

Concept wetsvoorstel ten behoeve van internetconsultatie

Wijziging van de Telecommunicatiewet (wijziging artikel 11.7a)

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het voor een doelmatige bescherming van het recht op een persoonlijke levenssfeer van gebruikers van elektronische communicatienetwerken nodig is gebleken de uitzondering op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste te verruimen naar andere situaties waarbij de opslag of toegang tot informatie op het randapparaat van een gebruiker geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van betrokkene;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

Artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet komt te luiden:

Artikel 11.7a

1. Onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens is het via een elektronisch communicatienetwerk opslaan van of toegang verkrijgen tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker, alleen toegestaan op voorwaarde dat de betrokken gebruiker:

- a. is voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt, en
- b. daarvoor toestemming heeft verleend.

2. De in het eerste lid, onder a en b, genoemde vereisten zijn ook van toepassing in het geval op een andere wijze dan door middel van een elektronisch communicatienetwerk wordt bewerkstelligd dat via een elektronisch communicatienetwerk informatie wordt opgeslagen of toegang wordt verleend tot op het randapparaat opgeslagen informatie.

3. Het bepaalde in het eerste lid is niet van toepassing indien het de opslag of toegang betreft:

- a. met als uitsluitend doel de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren,
- b. die strikt noodzakelijk is om de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren of - mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker - om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij.

4. Een handeling als bedoeld in het eerste lid, die tot doel heeft gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of de abonnee te verzamelen, combineren of analyseren voor commerciële, charitatieve of ideële doeleinden, wordt vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn, als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet bescherming persoonsgegevens.

5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen in overeenstemming met Onze Minister van Veiligheid en Justitie nadere regels worden gegeven met betrekking tot de in het eerste lid, onder a en b, genoemde vereisten en de in het derde lid genoemde uitzonderingen. Het College bescherming persoonsgegevens wordt om advies gevraagd over een ontwerp van bedoelde algemene maatregel van bestuur.

Artikel II

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven te

De Minister van Economische Zaken,

Toelichting

1. Inleiding

In juni 2012 is artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet geïntroduceerd. Dit artikel schrijft voor dat degene die via een elektronisch communicatienetwerk gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van een gebruiker of toegang wenst te verkrijgen tot opgeslagen gegevens in de randapparatuur, daarvoor vooraf toestemming van de gebruiker moet hebben verkregen, na de gebruiker duidelijk en volledig over de doeleinden te hebben geïnformeerd.

Achtergrond

Artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet vormt de implementatie van artikel 5, derde lid, van richtlijn 2002/58/EG (hierna: de Bijzondere Privacyrichtlijn). Deze richtlijnbevestiging beoogt de persoonlijke levenssfeer (ook wel: privacy) van de gebruiker van elektronische communicatienetwerken te beschermen. De gedachte hierachter is dat de gegevens op een randapparaat zoals een computer of smartphone deel uitmaken van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker. Als iemand zonder medeweten van de gebruiker toegang krijgt tot persoonlijke informatie op de computer of smartphone van een gebruiker kan dit een ernstige inbreuk maken op diens privacy. Artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet zorgt er dan ook in de eerste plaats voor dat het niet is toegestaan om zonder medeweten en geïnformeerde toestemming van de gebruiker persoonlijke informatie (zoals tekstbestanden, foto's, video's, e-mails, adressenlijsten) op de computer of smartphone van een gebruiker te lezen of te kopiëren.

Daarnaast verbiedt het artikel het plaatsen, verspreiden of gebruiken van malware, spyware, virussen, botnets en andere vormen van schadelijke software. Gelet op de aard van dergelijke software wordt immers iets op het randapparaat geplaatst zonder de toestemming van de gebruiker. Artikel 11.7a heeft volgens het eerste lid betrekking op de opslag of toegang tot informatie op een randapparaat 'via een elektronisch communicatienetwerk'. Daarnaast bepaalt het tweede lid dat de informatieplicht en het toestemmingsvereiste ook gelden als op een andere manier, bijvoorbeeld via fysieke media (zoals usb-sticks, cd-roms of externe harde schijven) of draadloze transmissiesystemen (zoals Bluetooth en NFC), iets op het randapparaat van een gebruiker wordt geplaatst dat bewerkstelligt dat er informatie wordt opgeslagen of gelezen via een elektronisch communicatienetwerk. Het is op grond van dit artikel dus niet alleen verboden via een elektronisch communicatienetwerk, zoals internet, een virus op een computer te plaatsen. Het is ook verboden om een geïnfecteerde usb-stick uit te delen zodat die, zodra deze gebruikt wordt, de computer via internet een virus laat verspreiden.

De meest voorkomende situatie waarin informatie wordt opgeslagen op en gelezen van een randapparaat van een gebruiker, is het gebruik van cookies. Cookies zijn kleine tekstbestanden die worden geplaatst en gelezen als een gebruiker een internetpagina bezoekt. Cookies kunnen een legitiem en nuttig hulpmiddel zijn om ervoor te zorgen dat de dienstverlening via internet naar behoren functioneert. Cookies kunnen echter ook worden gebruikt op een manier die de privacy van de gebruiker en de vertrouwelijkheid van diens communicatie raakt. Met behulp van tracking cookies bijvoorbeeld wordt het surfgedrag van een gebruiker gevolgd. De gegevens die daarmee worden verkregen kunnen worden gebruikt om een profiel op te stellen waarin een beeld wordt geschetst van de interesses van de gebruiker. Adverteerders kunnen gebruikers daarop indelen aan de hand van sociaaleconomische, psychologische, filosofische of andere criteria en hen op basis daarvan verschillende reclames tonen of kortingen aanbieden. Zoekmachines kunnen bezoekers aan de hand van dergelijke indelingen verschillende zoekresultaten aanbieden. Artikel 11.7a bepaalt daarom dat cookies alleen mogen worden geplaatst en gelezen als de gebruiker hiervoor toestemming heeft verleend nadat hij duidelijk en volledig is geïnformeerd, onder meer over het doel waarvoor de cookies worden gebruikt.

De bepaling is zoals gezegd uitdrukkelijk niet beperkt tot het gebruik van cookies: de reikwijdte is breder en de formulering is techniekneutraal. Maar omdat in de praktijk artikel 11.7a vooral in

verband met cookies wordt besproken (het artikel wordt ook wel de cookiewet of cookiebepaling genoemd), vormt dit het centrale onderwerp van de verdere toelichting.

Ontstaansgeschiedenis

De vernieuwde tekst van artikel 5, derde lid, van de Bijzondere Privacyrichtlijn maakt deel uit van een bredere herziening van de telecommunicatierichtlijnen (het Nieuw Regulerend Kader of New Regulatory Framework, bestaand uit de Richtlijn burgerrechten en de Richtlijn betere regelgeving). In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie en het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad werd dit artikel maar beperkt (redactioneel) gewijzigd. In deze stukken werd op deze redactionele wijzigingen na, vastgehouden aan het oude systeem waarin naast de informatieplicht voor het plaatsen en lezen van cookies geen toestemming vereist was, maar volstaan kon worden met het aanbieden van een mogelijkheid om de cookies te weigeren. Het Europees Parlement introduceerde bij amendement het toestemmingsvereiste.

