

AAN De Minister van Economische Zaken

Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

DATUM 7 oktober 2013

ONS KENMERK z2013-00718

CONTACTPERSOON

UW BRIEF VAN 30 augustus 2013

UW KENMERK

ONDERWERP Advies concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet

Geachte ,

Bij brief van 30 augustus 2013 heeft uw ministerie het College bescherming persoonsgegevens (CBP) gevraagd, op grond van het bepaalde in artikel 51, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) te adviseren over het *concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet* (hierna: Tw).

Het CBP voldoet hiermee aan uw verzoek.

Inhoud van het concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a van de Tw

Voorgesteld wordt het huidige artikel 11.7a van de Tw ('de cookiebepaling') zo aan te passen dat de informatieplicht en het toestemmingsvereiste bij het plaatsen en lezen van gegevens in de randapparatuur van een gebruiker niet langer geldt in het geval dat plaatsen of lezen geen of slechts geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer. In de toelichting op het concept wetsvoorstel (Memorie van Toelichting; hierna: MvT) wordt verder van de gelegenheid gebruikt gemaakt om nog eens uiteen te zetten op welke wijze aan het toestemmingsvereiste kan worden voldaan. In het voorgestelde artikel 11.7a van de Tw zijn daarnaast enkele redactionele wijzigingen opgenomen ten aanzien van het rechtsvermoeden dat bij tracking cookies sprake is van een verwerking van persoonsgegevens.

Hoofdpunten van het advies

Hieronder volgen de hoofdpunten van het wetgevingsadvies.

1. Het CBP begrijpt de redenen die voor de voorgestelde wetswijziging worden aangevoerd. Het CBP is in algemene zin van oordeel dat aan de voorgestelde uitbreiding van de uitzondering voor cookies met geringe privacygevolgen materieel (inhoudelijk) geen bezwaarlijke gevolgen kleven voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker of abonnee, mede gezien het samenspel tussen de Wbp en de Tw.
2. Het CBP is van oordeel dat aan de voorgestelde redactionele wijzigingen met betrekking tot het rechtsvermoeden dat bij tracking cookies sprake is van een verwerking van

persoonsgegevens geen bezwaarlijke gevolgen kleven voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker of abonnee.

3. Het CBP is van oordeel dat het meerwaarde heeft dat in de MvT van de gelegenheid gebruikt wordt gemaakt "om nog eens goed uiteen te zetten op welke wijze aan de toestemmingseis kan worden voldaan."¹ Het CBP onderschrijft de in de MvT gegeven uitleg van de term 'toestemming'. Het CBP heeft nog wel een aantal aandachtspunten.
4. Het CBP heeft een aantal opmerkingen over de normadressaten, mede gelet op het samenspel tussen de Wbp en de Tw.

Conclusie

Het CBP adviseert u aan het vorenstaande op passende wijze aandacht te schenken.

Het volledige advies treft u in de bijlage aan. Voor een nadere toelichting op het advies ben ik graag beschikbaar.

Openbaarmaking

Conform de Beleidsregels actieve openbaarmaking door het CBP (*Stcrt.* 7 april 2011, nr. 6088) heeft het CBP het voornemen om het wetgevingsadvies openbaar te maken, doch niet eerder dan **21 oktober 2013**. Omdat het concept wetsvoorstel in internetconsultatie is geweest, wordt het wetgevingsadvies in dit geval openbaar gemaakt voordat het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer is aangeboden.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,
Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,

Mr. W.B.M. Tomesen
Lid van het College

¹ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 24 095, nr. 344, p. 4.

Bijlage bij de brief van het College bescherming persoonsgegevens van 7 oktober 2013

Advies van het College bescherming persoonsgegevens (CBP) over het concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (z2013-00718)

1. Inleiding

Bij brief van 30 augustus 2013 (door het CBP ontvangen op 2 september 2013) heeft uw ministerie het CBP op grond van het bepaalde in artikel 51, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) om advies gevraagd over het *concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet* (hierna: Tw).

Voorgesteld wordt het huidige artikel 11.7a van de Tw (de cookiebepaling) zo aan te passen dat de informatieplicht en het toestemmingsvereiste bij het plaatsen en lezen van gegevens in de randapparatuur van een gebruiker niet langer geldt in het geval dat plaatsen of lezen geen of slechts geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer. In de toelichting op het concept wetsvoorstel (Memorie van Toelichting; hierna: MvT) wordt verder van de gelegenheid gebruikt gemaakt om nog eens uiteen te zetten op welke wijze aan het toestemmingsvereiste kan worden voldaan. In het voorgestelde artikel 11.7a van de Tw zijn daarnaast enkele redactionele wijzigingen opgenomen ten aanzien van het rechtsvermoeden dat bij tracking cookies sprake is van een verwerking van persoonsgegevens.

