

Ministerie van Economische Zaken

> Retouradres Postbus 20401 2500 EK Den Haag

De Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 4
2513 AA 's-GRAVENHAGE

**Directoraat-generaal
Energie, Telecom &
Mededinging**
Directie Telecommarkt

Bezoekadres
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

Postadres
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Factuuradres
Postbus 16180
2500 BD Den Haag

Overheidsidentificatienr
00000001003214369000

T 070 379 8911 (algemeen)
www.rijksoverheid.nl/ez

Ons kenmerk
DGETM-TM / 13087300

Datum

Betreft consultatie cookiebepaling en de beantwoording van een tweetal vragen

Geachte Voorzitter,

Hierbij informeer ik uw Kamer over het feit dat op 20 mei aanstaande de openbare consultatie start van het wetsvoorstel waarmee artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (de zogenoemde cookiebepaling) wordt gewijzigd. Ook zal ik hieronder een tweetal vragen beantwoorden die in het Algemeen Overleg van 13 februari zijn gesteld door het lid De Liefde over de reclame-inkomsten van de publieke omroep en over de wijze waarop de Autoriteit Consument & Markt (ACM) in het licht van de cookiebepaling omgaat met omgaat met buitenlandse websites.

Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 11.7a Telecommunicatiewet (cookiebepaling)

In het Algemeen Overleg met de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer van 21 november 2012 is door diverse fracties aandacht gevraagd voor de effecten van de cookiebepaling, artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet. Artikel 11.7a bepaalt dat voor het plaatsen en lezen van cookies toestemming nodig is van de internetter en dat deze toestemming moet worden verkregen nadat de internetter hierover duidelijk en volledig is geïnformeerd. Artikel 11.7a vormt de implementatie van artikel 5, derde lid, van de Bijzondere Privacyrichtlijn. De bepaling heeft als doel de privacy van internetgebruikers te beschermen. De gedachte achter de bepaling is dat de informatie op de computer of smartphone deel uitmaakt van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker.

De informatieplicht en het toestemmingsvereiste in artikel 11.7a hebben in de praktijk vooral gevolgen voor het gebruik van cookies. Bij het gebruik van cookies wordt informatie op de computer van een internetgebruiker geplaatst en gelezen. Volgens de wet moet hier altijd over worden geïnformeerd en mag dit niet gebeuren zonder toestemming van de gebruiker, behalve als het om technisch noodzakelijke cookies gaat. Maar er zijn meer typen cookies die geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de privacy van de internetgebruiker, bijvoorbeeld *analytic cookies*. Deze cookies worden door websitehouders gebruikt om informatie te verkrijgen over het gebruik van hun website, om daarmee de kwaliteit van hun website te kunnen verbeteren.

Deze veel gebruikte cookies hebben, mits ze niet ook voor andere doelen gebruikt worden, nauwelijks gevolgen voor de privacy maar zijn wel van groot belang voor de kwaliteit van de geboden website.

In het Algemeen Overleg werd naar voren gebracht dat de implementatie van de cookiebepaling heeft geleid tot ergernis bij veel internetters. Een van de oorzaken daarvan is dat internetters ook om toestemming wordt gevraagd in situaties waarbij de privacy niet in het geding is. Dat is niet in het belang van de privacybescherming. In het Algemeen Overleg verzocht het lid Verhoeven mij dan ook om een uitzondering te maken voor analytic cookies, omdat daarbij de privacy van internetters niet in het geding is.

Zoals ik de Kamer al heb laten weten bij brieven van 20 december 2012 en 5 februari 2013, ben ik het met de Kamer eens dat het gezien de doelstelling van de cookiebepaling, bescherming van de privacy, niet nodig zou moeten zijn om voor het plaatsen en lezen van analytic cookies toestemming te vragen. Ik heb daarom met ACM-voorganger OPTA gekeken naar mogelijkheden om analytic cookies uit te zonderen. Daarbij kwamen wij tot de conclusie dat de bestaande wettelijke uitzonderingen opgenomen in het derde lid van artikel 11.7a geen ruimte bieden om analytic cookies uit te zonderen. De enige mogelijkheid binnen de huidige wet was dat OPTA het gebruik van dit type cookies zou gedogen. Websitehouders en internetgebruikers zijn echter naar mijn overtuiging beter geholpen met een meer structurele, rechtszekere en toekomstbestendige oplossing, en daarvoor is het nodig om de wet te wijzigen. Tegen deze achtergrond heb ik een concept wetsvoorstel opgesteld.