Bij de stemming over de geamendeerde richtlijntekst in de Raad werd door verschillende landen (België, Duitsland, Estland, Finland, Ierland, Letland, Malta, Oostenrijk, Roemenië, Slowakije, Spanje en het Verenigd Koninkrijk) een gezamenlijke stemverklaring afgegeven. Hierin verklaarden deze landen dat zij, gelet op de ongewijzigde overweging 66 bij de richtlijn, ook aan het gewijzigde artikel 5, derde lid van de Bijzondere Privacyrichtlijn konden voldoen door vast te houden aan het voorschrift dat de bezoeker het recht moet hebben om het gebruik van cookies te weigeren. Nederland heeft zich niet aangesloten bij deze stemverklaring omdat een dergelijke invulling ons inziens niet voldoet aan de tekst van artikel 5, derde lid, van de Bijzondere privacyrichtlijn, die nu juist op dit onderdeel bij amendement van het Europees Parlement was veranderd van 'recht op weigering' naar 'toestemming'.

Ten tijde van de totstandkoming van het Nederlandse implementatiewetsvoorstel was er in de lidstaten veel onduidelijkheid over de manier waarop aan de cookiebepaling kon worden voldaan op een gebruiksvriendelijke manier. Ook was er door de stemverklaring onduidelijkheid ontstaan over hoe strikt de bepaling moest worden geïmplementeerd. De Europese Commissie heeft geprobeerd om samen met het bedrijfsleven (W3C onder andere) een gebruiksvriendelijke oplossing te zoeken om aan de toestemmingsverplichting te kunnen voldoen. Die onderhandelingen hebben tot op heden geen resultaat opgeleverd. Ook de Artikel 29-werkgroep, het advies- en overlegorgaan waarin de nationale privacytoezichthouders van alle lidstaten zijn verenigd, was bij die onderhandelingen betrokken. Er zijn wel initiatieven tot stand gekomen zoals youronlinechoices.com, maar de daarbij gebruikte technieken voldoen niet aan de eisen van de richtlijn, omdat zij neerkomen op een opt-outsysteem in plaats van toestemming vooraf.

In de versie van het concept van het oorspronkelijke wetsvoorstel dat via internet werd geconsulteerd, sprak het wetsvoorstel nog van 'ondubbelzinnige' toestemming. In de consultatie wezen meerdere partijen op het feit dat artikel 5, derde lid, van de Bijzonder privacyrichtlijn 'toestemming' voorschrijft, niet 'ondubbelzinnige' toestemming. De term 'ondubbelzinnige' toestemming wordt alleen in de Algemene privacyrichtlijn gebruikt. Omdat de regering het met deze constatering eens was, en niet verder wilde gaan dan de Bijzondere Privacyrichtlijn voorschrijft, werd in het voorstel dat in de Tweede Kamer werd ingediend het woord 'ondubbelzinnig' geschrapt.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van onder andere de gewijzigde cookiebepaling in de richtlijn stuurde het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) een brief aan de Tweede Kamer, waarin het betoogde dat het wetsvoorstel toch zou moeten spreken van 'ondubbelzinnige toestemming', in plaats van 'toestemming'. Er werd daarop een amendement (nr. 14) ingediend, waarin werd voorgesteld om 'toestemming' alsnog te vervangen door 'ondubbelzinnige toestemming'.

Hier zijn de indieners van dit amendement vervolgens op teruggekomen. Amendement nr. 14 is gewijzigd bij amendement nr. 39, dat niet langer spreekt van 'ondubbelzinnige' toestemming voor alle cookies. Amendement nr. 39 verduidelijkt ten eerste dat de cookiebepaling niet afdoet aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Daarnaast introduceert het amendement een

rechtsvermoeden dat bij het gebruik van *tracking cookies* persoonsgegevens worden verwerkt. Het rechtsvermoeden heeft tot gevolg dat tenzij de plaatser van trackingcookies bewijst dat hij géén persoonsgegevens verwerkt, hij aan de eisen van artikel 8 van de Wbp moet voldoen. Artikel 8 van de Wbp bepaalt dat alleen persoonsgegevens mogen worden verwerkt indien sprake is van een van de in dat artikel genoemde rechtvaardigingsgronden, waaronder (maar niet uitsluitend) ondubbelzinnige toestemming van degene wiens persoonsgegevens het betreft. Dit amendement nr. 39 is vervolgens aangenomen, waardoor het rechtsvermoeden voor tracking cookies (in wezen een omkering van de bewijslast voor de vraag of er sprake is van verwerking van persoonsgegevens, en dus aan de Wbp moet worden voldaan) is opgenomen in artikel 11.7a, eerste lid, van de Tw. Tegen dit rechtsvermoeden staat tegenbewijs open.

De Eerste Kamer was kritisch ten aanzien van het door het amendement geïntroduceerde rechtsvermoeden. De vrees was dat Nederland met deze aanvulling op de cookiebepaling verder ging dan nodig zou zijn op grond van de Bijzondere Privacyrichtlijn. Het rechtsvermoeden houdt echter slechts een omkering van de bewijslast in, en brengt geen materiële wijzigingen aan in de normen die worden voorgeschreven in de Algemene Privacyrichtlijn en de Bijzondere Privacyrichtlijn. Het rechtsvermoeden maakt de Nederlandse wet materieel dan ook niet strenger, het legt alleen de bewijslast bij degene die tracking cookies plaatst en leest.

De wet inclusief de cookiebepaling is in mei 2012 aangenomen. Omdat de vaste verandermomenten niet gelden bij implementatie, en Nederland de implementatiedeadline van 25 mei 2011 al ruim had overschreden, trad de wet direct na publicatie in werking, op 5 juni 2012. Het bij amendement geïntroduceerde onderdeel van de cookiebepaling, dat geen implementatie betrof, trad op het eerstvolgende vaste verandermoment, 1 januari 2013, in werking.

2. Ervaringen met de cookiebepaling

Nu in de praktijk enige tijd ervaring is opgedaan met artikel 11.7a, zijn internetgebruikers bewuster geworden van het feit dat veel websites cookies plaatsen op hun computers. In dat opzicht heeft artikel 11.7a Tw een positief effect. Maar er is ook veel ergernis over de effecten van de bepaling.