2. Achtergrond

Artikel 11.7a van de Tw vormt de implementatie van artikel 5, derde lid, van de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie 2002/58/EG (hierna: e-Privacyrichtlijn), zoals gewijzigd bij de richtlijn burgerrechten 2009/136/EG. Op grond van dit artikel 11.7a dient - behoudens de in de wet opgenomen uitzonderingen - voorafgaande toestemming te worden verkregen van een gebruiker voor het plaatsen en lezen van cookies² in bijvoorbeeld zijn computer, smartphone of tablet, nadat hij duidelijk en volledig is geïnformeerd over het gebruik van cookies. Het huidige artikel 11.7a is op 5 juni 2012 in werking getreden. Het CBP heeft op 4 juni 2010 over de introductie van het artikel geadviseerd (z2010-475).³

Aanleiding voor de voorgestelde wetswijziging is 'ergernis over de effecten van de cookiebepaling'. Deze ergernis ziet volgens de MvT (p. 5) onder andere op het feit dat thans voor alle cookies, behalve zogeheten technisch noodzakelijke of functionele cookies⁴, toestemming

² Het artikel ziet ook op andere technieken, waaronder het gebruik van JavaScripts, Flash cookies en HTML5-local storage, waarbij gegevens in de randapparatuur van de gebruiker worden geplaatst en/of gelezen.

³ URL: http://www.cbpweb.nl/Pages/med_20100607_telecommunicatiewet.aspx.

⁴ Te weten, cookies die het uitsluitend doel hebben de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren, of die strikt noodzakelijk zijn om de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren (artikel 11.7a, derde lid, van de Tw).

moet worden verkregen. Daaronder vallen ook analytische cookies die door websitehouders bijvoorbeeld kunnen worden gebruikt om informatie te verkrijgen over het gebruik hun website.

Het CBP heeft zich in het verband van de Artikel 29-werkgroep, het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders, op het standpunt gesteld dat het passend zou zijn als de Europese wetgever overweegt een derde uitzondering toe te voegen voor zogenoemde *first party* analytische cookies met geringe privacygevolgen ten behoeve van geanonimiseerde en geaggregeerde statistieken.⁵

Tijdens het opstellen van het concept wetsvoorstel is uitvoerig contact geweest tussen medewerkers van uw ministerie en zowel medewerkers van het CBP als medewerkers van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM).

Uw ministerie heeft van 20 mei tot en met 1 juli 2013 een internetconsultatie gehouden over het concept wetsvoorstel.

3. Inhoud wetsvoorstel

Uw ministerie vraagt het CBP om advies over het concept wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a van de Tw (de cookiebepaling).

Artikel 11.7a van de Tw komt te luiden:

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*

⁵ WP29 194, Advies 04/2012 over ontheffing van de toestemmingsverplichting voor cookies van 7 juni 2012, p. 12.

analyseren zodat de betrokken gebruiker of abonnee anders behandeld kan worden, 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.

4. Wettelijk kader

In het kader van zijn adviestaak gaat het CBP na of rekening is gehouden met (onder andere) artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, artikel 10 van de Grondwet, de algemene privacyrichtlijn 95/46/EG (hierna: Privacyrichtlijn), waarvan de Wbp een uitwerking vormt, en de e-Privacyrichtlijn.

5. Beoordeling

Algemeen oordeel

1. Het CBP begrijpt de redenen die voor de voorgestelde wetswijziging worden aangevoerd. Het CBP is in algemene zin van oordeel dat aan de voorgestelde uitbreiding van de uitzondering voor cookies met geringe privacygevolgen materieel (inhoudelijk) geen bezwaarlijke gevolgen kleven voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker of abonnee, mede gezien het samenspel tussen de Wbp en de Tw.
2. Het CBP is van oordeel dat aan de voorgestelde redactionele wijzigingen met betrekking tot het rechtsvermoeden dat bij tracking cookies sprake is van een verwerking van persoonsgegevens geen bezwaarlijke gevolgen kleven voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker of abonnee.
3. Het CBP is van oordeel dat het meerwaarde heeft dat in de MvT van de gelegenheid gebruikt wordt gemaakt "om nog eens goed uiteen te zetten op welke wijze aan de toestemmingseis kan worden voldaan."⁶ Het CBP onderschrijft de in de MvT gegeven uitleg van de term 'toestemming'. Het CBP heeft nog wel een aantal aandachtspunten.
4. Het CBP heeft een aantal opmerkingen over de normadressaten, mede gelet op het samenspel tussen de Wbp en de Tw.

