de doelgroep waarvan men de gegevens verwerkt*”.²¹

Het Europees Hof van Justitie had al eerder aangegeven in zijn arrest C-708/18 van 11 december 2019 "TK tegen Asociația de Proprietari blok M5A-ScaraA" dat men bij de afweging in het kader van het gerechtvaardigd belang rekening moet houden met de ernst van de inbreuk op de rechten en vrijheden van de betrokkene, de aard van de betrokken persoonsgegevens, in het bijzonder met de mogelijk gevoelige aard van die gegevens, de aard en de concrete modaliteiten van de verwerking van de betrokken gegevens en diezelfde reeds genoemde redelijke verwachtingen van de betrokkene.²²

3. De toekomstige ePrivacy verordening vereist geen expliciete opt-in voor analytische cookies

De ontwerpen voor de toekomstige ePrivacy Verordening, die de bestaande ePrivacyrichtlijn moet vervangen, maken inmiddels nog steeds niet de vorderingen die velen verhoopten op Europees niveau. Niettemin blijkt uit de diverse tekstvoorstellen die de voorbije periode publiek gemaakt werden dat ook op Europees niveau het besef is gegroeid dat de huidige cookieregelgeving -en met name dan voor wat betreft analytische cookies- onhoudbaar is vanuit economisch en praktisch oogpunt.

²¹ Aanbeveling nr. 01/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden, randnr. 149, p. 51, https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf: “Ook relevant voor deze afweging zijn de redelijke verwachtingen van de betrokkene dat zijn of haar persoonsgegevens niet zullen worden verwerkt wanneer, in de gegeven omstandigheden van het geval, de betrokkene redelijkerwijs geen verdere verwerking van de gegevens kan verwachten.” en “Om deze afweging te maken, biedt overweging 47 van de AVG een belangrijke parameter, er wordt namelijk in bepaald dat er rekening moet worden gehouden met de redelijke verwachtingen van de betrokkene op basis van zijn verhouding met de verwerkingsverantwoordelijke. Deze “redelijke verwachtingen” zijn de verwachtingen die de betrokkene kan hebben ten aanzien van de verwerkingen van zijn gegevens kunnen of zullen uitgevoerd worden, ten aanzien van de gegevens die op hem betrekking hebben en het voorwerp kunnen zijn van deze verwerkingen, ten aanzien van de reden(en) of het (de) doel(einden) waarvoor ze zullen of kunnen verwerkt worden en door wie.”

²² EHJ, 11 december 2019, TK tegen Asociația de Proprietari blok M5A-Scara, C-708/18, A”<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221465&pageIndex=0&doclang=F&R&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7256287>: “Het criterium van de ernst van de inbreuk op de rechten en vrijheden van de betrokkene vormt een essentieel element van de door artikel 7, sub f, van richtlijn 95/46 vereiste weging of afweging per geval.” (overweging 56 van het arrest)”. “Als zodanig moet met name rekening worden gehouden met de aard van de betrokken persoonsgegevens, in het bijzonder met de mogelijk gevoelige aard van die gegevens, alsmede met de aard en de concrete modaliteiten van de verwerking van de betrokken gegevens, met name het aantal personen dat toegang heeft tot die gegevens en de modaliteiten van deze toegang.” (overweging 57 van het arrest)”

Het Commissievoorstel 2017/0003 van 10 januari 2017²³ stelde bijvoorbeeld voor om de individuele toestemming voor het plaatsen van cookies via een pop-up bij het eerste bezoek aan een website te **vervangen door een globale toestemming of weigering in de settings van de browser.**

De overweging hierbij was dat “door de toestemming te centraliseren in software zoals internetbrowsers, gebruikers zelf ertoe aan te zetten hun privacyinstellingen te kiezen en de uitzonderingen op de toestemmingsregel voor cookies te verruimen, zou een aanzienlijk deel van de ondernemingen komaf kunnen maken met cookiebanners en -berichten, waardoor de mogelijkheid ontstaat voor **aanzienlijke kostenbesparingen en vereenvoudiging**”.

Overwegingen:

“(21)Uitzonderingen op het verplicht verkrijgen van toestemming om gebruik te maken van de verwerkings- en opslagcapaciteit van eindapparatuur of om toegang te krijgen tot informatie die in eindapparatuur is opgeslagen, moeten beperkt blijven tot **situaties waarin er geen of slechts in zeer beperkte mate sprake is van inmenging in de persoonlijke levenssfeer.** Zo hoeft geen toestemming te worden gevraagd om technische opslag of toegang mogelijk te maken wanneer dit strikt noodzakelijk en evenredig is voor het rechtmatige doel het gebruik mogelijk te maken van een specifieke dienst die een eindgebruiker uitdrukkelijk heeft aangevraagd. Het kan gaan om de opslag van cookies voor de duur van één bezoeksessie op een website waarop de gegevens van de eindgebruiker worden bijgehouden tijdens het invullen van een online formulier dat uit verschillende pagina's bestaat. **Cookies kunnen ook een legitiem en nuttig hulpmiddel zijn om bijvoorbeeld het bezoekersverkeer op een website te meten.**”