Deze ergernis ziet enerzijds op het feit dat nu voor alle cookies, behalve technisch noodzakelijke cookies, toestemming wordt gevraagd. Hierbij kan op grond van de huidige wet geen onderscheid worden gemaakt tussen privacygevoelige cookies en cookies waarbij de privacygevolgen gering zijn, zoals sommige analytic cookies. Analytic cookies worden door veel websitehouders gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit en effectiviteit van hun website (ook wel: 'dienst van de informatiemaatschappij'). Met deze informatie kan de kwaliteit van de website waar nodig worden verbeterd. Analytic cookies zijn dan ook zeer nuttig, maar ze zijn niet technisch noodzakelijk: het niet kunnen gebruiken van analytic cookies zorgt niet voor technische problemen bij het leveren van de opgevraagde website. Daarom vallen deze cookies niet onder de uitzondering in het huidige derde lid. Voor het plaatsen en lezen van analytic cookies moet momenteel dan ook toestemming worden gevraagd, terwijl het gebruik van cookies uitsluitend om de werking van de website in kaart te brengen, over het algemeen weinig impact op de privacy heeft. Zoals hierna wordt toegelicht brengt het wetsvoorstel hier verandering in.

Anderzijds hebben gebruikers vaak het gevoel dat zij niet echt een vrije keuze hebben als hen om toestemming wordt gevraagd, bijvoorbeeld bij het gebruik van zogenoemde cookiemuren, waarbij er zonder toestemming geen gebruik kan worden gemaakt van de website. Ook wordt bij het verzoek om toestemming meestal niet de mogelijkheid gegeven voor gedifferentieerde toestemming voor het geval de bezoeker bijvoorbeeld wel toestemming wil geven voor analytic cookies en cookies voor sociale media, maar geen toestemming wil geven voor tracking cookies. Omdat de huidige cookiebepaling al de nodige ruimte biedt om aan deze bezwaren tegemoet te komen, geeft dit mij geen aanleiding om de wet op dit punt aan te passen. Wel maak ik graag gebruik van de gelegenheid om in hoofdstuk 4 (in het bijzonder paragraaf 4.2.4) van de toelichting bij dit wetsvoorstel meer duidelijkheid te geven over de wijze waarop de cookiebepaling gebruiksvriendelijker kan worden toegepast.

Uitzondering voor analytic cookies

Door de verplichting om bezoekers te informeren over het gebruik van cookies realiseren wij ons eigenlijk nu pas hoe vaak er gebruik wordt gemaakt van cookies. Dat was deels ook het doel van deze verplichting. Maar door de huidige opzet van de cookiebepaling, waarbij toestemming moet worden gevraagd voor alle soorten cookies behalve technisch noodzakelijke cookies, is het voor de bezoeker moeilijk om de privacygevoelige cookies te onderscheiden van de cookies die nauwelijks gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de bezoeker, zoals sommige analytic cookies. Dat voor deze cookies ook om toestemming moet worden gevraagd is eigenlijk niet in het belang van de privacybescherming van internetgebruikers. Integendeel, het kan juist verwarrend werken en er voor zorgen dat de internetgebruiker automatisch toestemming verleent voor alle typen cookies zonder erbij stil te staan of dit gevolgen heeft voor zijn privacy.

Dat het voor de privacy van de internetgebruiker overbodig is om toestemming te vragen voor het gebruik van analytic cookies, en dat hierdoor de cookiebepaling juist zijn doel voorbij schiet, werd ook opgemerkt tijdens het Algemeen Overleg met de Vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer van 21 november 2012. Tijdens dit overleg deed het lid Verhoeven (D66) het voorstel om 'first party analytic cookies' niet langer onder het toestemmingsvereiste te laten vallen. Aangezien dit type cookies doorgaans inderdaad niet privacygevoelig is, kon ik mij in een dergelijke benadering vinden.

Naar aanleiding van dit voorstel heb ik dan ook in overleg met de voorganger van de Autoriteit Consument & Markt (ACM), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), de mogelijkheden onderzocht om dit te bewerkstelligen. Daarbij kwamen wij tot de conclusie dat de huidige tekst van het derde lid geen ruimte biedt om first party analytic cookies onder de uitzondering te brengen. De enige mogelijkheid binnen de huidige wet was dat OPTA het gebruik van dit type cookies zou gedogen. Websitehouders en internetgebruikers zijn echter beter geholpen met een meer structurele, rechtszekere en toekomstbestendige oplossing, en daarvoor is het dan ook nodig om de wet te wijzigen. Dit heeft geleid tot het voorstel om artikel 11.7a, derde lid, van de Telecommunicatiewet te wijzigen. Dit wordt nader toegelicht in hoofdstuk 3.

3. Uitzondering voor cookies met geringe privacygevolgen

Onder de huidige cookiebepaling moet voor alle typen cookies toestemming worden gevraagd, alleen voor cookies die technisch noodzakelijk zijn om de communicatie uit te voeren of de door de internetbezoeker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren is een uitzondering gemaakt. De achtergrond van deze uitzondering is dat bij het gebruik van cookies voor deze doelen er weinig gevolgen zullen zijn voor de privacy van de gebruiker. Er zijn echter ook cookies die, alhoewel niet technisch noodzakelijk, wel heel nuttig zijn en die ook nauwelijks nadelige gevolgen hebben voor de privacy van de gebruiker. Het gaat hierbij om cookies die uitsluitend worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij. Zoals gezegd wordt met dit wetsvoorstel beoogd om ook dit type cookies onder de uitzondering in het derde lid te brengen, mits het gebruik van dit type cookies geen of slechts geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruiker.

Voorop staat dat ik het van belang vind dat met een aanpassing van de cookiebepaling geen afbreuk wordt gedaan aan het doel van de cookiebepaling, bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruiker, en dat de nieuwe cookiebepaling binnen de grenzen van de Bijzondere privacyrichtlijn blijft. De Bijzondere privacyrichtlijn voorziet volgens artikel 1 van deze richtlijn in de '... harmonisering van de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden – met name het recht op een persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijkheid – bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen ...'. De cookiebepaling (artikel 5, derde lid, van deze richtlijn) moet dan ook in dit licht worden gezien: de bepaling dient ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer (de privacy) van de internetgebruiker bij de verwerking van diens persoonsgegevens. Ik ben er van overtuigd dat internetgebruikers beter in staat worden gesteld

om hun privacy te beschermen als zij alleen in gevallen waarin dit hun persoonlijke levenssfeer raakt, om toestemming worden gevraagd. Als ook toestemming wordt gevraagd voor cookies die de privacy niet schenden, zoals analytic cookies die niet voor andere doeleinden worden gebruikt, verliest het verzoek om toestemming aan betekenis. Voorop staat wel dat waar het plaatsen en lezen van cookies belangrijke gevolgen kan hebben op de persoonlijke levenssfeer, zoals bij het gebruik van tracking cookies, het evident is dat dit niet is toegestaan zonder toestemming van de bezoeker. Dit blijft in het gewijzigde artikel 11.7a gewaarborgd.

Ik heb gezocht naar een techniekneutrale formulering van de uitzondering voor cookies waarvoor gelet op het gerechtvaardigde doel en de geringe gevolgen voor de privacy geen toestemming nodig zou moeten zijn. Tijdens het VAO van 10 maart 2013 gaf het lid Verhoeven in overweging om bij de uitzondering op de cookiebepaling aan te sluiten bij artikel 8, onderdeel f, van de Wbp.