⁶ Zie *Kamerstukken II 2012/13, 24 095, nr. 344, p. 4.*

Specifieke aandachtspunten

Cookies met geringe privacygevolgen MvT, p. 6-10

Het CBP constateert met instemming dat in de MvT (p. 7-8) duidelijk staat vermeld dat waar het plaatsen en lezen van cookies meer dan geringe gevolgen kan hebben voor de persoonlijke levenssfeer, zoals bij het gebruik van tracking cookies hoe dan ook het geval, dit niet is toegestaan zonder toestemming van de gebruiker. Dit blijft in het voorgestelde artikel 11.7a van de Tw gewaarborgd.

Het CBP heeft de volgende aanvulling ten aanzien van analytische cookies. Analytische cookies die dezelfde unieke *identifier* gebruiken op meerdere websites zijn **geen** voorbeeld van cookies die worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij met geringe privacygevolgen. Het betreffen tracking cookies waarmee het surfgedrag wordt gevolgd zodat interesseprofielen van de gebruiker kunnen worden opgesteld.⁷

Het CBP adviseert de MvT met dit voorbeeld van niet uitgezonderde analytische cookies te verduidelijken en aan te vullen.

Samenspel Wbp en Tw MvT, p. 5, 7, 11-12, 16, 18-19 en 21

Informatievereiste (MvT, p. 10-11)

De cookiebepaling in de Tw schrijft voor dat voorafgaand aan het verkrijgen van toestemming voor het plaatsen of lezen van cookies, de gebruiker duidelijk en volledig wordt geïnformeerd 'overeenkomstig de Wbp', en in ieder geval over de doeleinden voor het gebruik van de cookies. In de MvT (p. 10) wordt - onder aanhaling van de Opinie 2/2010 van de Artikel 29-werkgroep over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising') van 22 juni 2010 - verwezen naar 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"*.

Het CBP heeft de volgende aanvulling. De informatie moet op een direct zichtbare plek op de website worden getoond en het taalgebruik moet aansluiten bij de doelgroep van de website (en Nederlandstalig zijn). Informeren door middel van een verwijzing naar algemene voorwaarden,

⁷ Zie ook Rapport definitieve bevindingen CBP Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens met of door een Philips smart tv door TP Vision Netherlands B.V. van 2 juli 2013 (z2012-00605), p. 57-58. URL: http://www.cbpreweb.nl/downloads_pb/pb_20130822-persoonsgegevens-smart-tv.pdf.

privacy statements etc. is onvoldoende.⁸ Het CBP wijst erop dat de ACM aanbeveelt om in de informatie alle cookies en/of andere technieken te benoemen en toe te lichten.⁹

Het CBP adviseert de passage in de MvT over het informatievereiste hiermee aan te vullen.

Grondslag in de Wbp (MvT, p. 5, 7, 12, 16 en 18-19)

Één van de eisen die aan het verwerken van persoonsgegevens wordt gesteld, is dat er altijd een wettelijke rechtvaardigingsgrond (grondslag) voor de gegevensverwerking moet bestaan. Zoals in de MvT (p. 18-19) wordt uiteengezet, hebben artikel 11.7a van de Tw (de cookiebepaling) en artikel 8 van de Wbp (grondslag) niet hetzelfde karakter (te weten: vertrouwelijkheid van communicatie/integriteit van gegevens opgeslagen in randapparatuur respectievelijk bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer) en (ten dele) niet hetzelfde toepassingsbereik (de cookiebepaling is niet beperkt tot persoonsgegevens). Er is geen sprake van een *lex specialis*-situatie: een bijzondere wet die altijd voorrang krijgt boven een algemene.¹⁰ De bepalingen staan naast elkaar en de verplichtingen daarin moeten dus allebei worden nagekomen.¹¹

Het CBP onderschrijft (zie MvT, p. 18) dat het waarschijnlijk is dat de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking in het geval van cookies met geringe privacygevolgen waarmee persoonsgegevens worden verwerkt een beroep kan doen op de grondslag in artikel 8, aanhef en onder f, van de Wbp, nu aan de voorgestelde uitzondering op de cookiebepaling en deze grondslagbepaling eenzelfde soort belangenafweging ten grondslag ligt.