De recente revisie van het initiële voorstel van Verordening onder het Finse voorzitterschap afgelopen najaar, voorziet zelfs expliciet in een uitzondering op de verplichting om voorafgaande toestemming te bekomen voor het plaatsen van statistische of analytische cookies en voorziet de mogelijkheid om zulks te doen op basis van een gerechtvaardigd belang. Het tekstvoorstel voor artikel 8 voorzag aldus:

“The use of processing and storage capabilities of terminal equipment and the collection of information from end-users' terminal equipment, including about its software and hardware, other than by the end-user concerned shall be prohibited, except on the following grounds: (a) it is necessary for the sole purpose of carrying out the transmission of an electronic communication over an electronic communications network; or (b) the end-user has given his or her consent; or (c) it is necessary for providing an information society service requested by the end-user; or **(d) if it is necessary for web audience measuring,** provided that such measurement is carried out by the provider of the information society service requested by the end-user or by a third party on behalf of the provider of the information

²³ Voorstel 2017/0003 voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot de eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens in elektronische communicatie, en tot intrekking van Richtlijn 2002/58/EG (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie)

*society service provided that conditions laid down in Article 28 of Regulation (EU) 2016/679 are met.*²⁴

Het is weliswaar onduidelijk wanneer de onderhandelingen tussen de Europese instellingen aangaande de finale tekst van de ePrivacy Verordening uiteindelijk afgerond zullen worden, maar het heeft er in afwachting alle schijn van dat de noodzaak om voorafgaande toestemming te vragen voorafgaand aan het plaatsen van statistische of analytische cookies zal verdwijnen of althans zal afgezwakt worden.

4. Geen probleem inzake gegevenstransfers buiten de EER

De sector heeft overigens vanzelfsprekend kennis genomen van het recente arrest van het Europees Hof van Justitie in de zaak Schrems II.²⁵

De evidente vaststelling die hieruit volgt is dat Belgische en Europese bedrijven voor het gebruik van analytische en statistische tools die aangeboden worden door Amerikaanse bedrijven desgevallend op zoek zullen moeten gaan naar een andere gepaste rechtsgrond voor (eventuele) persoonsgegevensstransfers buiten de EER dan het bij dit arrest ongeldig verklaarde EU-US Privacy Shield en dat zij hierbij niet zullen kunnen volstaan met het ondertekenen van Standaard Contractsclausules, maar dat zij hierbij bovendien geval per geval zullen dienen te verifiëren of de betrokken ontvanger voldoende waarborgen voor de veiligheid van de doorgegeven persoonsgegevens kan zorgen.

De bedenking hierbij in het kader van analytische of statistische gegevens is dat de meeste analytische of statistische software toelaat om de volledige anonimiteit van alle verzamelde en verwerkte gegevens te verzekeren, waardoor de gegevens verzameld in het kader van bijvoorbeeld Google Analytics niet (meer) als persoonsgegevens onder GDPR te beschouwen zijn of zelfs indien zij dat wel zouden zijn in dergelijke mate geanonimiseerd zijn dat de privacy van de betrokkene in quasi alle denkbare gevallen gegarandeerd blijft zelfs bij eventuele inzage in deze gegevens door een buitenlandse overheid.

²⁴ Interinstitutional File: 2017/0003(COD), 4 oktober 2019, randnr. 21a, p. 29, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12633-2019-INIT/en/pdf>

²⁵ EHJ, 16 juli 2020, C-311/18, Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems.

Besluit

De sector besluit dat praktische en financiële noodwendigheden hen dwingt tot het gebruik van analytische of statistische cookies, waarvoor de facto niet steeds voorafgaande toestemming kan worden gevraagd.

In onze buurlanden is voor het gebruik van dergelijke cookies niet steeds de expliciete voorafgaande toestemming vereist en dat België daardoor een concurrentienadeel ondervindt ten aanzien van buitenlandse concurrenten.

Een interpretatie conform deze van de Franse CNIL is ons inziens niet in strijd met vigerend recht.

Om die reden dringen, vraagt de sector met bijzonder grote aandrang een duidelijk standpunt vanwege de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit dat aansluit bij het reeds vermelde standpunt van de Franse CNIL, met name:

Voorafgaande toestemming is niet vereist voor analytische cookies wanneer ze voldoen aan **acht voorwaarden**:

1. informatieverplichting;
2. eenvoudig beschikbaar opt-out mechanisme;
3. de verzamelde gegevens niet samen verwerken met andere gegevens;
4. enkel gebruikt voor anonieme statistieken;
5. analytics mag niet gebruikt worden om de gebruiker naar andere websites te volgen;
6. het IP adres mag enkel toelaten om te bepalen in welke stad de gebruiker zich bevindt (concreet betekent dit dat de laatste twee bytes moeten verwijderd worden);
7. Beperking in de tijd van 13 maanden sinds eerste bezoek voor cookies die de traceerbaarheid van de gebruiker of het IP adres mogelijk maken;
8. Beperking in de tijd van opnieuw 13 maanden voor de ruwe gegevens die een identificatie mogelijk maken.