In artikel 8 van de Wbp wordt bepaald onder welke omstandigheden persoonsgegevens mogen worden verwerkt. In onderdeel f staat dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt als dat 'noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert'.

Artikel 8, onder f, van de Wbp kijkt ten eerste naar het belang van degene die persoonsgegevens verwerkt: de gegevensverwerking moet noodzakelijk zijn voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang. Ten tweede vereist artikel 8, onder f, van de Wbp dat het belang bij de verwerking van persoonsgegevens opweegt tegen de belangen van de betrokkene bij de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer. Deze twee in de Wbp genoemde belangen zijn open geformuleerd omdat de Wbp op alle vormen van verwerking van persoonsgegevens van toepassing is.

De Wbp is gebaseerd op de Algemene privacyrichtlijn, en is van toepassing op alle vormen van verwerking van persoonsgegevens. Artikel 11.7a van de Tw vloeit voort uit de Bijzondere privacyrichtlijn, en ziet specifiek op de privacyaspecten bij het plaatsen en lezen van informatie op het randapparaat van een gebruiker. Om recht te doen aan de verhouding tussen beide richtlijnen, waarin de Bijzondere privacyrichtlijn een specifiekere situatie beschrijft dan de Algemene privacyrichtlijn, heb ik de algemene norm niet een-op-een overgenomen in de specifieke regeling van artikel 11.7a Tw. Wel heb ik bij het formuleren van de uitbreiding van het derde lid, onderdeel b, de twee belangen genoemd in artikel 8, onder f, van de Wbp als basis gebruikt en deze vertaald naar de specifieke situatie die in artikel 11.7a Tw geregeld wordt.

Dit heeft geresulteerd in de uitbreiding van de uitzondering genoemd in onderdeel b van het derde lid, waarin wordt gekeken naar zowel het gerechtvaardigde belang bij het gebruik van cookies om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij als het belang van de internetgebruiker bij bescherming van diens privacy. Als cookies worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij, vallen deze cookies onder de uitzondering op de cookiebepaling, *mits* dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker.

Ik heb daarmee een formulering gekozen die aansluit bij de doelstelling van de Bijzondere privacyrichtlijn, en die techniekneutraler (en daarmee toekomstbestendiger) is dan het uitzonderen van 'first party analytic cookies'.

Hierna worden enkele voorbeelden gegeven van cookies die worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij. Deze opsomming is echter niet limitatief. Om onder de uitzondering voor deze categorie cookies te vallen is het daarnaast altijd vereist dat er geen of slechts geringe gevolgen zijn voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker. Dit is bij het gebruik van tracking cookies, waarmee het surfgedrag wordt gevolgd zodat interesseprofielen van de gebruiker kunnen worden opgesteld, hoe dan ook niet het geval (nog los van de vraag of tracking cookies informatie verzamelen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij). Hiervoor zal de uitzondering dus niet gelden, wat betekent dat tracking cookies niet kunnen

worden gebruikt zonder duidelijke en volledige informatie en voorafgaande toestemming van de gebruiker.

3.1 Analytic cookies

Analytic cookies worden gebruikt om het gebruik van een bepaalde website in kaart te brengen en te analyseren, zodat de kwaliteit van de website verbeterd kan worden. Dit is een duidelijk voorbeeld van cookies die worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij. Om onder de uitzondering te vallen, mag het gebruik van deze cookies geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruiker. Ook eventueel *verder* gebruik van de met deze cookies gegenereerde gegevens mag niet meer dan geringe gevolgen hebben voor de privacy. Als de privacygevolgen voor de internetgebruiker gering zijn, valt het gebruik van analytic cookies onder de uitzondering op de cookiebepaling. Dit geldt voor zowel first party analytic cookies, als third party analytic cookies: beiden kunnen onder de uitzondering vallen.

Om te voorkomen dat het gebruik van analytic cookies meer dan geringe gevolgen heeft voor de privacy van de internetgebruiker, is het vereist dat deze cookies of de daarmee gegenereerde gegevens niet worden gebruikt om bijvoorbeeld een profiel van de internetgebruiker op te stellen, ook niet door een eventuele derde waarmee de websitehouder de gebruiksgegevens van een analytic cookie deelt. De websitehouder die zijn gebruiksgegevens uit analytic cookies deelt met een derde moet – om onder de uitzondering te vallen – waarborgen treffen om de privacy-impact zo veel mogelijk te beperken. Hij moet in een (bewerkers)overeenkomst duidelijk afspreken met de derde dat ook hij de informatie niet zal gebruiken op een manier die meer dan geringe gevolgen heeft voor de privacy van de internetgebruiker wiens gegevens het betreft. In deze (bewerkers)overeenkomst moet worden afgesproken dat de derde 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 betrokken abonnees en gebruikers.

Voorbeeld: De houder van website A schakelt de diensten van statistiekenleverancier X in om het gebruik van zijn website in kaart te kunnen brengen. Statistiekenleverancier X plaatst daartoe analytic cookies bij de bezoeker van website A. Dit zijn zogeheten third party cookies als deze worden geplaatst vanuit een ander domein dan dat van de door de internetgebruiker bezochte website (A). Als statistiekenleverancier X vervolgens volledige beschikking krijgt over deze gegevens en deze ook voor andere (mogelijk privacygevoelige) doeleinden kan gebruiken (zoals het combineren met andere gebruiksgegevens en daarmee opstellen van profielen ten behoeve van gerichte reclame), dan zijn de gevolgen voor de privacy van de internetgebruiker meer dan gering en valt dit niet onder de uitzondering op de cookiebepaling. Dan moet de bezoeker hierover duidelijk en volledig worden geïnformeerd worden en is voor het plaatsen en lezen van deze cookies toestemming van de bezoeker vereist.

Indien de websitehouder A met statistiekenleverancier X een bewerkersovereenkomst heeft gesloten waaruit blijkt dat X de via deze analytic cookies verkregen gebruiksinformatie alleen ter beschikking stelt aan de houder van website A, en dat X deze informatie niet voor andere doeleinden gebruikt dan het analyseren van website A in opdracht van de websitehouder (de informatie dus niet combineert met gebruiksinformatie verkregen via andere websites), dan heeft het gebruik van dit type third party analytic cookies weinig impact op de privacy. In dat geval valt het gebruik van deze cookies onder de uitzondering. Er hoeft dan niet over het gebruik van deze cookies te worden geïnformeerd of hiervoor toestemming te worden gevraagd.

Als de websitehouder die analytic cookies gebruikt, geen profielen opstelt en ervoor zorgt dat een eventuele derde waarmee hij de gebruiksgegevens van zijn site deelt, dit ook niet doet, zullen de gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruiker gering zijn. Hiermee valt dit onder de uitzondering. Er hoeft dan op grond van artikel 11.7a niet over het gebruik van deze analytic cookies te worden geïnformeerd en er is geen toestemming van de gebruiker voor nodig.