Rechtsvermoeden MvT, p. 5, 12, 16-17 en 19

In de MvT (p. 17) staat vermeld over de redactionele wijzigingen met betrekking tot het rechtsvermoeden (dat bij tracking cookies sprake is van een verwerking van persoonsgegevens) dat de formulering van de categorie handelingen die onder het rechtsvermoeden vallen, is aangescherpt zodat het niet van toepassing is op bijvoorbeeld analytische en *affiliate* cookies die onder de uitzondering voor cookies met geringe privacygevolgen vallen: “*De privacygevolgen bij*

⁸ Zie ook WP29 171. Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag (‘behavioural advertising’) van 22 juni 2010, p. 28 en de wetsgeschiedenis van artikel 11.7a, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 80.

⁹ ACM, Veelgestelde vragen over de cookieregels, Versie juli 2013, p. 6.

¹⁰ Vgl. o.a. overweging 10 van de e-Privacyrichtlijn: “*In de sector elektronische communicatie is Richtlijn 95/46/EG van toepassing, met name op alle aangelegenheden met betrekking tot de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden die niet specifiek onder het bepaalde in deze richtlijn vallen, met inbegrip van de plichten van de verantwoordelijke en de rechten van personen (...)*”, (onderstreping toegevoegd door het CBP).

¹¹ Het CBP zal via *Questions and Answers* (Q&A’s) op zijn website inzicht geven in de invloed en gevolgen van de voorgestelde wetwijziging voor de uitleg van de Wbp in zijn toezichts- en handhavingspraktijk als het gaat om het gebruik van cookies waarmee persoonsgegevens worden verwerkt.

het gebruik van tracking cookies zijn de voornaamste reden geweest om het rechtsvermoeden te introduceren. Het is daarmee ook de bedoeling geweest alleen cookies die dergelijke privacygevolgen met zich meebrengen, onder het rechtsvermoeden te laten vallen.”

Het CBP is van oordeel dat aan de voorgestelde redactionele wijzigingen met betrekking tot het rechtsvermoeden dat bij tracking cookies sprake is van een verwerking van persoonsgegevens geen bezwaarlijke gevolgen kleven voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker of abonnee.

Het rechtsvermoeden is geïntroduceerd bij amendement. Uit de toelichting op het amendement kan worden opgemaakt dat het met name is bedoeld voor tracking cookies.¹² In de MvT (p. 8) worden tracking cookies omschreven als cookies waarmee het surfgedrag wordt gevolgd zodat gedrags- en interesseprofielen van de gebruiker kunnen worden opgesteld. De voorgestelde wijzigingstekst ‘zodat de betrokken gebruiker of abonnee anders behandeld kan worden’ raakt de kern van deze omschrijving. Profileren houdt in het verzamelen, analyseren en combineren van (persoons)gegevens met als doel iemand in te delen in een bepaalde categorie, zijn of haar gedrag te voorspellen of een beslissing over hem/haar te nemen, zoals het aanbieden of juist onthouden van bepaalde informatie of aanbiedingen.¹³

Het rechtsvermoeden heeft tot gevolg dat tenzij de plaatser/lezer van tracking cookies bewijst dat hij géén persoonsgegevens verwerkt, hij aan de eisen van de Wbp moet voldoen. *Materieel* veranderen de voorgestelde redactionele wijzigingen met betrekking tot het rechtsvermoeden niets aan de definitie of reikwijdte van het begrip ‘persoonsgegevens’ in de zin van de Wbp.¹⁴

Uitleg van de term ‘toestemming’ MvT, p. 11-15 en 20-22

Het CBP onderschrijft de in de MvT gegeven uitleg van de term ‘toestemming’ in algemene zin. Het CBP bevestigt dat onder omstandigheden ook uit het gedrag van de betrokken gebruiker diens toestemming kan worden afgeleid, waarbij geldt dat toestemming altijd moet zijn gebaseerd op een voorafgaande vrije, specifieke en geïnformeerde keuze van de gebruiker en moet blijken uit een actieve handeling. Toestemming kan niet worden afgeleid uit het uitblijven van een actie. Wil er sprake zijn van ondubbelzinnige toestemming, dan dient elke twijfel te zijn uitgesloten over de vraag of de gebruiker zijn toestemming heeft gegeven en voor welke specifieke verwerkingen. Dat betekent, zoals ook in de MvT wordt uitgelegd, dat het duidelijk moet zijn dat hij een keuze heeft gehad om in te stemmen of te weigeren.¹⁵ Het CBP heeft nog wel een aantal aandachtspunten.