3.2 Affiliate cookies (of: performance cookies)

Affiliate cookies, ook wel performance cookies genoemd, worden gebruikt om bij te houden welke advertentie leidt tot een aankoop, zodat degene die deze advertentie heeft getoond (de affiliate),

hiervoor een beloning kan ontvangen. Dit type cookies kan worden geplaatst bij vertoning van een advertentie voor een bepaald product. Op het moment dat een bezoeker via een webwinkel dit product heeft aangeschaft, worden één of meer cookies uitgelezen door de affiliatenetwerken waarvan de adverteerder gebruik maakt. Door middel van de cookies wordt nagegaan of de bezoeker tot deze aankoop is overgegaan na het zien van de advertentie waarbij de affiliate cookie is geplaatst, en zo ja, door welke affiliate. Indien dit het geval is, ontvangt de affiliate die de advertentie heeft vertoond een commissie van de verkoper van het product.

Affiliate cookies verschaffen informatie over de effectiviteit van een advertentie (een dienst van de informatiemaatschappij) in die zin dat de cookie bijhoudt of de advertentie geleid heeft tot een aankoop. Met deze informatie wordt bepaald welke affiliate recht heeft op de beloning omdat zijn advertentie heeft geleid tot een verkoop. Indien de cookies en de daarmee verkregen gegevens uitsluitend met dit doel worden gebruikt, zal dit geen of nauwelijks gevolgen hebben voor de privacy van de internetgebruiker. De cookie is ook niet bedoeld om informatie te verzamelen over de gebruiker.

Hiermee valt het gebruik van dit type cookies - mits uitsluitend met dit doel – onder de uitzondering op de cookiebepaling. Of de cookies alleen voor dit doel worden gebruikt kan onder meer blijken uit de omstandigheid dat de levensduur van de cookies niet langer is dan nodig voor dit doel.

3.3 A/b-testing

Bij a/b-testing 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. Voor reclamebanners kan die effectiviteit bijvoorbeeld worden gemeten in de hoeveelheid bezoekers die op de reclamebanner klikt. Om te meten op welke van de twee versies relatief het vaakst wordt geklikt, kan gebruik worden gemaakt van cookies.

Ook deze cookies worden met andere woorden gebruikt om informatie te verkrijgen over de effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij. De gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer zullen daarbij gering zijn, mits de cookies uitsluitend voor dit doel worden gebruikt (hetgeen kan blijken uit een levensduur die niet langer is dan noodzakelijk voor dit doel). Het is degene die gebruik maakt van dit type cookie ook hier niet te doen om informatie over de bezoeker, maar om informatie over de getoonde versies. Om die reden valt het gebruik van cookies met uitsluitend het doel het verschil in effectiviteit van twee verschillende versies van een website of reclame te testen, onder de uitzondering en hoeft er bij dit type cookies op grond van artikel 11.7a niet te worden geïnformeerd of toestemming te worden verkregen.

3.4 Overige situaties

In dit hoofdstuk zijn enkele voorbeelden besproken van cookies die onder de ruimere uitzondering op de cookiebepaling kunnen vallen. Het is verder aan de toezichthouder ACM om per geval de ernst en omvang van de gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker te beoordelen. Daarnaast zijn de in dit hoofdstuk besproken voorbeelden niet uitputtend. Indien toekomstige ontwikkelingen daar aanleiding toe geven kan de ACM in een beleidsregel duidelijk maken of andere dan de in dit hoofdstuk besproken categorieën cookies beschouwd worden als cookies die noodzakelijk zijn om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij, en welke omstandigheden relevant zijn bij de beoordeling of voldaan wordt aan de voorwaarde dat er geen of slechts geringe gevolgen zijn voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker.

4. Op informatie berustende toestemming

Het plaatsen of lezen van informatie (zoals cookies) op een randapparaat is op grond van artikel 11.7a, eerste lid, uitsluitend toegestaan op voorwaarde dat de internetgebruiker is voorzien van

duidelijke en volledige informatie, en daarvoor toestemming heeft verleend. De cookiebepaling bevat met andere woorden een informatieplicht en een toestemmingsvereiste. Deze voorschriften worden hier nader besproken.

4.1 Informatieplicht

De cookiebepaling schrijft voor dat voorafgaand aan het vragen om toestemming voor het plaatsen of lezen van cookies, de gebruiker duidelijk en volledig wordt geïnformeerd overeenkomstig de Wbp, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt.

De Artikel 29-werkgroep heeft in een Opinie van 22 juni 2010 enkele voorbeelden genoemd van informatie die in het geval van het gebruik van cookies voor gepersonaliseerde reclame ten minste moet worden verstrekt. De internetgebruiker moet duidelijk worden gemeld wie cookies plaatst en leest en wie de beschikking krijgt over en verantwoordelijk is voor de daarmee verkregen gegevens. Ook moet duidelijk worden gemaakt of cookies gebruikt worden om profielen op te stellen, welk type informatie wordt verzameld om dergelijke profielen mee op te stellen, of deze profielen worden gebruikt om gerichte reclame aan te bieden en of het surfgedrag van de gebruiker wordt gevolgd doordat de gebruiker aan de cookie op zijn computer kan worden herkend op meerdere websites.

Naast de zelfstandige informatieplicht, is voorafgaande informatie ook een vereiste voor geldige toestemming (zie de definitie van toestemming in de volgende paragraaf). De werkgroep heeft op 13 juli 2011 een Opinie uitgebracht over de definitie van toestemming (Opinion 15/2011 on the definition of consent). Over het vereiste dat de toestemming 'op informatie berust' moet zijn, zegt de werkgroep dat de gebruiker die om toestemming wordt gevraagd, moet begrijpen waar hij al dan niet mee instemt. De informatie moet duidelijk zichtbaar en inhoudelijk begrijpelijk zijn voor de gemiddelde gebruiker. De uitleg over de cookies waarvoor toestemming wordt gevraagd mag niet misleidend zijn (bijvoorbeeld 'voor het goed functioneren zijn cookies vereist' kan misleidende informatie zijn als het gaat om het gebruik van tracking cookies). Een misleidende tekst kan ertoe leiden dat de verkregen toestemming niet voldoet aan de hieronder nader besproken eis dat deze 'op informatie berust' en voldoende 'specifiek' is.

4.2 Toestemmingsvereiste

Voor de definitie van 'toestemming' in de zin van artikel 11.7a Tw wordt verwezen naar de definitie in artikel 1, onderdeel i, van de Wbp. Dit is ook het geval op richtlijnniveau: voor de definitie van 'toestemming' in de zin van artikel 5, derde lid, van de Bijzondere privacyrichtlijn wordt ook verwezen naar de definitie in artikel 1 van de Algemene privacyrichtlijn.

Definitie van toestemming: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.

4.2.1 Voorafgaand aan de handeling

De werkgroep heeft zoals gezegd op 13 juli 2011 een Opinie uitgebracht over de definitie van toestemming (Opinion 15/2011 on the definition of consent). Hierin bevestigt de werkgroep dat toestemming niet hetzelfde is als het recht om te weigeren, zoals dat in de vorige versie van de Bijzondere privacyrichtlijn stond. Het verschil bestaat er met name in dat toestemming moet worden verkregen voordat de handeling (in casu het plaatsen en lezen van cookies) plaats mag vinden, terwijl het recht om te weigeren ook achteraf kon worden ingeroepen. Ook onder het nieuwe artikel 11.7a van de Tw blijft het noodzakelijk om voorafgaand aan het plaatsen en lezen van cookies, toestemming te hebben verkregen van de internetgebruiker.

4.2.2 Wilsuiting

Onder toestemming wordt 'elke ... wilsuiting' verstaan waarmee de internetgebruiker aanvaardt dat bepaalde cookies worden geplaatst en gelezen. Volgens de werkgroep moet uit het woord 'uiting waarmee de betrokkene aanvaardt' (in het Engels: *indication by which the data subject signifies his agreement*) worden afgeleid dat het moet gaan om een handeling, en kan toestemming niet worden afgeleid uit het uitblijven van een handeling. Binnen de definitie van 'toestemming' (zonder de toevoeging ondubbelzinnig of uitdrukkelijk, die in de Wbp worden gebruikt) is het niet noodzakelijk dat deze handeling expliciet uiting geeft aan de wens om het gebruik van cookies te aanvaarden. Dit kan ook blijken uit minder expliciete handelingen dan het klikken op een button 'ik geef toestemming' in een pop-up. De werkgroep noemt in haar Opinie het voorbeeld van een weersinformatiedienst die gebruik maakt van locatiegegevens van de beller. Indien de beller vooraf volledige informatie heeft verkregen over de verwerking van locatiegegevens door de weersinformatiedienst, kan de handeling bestaand uit het bellen van het nummer van die dienst worden opgevat als toestemming voor het verwerken van de betreffende locatiegegevens. Naar analogie van dit voorbeeld van de werkgroep, zou het volgens de regering dan ook mogelijk zijn om toestemming voor het plaatsen en lezen van cookies af te leiden uit het aanklikken van overige onderdelen van de website, als bij aanvang van het bezoek aan de website duidelijk is aangegeven dat bijvoorbeeld het aanklikken van een link om gebruik te maken van overige delen van de website, wordt beschouwd als toestemming voor het gebruik van cookies. Om uit een dergelijke handeling toestemming te kunnen afleiden is wel van belang dat de bezoeker op het moment dat hij doorsurft duidelijk en volledig moet zijn geïnformeerd. Daarnaast is het van belang dat pas na een dergelijke actieve handeling sprake kan zijn van toestemming. Bij het eerste bezoek, voordat de bezoeker door middel van het doorsurfen uiting kan hebben gegeven van zijn aanvaarding van het gebruik van cookies, is er nog geen sprake van toestemming en mogen dus nog geen cookies die onder de toestemmingsplicht vallen worden geplaatst.

Toestemming moet dus altijd gebaseerd zijn op een geïnformeerde, en dus bewuste keuze van de bezoeker en blijken uit een actieve handeling. 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 in de zin van de cookiebepaling.

4.2.3 Geen 'ondubbelzinnige' toestemming vereist op grond van de Tw

Zoals toegelicht in paragraaf 2 over de ontstaansgeschiedenis van de cookiebepaling, hoeft de toestemming, bedoeld in artikel 11.7a van de Tw, niet 'ondubbelzinnig' te zijn.

Alleen op grond van de Wbp kan 'ondubbelzinnige' toestemming een vereiste zijn. De Wbp is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens. Volgens het vierde lid, waarin het amendement van de Tweede Kamer is opgenomen, wordt er bij het gebruik van tracking cookies vermoed sprake te zijn van de verwerking van persoonsgegevens. Dit rechtsvermoeden zorgt ervoor dat de gebruiker van tracking cookies naast de regels in artikel 11.7a, ook de regels van de Wbp moet naleven, tenzij hij kan bewijzen dat hij bij het gebruik van tracking cookies geen persoonsgegevens verwerkt. De Wbp bepaalt dat persoonsgegevens alleen mogen worden verwerkt als aan een van de in artikel 8 opgenomen gronden voor verwerking is voldaan. Een van deze gronden voor verwerking van persoonsgegevens is de 'ondubbelzinnige toestemming' van de betrokkene.

De Opinie over de definitie van toestemming van de Artikel 29-werkgroep gaat ook in op de eis van 'ondubbelzinnige' toestemming in de zin van de Wbp. In de paragraaf hierover geeft de werkgroep een voorbeeld waaruit blijkt dat ook ondubbelzinnige toestemming kan blijken uit handelingen. Het voorbeeld dat de werkgroep op pagina 23 van de Opinie schetst gaat over de vereiste ondubbelzinnige toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens in de vorm van het nemen van foto's van hotelgasten voor een reclamebrochure voor het hotel. In het voorbeeld worden hotelgasten bij het inchecken door de receptionist er op gewezen dat er die middag foto's worden gemaakt in een van de restaurants van het hotel. Een deel van de foto's zal worden gebruikt voor marketingdoeleinden, in het bijzonder voor een brochure van het hotel. De hotelgasten die gefotografeerd willen worden zijn gedurende de periode waarin de foto's worden gemaakt van harte welkom in het restaurant. Voor hotelgasten die niet gefotografeerd willen worden is een ander restaurant beschikbaar.

Met betrekking tot de hotelgasten die –na te zijn geïnformeerd- besluiten naar het restaurant te gaan waar de foto's genomen worden mag, aldus de Artikel 29-werkgroep, worden aangenomen dat zij ondubbelzinnig hebben ingestemd met het maken van de foto's. Naar de opvatting van regering kan naar analogie van het voorbeeld van de Artikel 29-werkgroep worden aangenomen dat een internetgebruiker ondubbelzinnige toestemming voor de plaatsing van cookies waarbij persoonsgegevens worden verwerkt heeft gegeven indien hij verder surft nadat hij op de juiste wijze is geïnformeerd over het feit dat bij verder surfen cookies zullen worden geplaatst op zijn computer en dat daarmee persoonsgegevens worden verwerkt. Wil er sprake zijn van ondubbelzinnige toestemming, dan is van belang dat er geen twijfel bestaat over de vraag of de internetter toestemming heeft gegeven. Dat betekent dat het duidelijk moet zijn dat de internetter een keuze heeft gehad om in te stemmen of te weigeren.

4.2.4 Vrij

De definitie van toestemming schrijft voor dat sprake moet zijn van een 'vrije' wilsuiting. De internetgebruiker moet met andere woorden keuzevrijheid hebben. De gevolgen van geen toestemming geven mogen niet zo zwaar zijn dat deze de keuzevrijheid ondermijnen. Terecht merkt de Artikel 29-werkgroep op dat het moeilijk kan zijn om vooraf duidelijk aan te geven onder welke omstandigheden een bepaalde beïnvloeding van de keuzevrijheid zo zwaar is dat niet langer in vrijheid een keuze kan worden gemaakt.