¹² Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 39, p. 2: “Ook wanneer niet kan worden bewezen dat in de strikte zin van het woord persoonsgegevens worden verzameld of verwerkt, worden de bedoelde handelingen aangemerkt als het verzamelen of verwerken van persoonsgegevens. Daarmee gaat voor deze categorie handelingen, waarvan het plaatsen en uitlezen van zogeheten tracking cookies de meest bekende is, het strengere regime van de Wbp gelden. Dat wil zeggen dat de gebruiker een ondubbelzinnige toestemming moet verstrekken.”

¹³ Zie ook URL: <http://www.mijnprivacy.nl/Vraag/profilering/Paginas/Profilering.aspx>.

¹⁴ Vgl. ook de wetsgeschiedenis van artikel 11.7a, Kamerstukken I 2011/12, 32 549, E, p. 5.

¹⁵ Zie ook Kamerstukken II 2012/13, 24 095, nr. 355.

Vrije toestemming MvT, p. 13-14 en 22

In de MvT (p. 13) staat in de passage over het fenomeen ‘cookiemuur’ vermeld dat ofschoon het de websitehouder in beginsel vrij staat 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 anders kan 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 op ‘Ik geef toestemming’ of een knop van soortgelijke strekking klikt. Als voorbeeld wordt genoemd “*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 telefontelefoon-aanbieder) niet kan uitoefenen (...)*”, (MvT, p. 13).

De MvT gaat in deze passage in op de verhouding tussen het element ‘vrij’ in de definitie van toestemming én overweging 25 van de e-Privacyrichtlijn (volgens de MvT: de mogelijkheid om de toegang tot een website volledig afhankelijk te maken van het accepteren van cookies). ‘Vrij’ betekent, zoals ook in de MvT wordt uitgelegd, dat de betrokken gebruiker een werkelijke keuze moet hebben: in vrijheid zijn wil moet kunnen uiten, zonder economische dwang (bijvoorbeeld ongelijke machtsverhoudingen/een situationeel monopolie).¹⁶ Het CBP merkt op dat de betreffende overweging 25 van de e-Privacyrichtlijn echter luidt dat aan ‘toegang tot *specifieke inhoud* van een website’ de voorwaarde kan worden verbonden dat een cookie, indien gebruikt voor een legitiem doel, bewust wordt aanvaard.¹⁷

Het CBP begrijpt de verwijzing in de MvT (p. 13) naar ‘een wettelijk recht’ aldus dat daaronder ook het inzage-recht valt (artikel 35 van de Wbp). Een situatie waarin betrokkenen geen inzage kunnen krijgen in hen betreffende persoonsgegevens in een (uitsluitend) online inzage systeem zonder tracking cookies te moeten accepteren is niet verenigbaar met het vereiste van vrije toestemming.

Het CBP adviseert in de passage in de MvT over de cookiemuur nadere aandacht te schenken aan de betekenis van de zinsnede ‘toegang tot *specifieke inhoud* van een website’ in overweging 25 van de e-Privacyrichtlijn.

¹⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 65 en WP29 187, Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming” van 13 juli 2011, p. 14-15. Zie in dezelfde zin Conclusie A-G HvJ EU 17 juni 2010, zaken C-92/09 en C-93/09 (*Volker und Markus Schecke en Hartmut Eifert*), r.o. 82: “(...) een aanzienlijke economische dwang [zou, toevoeging door het CBP] volgens mij kunnen volstaan om de toestemming tot een niet-vrijwillige te maken (zodat geen sprake is van ‘vrije wilsuiting’ in de zin van artikel 2, sub h, van richtlijn 95/46).”

¹⁷ De Engelse en Duitse tekstversie luiden: “(...) Access to specific website content may still be made conditional on the well-informed acceptance of a cookie or similar device, if it is used for a legitimate purpose.” En: “Der Zugriff auf spezifische Website-Inhalte kann nach wie vor davon abhängig gemacht werden, dass ein Cookie oder ein ähnliches Instrument von einer in Kenntnis der Sachlage gegebenen Einwilligung abhängig gemacht wird, wenn der Einsatz zu einem rechtmäßigen Zweck erfolgt.”