Het niet, of alleen tegen betaling, kunnen gebruiken van de website die de bezoeker opvraagt is op zichzelf nog niet voldoende om aan te nemen dat de bezoeker geen vrije keuze kan maken om al dan niet met het gebruik van cookies in te stemmen. Zo zijn er aanbieders die, om te voldoen aan de cookiebepaling, gebruik maken van wat ook wel een cookiemuur is gaan heten: in een pop-up wordt om toestemming gevraagd voor het plaatsen en lezen van cookies, maar als er geen toestemming wordt gegeven kan de bezoeker de site niet bezoeken. Zoals in hoofdstuk 2 al werd opgemerkt is er veel onvrede over het gebruik van cookiemuren. Sites die voor hun inkomsten afhankelijk zijn van het gebruik van tracking cookies om gerichte reclame te kunnen tonen, kiezen er soms voor om bezoekers die geen toestemming geven voor het gebruik van cookies de toegang tot de site te weigeren. De cookiebepaling dwingt geenszins tot een dergelijke keuze. Sowieso zijn

alle cookies die technisch nodig zijn om de bezochte website te laten werken uitgezonderd van de toestemmingseis. Het is dus nooit zo dat de gevraagde toestemming noodzakelijk is om de site technisch te laten werken, zoals wel eens wordt gesuggereerd.

Wel kan het zo zijn dat het verdienmodel van een gratis website is gebaseerd op de inkomsten die de websitehouder genereert met reclame op zijn site. Zonder tracking cookies ontvangt de websitehouder lagere reclame-inkomsten, omdat hij dan geen (op de uit het surfgedrag gebleken interesses van de bezoeker) gerichte reclames kan aanbieden, maar moet volstaan met minder gerichte advertenties. Dit kan voor hem aanleiding geven om bezoekers die geen toestemming geven voor het gebruik van tracking cookies geen gebruik te laten maken van zijn site. De cookiebepaling schrijft alleen voor dat hij zonder toestemming geen cookies mag plaatsen. Een cookiemuur is over het algemeen dan ook een rechtmatige manier om aan het toestemmingsvereiste in de cookiebepaling te voldoen. Ook al is dit niet de meest gebruiksvriendelijke manier en is het technisch ook nooit noodzakelijk, het staat de websitehouder in beginsel wel vrij om te bepalen of hij een bezoeker die geen toestemming geeft voor het gebruik van cookies, al dan niet toegang geeft tot zijn website. Dit kan anders zijn als de bezoeker zo afhankelijk is van de via een bepaalde website aangeboden diensten en informatie, dat er door het gebruik van de cookiemuur geen sprake meer kan zijn van een 'vrije' wilsuiting wanneer de bezoeker vervolgens het vakje 'ik geef toestemming' aanklikt.

Zoals gezegd is het niet mogelijk om vooraf een limitatieve opsomming te geven van omstandigheden waarin de consequentie die aan het niet-geven van toestemming wordt verbonden zo zwaar is dat dit de keuzevrijheid ondermijnt. Daar is in ieder geval sprake van als aan het niet-toestemming geven voor het gebruik van cookies, de consequentie wordt verbonden dat de internetgebruiker een wettelijk recht (bijvoorbeeld nummerbehoud bij het overstappen naar een andere telefonie-aanbieder) niet kan uitoefenen, een wettelijke plicht (bijvoorbeeld belastingaangifte) niet kan naleven, of minder goede medische zorg krijgt. Dat de via de bezochte website aangeboden informatie en diensten onderdeel uitmaken van een publieke taak zal er over het algemeen ook toe leiden dat deze ook moet worden aangeboden als de bezoeker geen toestemming geeft voor privacygevoelige cookies.

4.2.5 Toestemming via browserinstellingen

Anders dan wel eens wordt gesuggereerd, hebben ook andere landen het vereiste van voorafgaande toestemming (opt-in) in hun wet opgenomen. Wel is er een aantal landen dat in de wetgeving heeft opgenomen dat de toestemming voor het plaatsen van cookies -onder bepaalde omstandigheden- kan worden afgeleid uit de browserinstellingen. Deze verwijzing naar de instellingen van de browser is afgeleid van overweging 66 bij de richtlijn Burgerrechten (die de oorspronkelijke Bijzondere Privacyrichtlijn wijzigt). Letterlijk stelt overweging 66: "Wanneer dit technisch mogelijk of doeltreffend is, kan, overeenkomstig richtlijn 95/46/EG, de toestemming van de gebruiker met verwerking worden uitgedrukt door gebruik te maken van de desbetreffende instellingen van een browser of een andere toepassing".

Ondanks dat er in de Nederlandse wettekst zelf niets wordt gezegd over de mogelijkheid om de toestemming uit de browserinstellingen af te leiden, staat die mogelijkheid in Nederland net zo goed open als in de overige landen, mits (net als in de overige landen) aan de voorwaarden voor 'toestemming' is voldaan. Dat staat ook in overweging 66 van de richtlijn: wanneer dit technisch mogelijk of doeltreffend is, kan, *overeenkomstig richtlijn 95/46/EG*, toestemming worden uitgedrukt in de browserinstellingen. Het is aan de ACM als toezichthouder om te beoordelen of een bepaald type browser geschikt is om uit de instellingen toestemming af te leiden die aan de definitie voldoet.

Bij toestemming gaat het, zoals gezegd, om een vrij gegeven toestemming, die voldoende specifiek moet zijn en gebaseerd moet zijn op informatie. De gebruiker moet de toestemming bewust hebben gegeven door middel van een actieve handeling. In een omgeving waarin de beschikbare browsers standaard zijn ingesteld op het accepteren van cookies, kan uit niet-aangepaste standaardinstellingen geen toestemming worden afgeleid die aan deze eisen voldoet. Het merendeel van de gebruikers zou dan immers zonder het zich te realiseren akkoord gaan met de plaatsing van cookies. Daarmee is er dus geen sprake van een handeling, een 'wilsuiting' waarmee

de betrokkene het gebruik van cookies aanvaardt. Het zou ook niet wenselijk zijn om de standaardinstellingen van een browser als toestemming te beschouwen. Van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker zou dan in de praktijk niets terecht komen.

Als een browser internetgebruikers in staat stelt via een actieve aanpassing van de instellingen van de browser aan te geven dat hij toestemming geeft voor bepaalde typen cookies van bepaalde partijen, dan staat de Nederlandse wet toestemming in de vorm van deze aanpassing van de browserinstellingen even goed toe als de wetgeving in andere lidstaten.

4.2.6 Specifiek versus gebundelde toestemming

Volgens de definitie van toestemming moet deze voldoende 'specifiek' zijn. Dit voorschrift houdt verband met de eis dat de toestemming moet zijn gebaseerd op duidelijke en volledige informatie over het doel waarmee de cookies worden gebruikt. Het moet voor de internetgebruiker duidelijk zijn welk soort cookies wordt gebruikt, voor welke doeleinden deze cookies en de daarmee gegenereerde gegevens worden gebruikt en door wie, zodat de gebruiker begrijpt waar hij mee instemt (zie hierover ook de paragraaf over de informatieplicht).

Dit voorschrift staat er niet aan in de weg dat de aanbieder van een website toestemming vraagt voor meerdere cookiehandelingen tegelijk, als het voor de internetgebruiker maar duidelijk is waar de toestemming op ziet. Zo kan de toestemming gelden voor het binnen een langere periode meerdere malen lezen van een cookie, en zien op het opslaan en lezen van meerdere cookies. Ook kan het zien op het plaatsen van een cookie en het lezen daarvan bij bezoeken aan verschillende sites, zoals dat gebeurt bij tracking cookies. Als dit maar duidelijk is voor de internetgebruiker wiens toestemming wordt gevraagd.

Zoals in hoofdstuk 2 werd opgemerkt hebben gebruikers vaak het gevoel dat zij niet echt een keuze hebben als hen om toestemming wordt gevraagd. Er wordt vaak in één keer gevraagd om toestemming voor alle typen cookies die via de website worden geplaatst: zowel privacyneutrale cookies als tracking cookies. De bezoeker heeft daarbij alleen de keuze om toestemming voor al deze cookies te weigeren dan wel te verlenen, zonder de mogelijkheid hierin te differentiëren. Dit is niet de meest gebruiksvriendelijke manier om aan de cookiebepaling te voldoen. Er zijn gebruiksvriendelijkere manieren, waarmee de bezoeker wel gedifferentieerd om toestemming wordt gevraagd. Zo zijn er al websites die hierin het goede voorbeeld geven, en de bezoeker onder de 'cookie-instellingen' de mogelijkheid bieden om voor verschillende typen cookies (analytic cookies, cookies voor sociale media, cookies voor gerichte reclame) de toestemming afzonderlijk in en uit te schakelen. Deze oplossing geeft de bezoeker meer controle over het gebruik van cookies, en draagt daarom beter bij aan het doel van de cookiebepaling.

Ik pleit er dan ook voor om de bezoeker de keuze te bieden om voor verschillende typen cookies apart aan te kunnen geven of deze al dan niet door de bezoeker worden geaccepteerd. De technische mogelijkheden om bezoekers deze gebruiksvriendelijkheid te bieden zijn er. Voorliggend wetsvoorstel zorgt er wel al voor dat geen toestemming meer hoeft te worden gevraagd voor cookies die worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij, en waarbij de privacygevolgen gering zijn. De vraag om toestemming voor het plaatsen van cookies ziet dus niet meer op dergelijke cookies, die mogen in ieder geval worden geplaatst.

5. Normadressaat

De bepaling in het eerste lid richt zich tot degene die de informatie op het randapparaat opslaat dan wel tot degene die zich toegang verschafft tot informatie op het randapparaat. De plaatser van de cookie is degene tot wie het eerste lid zich richt. Deze plaatser kan de aanbieder van de betreffende website zijn, maar dat hoeft niet. Het kan ook een derde zijn die met de aanbieder van de website (of een tussenpersoon) is overeengekomen dat hij via de website cookies mag plaatsen/lezen. Dit neemt niet weg dat de aanbieder van de website een zekere verantwoordelijkheid heeft. Op de eerste plaats is hij voor de toezichthouder het eerste aanspreekpunt. In die hoedanigheid zal hij de toezichthouder informatie moeten geven over de partijen die via zijn website cookies plaatsen. In de tweede plaats zijn er omstandigheden denkbaar waarin de websitehouder die toestaat/faciliteert dat een derde via zijn website de cookiebepaling overtreedt,

medeplichtig is aan deze overtreding. In dit verband wordt verwezen naar artikel 5:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

6. '...onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens...'

De Wbp is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens. In de Wbp wordt bepaald wanneer er sprake is van verwerking van persoonsgegevens. Volgens de definitie in artikel 1, onder a, van de Wbp, is elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon een persoonsgegeven. Alle handelingen ten aanzien van persoonsgegevens zijn volgens de definitie in artikel 1, onder b, van de Wbp een verwerking: 'waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens'.

Als bij het plaatsen en lezen van informatie op het randapparaat van een gebruiker sprake is van verwerking van persoonsgegevens moet daarom in ieder geval aan de regels in de Wbp worden voldaan. Zoals met de zinsnede 'onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens' wordt benadrukt, doet de cookiebepaling niets af aan de verplichtingen die gelden op grond van de Wbp.

Volgens het vierde lid, waarin het amendement van de Tweede Kamer is opgenomen, wordt er bij het gebruik van tracking cookies vermoed sprake te zijn van de verwerking van persoonsgegevens. Dit rechtsvermoeden zorgt ervoor dat de gebruiker van tracking cookies naast de regels in artikel 11.7a, ook de regels van de Wbp moet naleven, tenzij hij kan bewijzen dat hij bij het gebruik van tracking cookies geen persoonsgegevens verwerkt. De Wbp bepaalt dat persoonsgegevens alleen mogen worden verwerkt als aan een van de in artikel 8 opgenomen gronden voor verwerking is voldaan. Een van deze gronden voor verwerking van persoonsgegevens is de 'ondubbelzinnige toestemming' van de betrokkene.

Anders dan lijkt te worden geïmpliceerd in de toelichting op het amendement waarmee dit rechtsvermoeden werd geïntroduceerd, zijn er naast ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene nog andere rechtvaardigingsgronden voor de verwerking van persoonsgegevens. Verwerking van persoonsgegevens is op grond van artikel 8 van de Wbp ook toegestaan als de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst, voor de nakoming van een wettelijke verplichting, ter vrijwaring van een vitaal belang van de betrokkene, of voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door een bestuursorgaan. Ook kan de behartiging van het gerechtvaardigde belang van degene die de gegevens verwerkt een rechtvaardiging vormen voor verwerking van persoonsgegevens, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene (in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer) prevaleert. Het is echter niet aannemelijk dat hier snel sprake van zal zijn bij het gebruik van tracking cookies. Om die reden zal op grond van de Wbp over het algemeen 'ondubbelzinnige toestemming' van de betrokkene nodig zijn.

7. Redactionele wijzigingen

Naast de inhoudelijke wijziging van het derde lid van artikel 11.7a zijn enkele redactionele wijzigingen opgenomen. Ten eerste is de aanhef van het eerste lid meer in lijn gebracht met de tekst van de richtlijn. Daarnaast is het rechtsvermoeden dat bij tracking cookies sprake is van verwerking van persoonsgegevens ondergebracht in een apart vierde lid. Met deze wijzigingen zijn geen materiële gevolgen beoogd.

De Minister van Economische Zaken,