Specifieke toestemming (MvT, p. 11, 14-15 en 21)

In de MvT (p. 14-15) wordt ingegaan op gedifferentieerde toestemming als *best practice*: *“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 toestemming kan verlenen. 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.”*

Het CBP heeft de volgende opmerking over de kwalificatie ‘best practice’. In de Opinie 15/2011 van de Artikel 29-werkgroep over de definitie van “toestemming” is opgemerkt over gedifferentieerde toestemming: *“Voor de toestemming die met betrekking tot de verschillende elementen van een verwerking wordt verleend, bestaat het vereiste van gedifferentieerdheid: de toestemming kan niet worden geacht betrekking te hebben op “alle gerechtvaardigde doeleinden” van de voor de verwerking verantwoordelijke. Verder kan zij kan alleen betrekking hebben op verwerkingen die gezien het doeleinde ervan redelijk en noodzakelijk zijn.”*¹⁸ En: *“Aan de toegang tot sociale netwerken is vaak de voorwaarde verbonden dat de gebruiker instemt met verschillende soorten gegevensverwerkingen. Om zich bij een sociaal netwerk te kunnen inschrijven, moet de gebruiker bijvoorbeeld instemmen met het ontvangen van advertenties die op zijn surfgedrag zijn gebaseerd (behavioural advertising), zonder nadere omschrijving of alternatieven. Gezien het belang dat sommige sociale netwerken bij bepaalde categorieën van gebruikers hebben (zoals tieners), zullen gebruikers uit deze categorieën met de ontvangst van die advertenties instemmen om niet gedeeltelijk van sociale interacties te worden uitgesloten. De gebruiker moet zijn besluit over het al dan niet verlenen van toestemming voor de ontvangst van bedoelde advertenties, in vrijheid en gericht kunnen nemen, zodat er in voorkomend geval sprake is van een vrije en specifieke toestemming. Dat betekent onder meer dat zijn toegang tot het netwerk niet afhankelijk wordt gesteld van die toestemming. De mogelijkheid om in te stemmen met de ontvangst van advertenties zou via een pop-up kunnen worden geboden”,* (onderstreping toegevoegd door het CBP).¹⁹ Onder omstandigheden is gedifferentieerde toestemming voor social media en advertentiecookies daarom geen best practice, maar een vereiste.

Het CBP adviseert in de passage in de MvT over specifieke toestemming te verduidelijken en aan te vullen dat onder omstandigheden gedifferentieerde toestemming voor social media en advertentiecookies geen best practice, maar een vereiste kan zijn.

¹⁸ WP29 187, Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming” van 13 juli 2011, p. 20.

¹⁹ WP29 187, Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming” van 13 juli 2011, p. 21.

Uitleg van de term 'ondubbelzinnige toestemming' MvT, p. 4-5, 12, 16 en 18-19

Het CBP constateert met instemming dat in de MvT (p. 12) wordt uitgelegd dat wil er sprake zijn van ondubbelzinnige toestemming, elke twijfel dient te zijn uitgesloten over de vraag of de gebruiker zijn toestemming heeft gegeven en voor welke specifieke verwerkingen. Dat betekent dat het duidelijk moet zijn dat hij een keuze heeft gehad om in te stemmen of te weigeren.

Het CBP heeft de volgende aanvulling. Het is in algemene zin voor een gemiddelde gebruiker niet zonder meer duidelijk of vanzelfsprekend dat er een (gedeeltelijke) weigermogelijkheid verscholen gaat achter een knop of link 'Meer informatie' of iets van soortgelijke strekking. Daardoor is zonder heldere weigermogelijkheid geen sprake van een duidelijke keuzemogelijkheid voor gebruikers om in te stemmen met een voorgenomen gegevensverwerking, of deze te weigeren.

Het CBP adviseert de passage in de MvT over ondubbelzinnige toestemming met dit voorbeeld te verduidelijken en aan te vullen.

Normadressaten MvT, p. 7-9, 15-16 en 20

Normadressaat in de Tw (MvT, p. 8-9, 15 en 20)

In de MvT (p. 15) wordt de normadressaat van artikel 11.7a van de Tw als volgt omschreven: *"De bepaling in het eerste lid richt zich tot degene die de informatie op het randapparaat opslaat dan wel tot degene die zich toegang verschaft tot informatie op het randapparaat. Deze plaatsers 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 de MvT (p. 8 en voetnoot 6) worden als voorbeeld genoemd (i) de websitehouder die zelf 'first party' analytische cookies plaatst en leest én (ii) de derde partij die door de websitehouder geplaatste (en dus 'first party') analytische cookies uitleest: *"Aangezien in dit voorbeeld de derde informatie van het randapparaat van een gebruiker leest, valt de derde (naast de websitehouder, die de cookie plaatst) zelfstandig onder de norm in artikel 11.7a, eerste lid. Op hem rust dan ook een opzichzelfstaande verplichting om te informeren en de cookies niet te lezen voordat daarvoor toestemming van de gebruiker is verkregen, tenzij deze cookie onder de uitzondering valt."* In de MvT (p. 9) staat als voorbeeld van 'third party cookies' vermeld: *"Voorbeeld: De houder van een website schakelt de diensten van een statistiekenleverancier in om het gebruik van zijn website in kaart te kunnen brengen. De statistiekenleverancier plaatst daartoe analytic cookies bij de bezoeker van deze website. Dit zijn zogeheten third party cookies als deze worden geplaatst vanuit een ander domein dan dat van de door de internetgebruiker bezochte website", (onderstreping toegevoegd door het CBP).*

Het CBP heeft de volgende opmerkingen.

De termen 'first' en 'third party cookies' zijn in de MvT niet (duidelijk) gedefinieerd. Er is zowel een juridische als een technische definitie van first en third party cookies. Deze twee definities overlappen vaak, maar niet altijd. De term 'first party cookie' wordt *technisch* gebruikt voor een

cookie dat is geplaatst vanuit het domein van de bezochte website. Een *technische* third party cookie is een cookie dat is geplaatst door een website die tot een ander domein behoort dan de bezochte website. De term 'first party cookie' wordt *juridisch* gebruikt voor een cookie dat is geplaatst door de voor het plaatsen/lezen verantwoordelijke (of een daaraan gelieerde bewerker) die de door de gebruiker bezochte website exploiteert (zoals blijkt uit de URL die in de adresbalk van de browser te zien is). Onder third party cookie wordt *juridisch* verstaan: een cookie dat is geplaatst door een andere voor het plaatsen/lezen verantwoordelijke dan die de door de gebruiker bezochte website exploiteert.²⁰

In het hierboven aangehaalde voorbeeld over de derde partij die door de websitehouder geplaatste (en dus 'first party') analytische cookies uitleest, lijken de termen 'first' en 'third party cookies' in juridische en in technische zin door elkaar te worden gebruikt. Er wordt verwezen naar een juridische 'derde partij' die een technisch 'first party cookie' uitleest.

Om verwarring te voorkomen over de gehanteerde definitie van first en third party cookies adviseert het CBP in de passages in de MvT over de normadressaat consequent de juridische definitie van first en third party cookies te gebruiken. Ook de wetsgeschiedenis van het huidige artikel 11.7a wijst op een juridische uitleg van het verschil tussen first en third party cookies: *"Hoewel in technische zin het de door de gebruiker gebruikte browser (of andere programmatuur) is die de gegevens opslaat in de randapparatuur, en niet degene die deze gegevens aanbiedt via zijn site, wordt onder het plaatsen van gegevens in de zin van het eerste lid verstaan het aanbieden van gegevens met als doel dat deze worden opgeslagen in de randapparatuur. De verplichtingen op grond van artikel 11.7a rusten op degene die verantwoordelijk is voor het plaatsen van gegevens in de randapparatuur en het verkrijgen van toegang tot de in de randapparatuur opgeslagen gegevens. Dit is niet altijd degene die verantwoordelijk is voor de door de gebruiker bezochte site (domein) of gevraagde dienst"*, (onderstreping toegevoegd door het CBP).²¹

Het CBP adviseert in de passages in de MvT over de normadressaat consequent de juridische definitie van first en third party cookies te hanteren.

Normadressaat in de Wbp (MvT, p. 7 en 18)

In de MvT (p. 18) staat vermeld: *"De cookieplaatser heeft een gerechtvaardigd belang bij het verkrijgen van informatie over de effectiviteit of de kwaliteit van een dienst van de informatiemaatschappij, terwijl daar geen grote gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene tegenover staan."*

De Wbp richt zich niet tot de plaatser/lezer van de cookies, maar neemt onder andere de term 'verantwoordelijke' tot uitgangspunt. Op grond van artikel 1, aanhef en onder d, van de Wbp is de verantwoordelijke de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of te zamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt.

²⁰ Zie in dezelfde zin WP29 194, Advies 04/2012 over ontheffing van de toestemmingsverplichting voor cookies van 7 juni 2012, p. 5.

²¹ *Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 80.*

Het CBP adviseert in bovenstaand citaat uit de MvT het woord ‘cookieplaatser’ te vervangen door ‘voor het plaatsen/lezen verantwoordelijke of een derde aan wie de gegevens worden verstrekt’.

Bevoegdheid CBP

In de MvT (p. 10, 14, 18 en 22) wordt gerefereerd aan de ACM als de toezichthouder op de cookiebepaling.²²

Volgens artikel 51, eerste lid, van de Wbp ziet het CBP toe op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij en krachtens de wet bepaalde. Dit artikel brengt tot uitdrukking dat de toezichthoudende taak van het CBP niet is beperkt tot het terrein van de Wbp, maar zich ook uitstrekt tot andere wetten, algemene maatregelen van bestuur en andere regelingen op grond waarvan persoonsgegevens worden verwerkt. Het CBP ziet aldus toe op de naleving van de bepalingen van de Wbp en van hoofdstuk 11 van de Tw voor zover het gaat om de verwerking van persoonsgegevens.²³ Dit betekent dat cookies binnen het toezichtsveld van zowel de ACM als het CBP (kunnen) vallen. Zogeheten tracking cookies, bijvoorbeeld, zijn conform het rechtsvermoeden in artikel 11.7a van de Tw persoonsgegevens. Het CBP en de ACM hebben een Samenwerkingsprotocol met werkafspraken over dubbel toezicht en een consistente uitleg van specifieke privacybegrippen voor een geval als hier aan de orde.²⁴ Het CBP richt zich in lijn met het Samenwerkingsprotocol in zijn toezichts- en handhavingspraktijk primair op tracking cookies waarmee persoonsgegevens worden verwerkt.

Het CBP adviseert de MvT met deze beschrijving van de verhouding tussen de toezichthouders te verduidelijken en aan te vullen.

Tekstuele opmerkingen

Het CBP geeft u de volgende tekstuele aanpassingen in overweging:

1. MvT, p. 4: ‘richtlijn 95/46/EG (hierna: de Algemene privacyrichtlijn)’ in plaats van ‘Algemene privacyrichtlijn’
2. MvT, p. 4: ‘College Bescherming Persoonsgegevens (CBP)’ moet zijn ‘College bescherming persoonsgegevens (CBP)’
3. MvT, p. 5: “(...) hij aan de eisen van de Wbp moet voldoen” in plaats van “(...) hij aan de eisen van artikel 8 van de Wbp moet voldoen”
4. MvT, p. 8: “Analytic cookies kunnen 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” in plaats van “Analytic cookies worden gebruikt om (...)”

²² De ACM is op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Tw belast met het toezicht op (onder andere) de naleving van artikel 11.7a van de Tw.

²³ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 7, p. 53-54.

²⁴ Samenwerkingsprotocol CBP-OPTA van 12 juli 2005, *Stcrt.* 2005, 133.

5. MvT, p. 11 e.v.: 'werkgroep' moet zijn 'Artikel 29-werkgroep'
6. MvT, p. 11: "(...) 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" moet zijn "(...) de definitie in artikel 2 van de Algemene privacyrichtlijn"
7. MvT, p. 12, voetnoot 12: 'de toelichting op het derde lid (paragraaf 6)' moet zijn 'de toelichting op het vierde lid (...)'
8. MvT, p. 13: 'Richtlijn burgerrechten 2009/136/EG' in plaats van 'richtlijn Burgerrechten'
9. MvT, p. 17: "(...), maar dit geldt dan uitsluitend nog voor de cookies die meer dan geringe gevolgen hebben voor de privacy van bezoekers" in plaats van "(...) de cookies die gevolgen hebben voor de privacy van bezoekers"
10. MvT, p. 17: "Door alleen aandacht te vragen voor de cookies die wel meer dan geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer" in plaats van "(...) de cookies die wel gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer"
11. MvT, p. 17: "(...) dat er op grond van artikel 11.7a niet langer hoeft te worden geïnformeerd en dat niet langer toestemming van de bezoeker nodig is" in plaats van "(...) dat er niet langer hoeft te worden geïnformeerd en dat niet langer toestemming van de bezoeker nodig is"
12. MvT, p. 20: 'artikel 5.1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht' moet zijn 'artikel 5:1, tweede lid,'

6. Dictum

Het CBP adviseert u aan het vorenstaande op passende wijze aandacht te schenken.