Internetconsultatie

Het concept wetsvoorstel tot wijziging van artikel 11.7a wordt vanaf 20 mei geconsulteerd op internetconsultatie.nl. Om te komen tot een duurzame en structurele oplossing heb ik gezocht naar een techniekneutrale formulering van de uitzondering voor cookies waarvoor gelet op 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 Wet bescherming persoonsgegevens (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'.

De bepaling kijkt ten eerste naar het belang bij de verwerking van persoonsgegevens: dat moet een gerechtvaardigd belang zijn. 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 belangen zijn als uitgangspunt genomen voor de uitbreiding van de uitzondering in het derde lid van de cookiebepaling die in dit wetsvoorstel wordt geïntroduceerd. Onder de uitgebreide uitzondering vallen cookies die worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij, *mits* dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker. Hierbij is dus gekeken naar zowel het gerechtvaardigde belang bij het gebruik van bepaalde 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 (het gebruik van deze cookies mag geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de privacy van de internetgebruiker).

Het privacybelang van de internetter blijft met andere woorden ook in de voorgestelde cookiebepaling voorop staan. Ook blijft naast de cookiebepaling de Wet bescherming persoonsgegevens onverminderd gelden in gevallen dat met cookies persoonsgegevens worden verwerkt.

Cookies onder de nieuwe uitzondering

In de memorie van toelichting bij het concept wetsvoorstel worden voorbeelden genoemd van cookies die worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij en die -onder bepaalde voorwaarden- geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de privacy en dus onder de uitzondering zullen vallen. Over het gebruik van deze cookies hoeft niet te worden geïnformeerd en voor het plaatsen en lezen hoeft geen toestemming meer te worden gevraagd.

Uiteraard geldt dit op de eerste plaats voor de analytic cookies. Deze worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij (de website). Als analytic cookies alleen worden gebruikt om het gebruik van de website in kaart te brengen en te analyseren zijn de privacygevolgen gering. Dan hoeft hierover niet te worden geïnformeerd en hoeft geen toestemming worden gevraagd. Dit geldt voor zowel first party analytic cookies als third party analytic cookies: beiden kunnen onder de uitzondering vallen. Daarvoor is het wel noodzakelijk dat deze cookies, of de daarmee gegenereerde gegevens, niet ook - door de websitehouder of de derde - worden gebruikt voor andere doeleinden die wel meer dan geringe gevolgen voor de privacy hebben, zoals het opstellen van profielen.

De websitehouder die zijn gebruiksgegevens uit analytic cookies deelt met een derde moet tegen deze achtergrond - om onder de uitzondering te vallen - met de derde een (bewerkers)overeenkomst sluiten waarin wordt 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. Doet hij dit niet, dan blijft voor het gebruik van deze cookies de informatieplicht en het toestemmingsvereiste gelden.

Naast analytic cookies gaat de toelichting ook in op de zogenoemde *A/B testing cookies* en *affiliate cookies*. Bij *A/B testing cookies* worden cookies geplaatst en gelezen om te kijken welke versie van een bepaalde reclame of website (versie A of B), beiden een dienst van de informatiemaatschappij, het beste door het publiek wordt gewaardeerd, en dus het effectiefst zijn. *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 een advertentie voor een bepaald product. Op het moment dat een bezoeker via een webwinkel dit product heeft aangeschaft, wordt bekeken of de bezoeker tot deze aankoop is overgegaan na het zien van de advertentie waarbij de affiliate cookie is geplaatst. Indien dit het geval is, en de advertentie dus effectief is geweest, ontvangt de partij die de advertentie heeft vertoond een commissie van de verkoper van het product.

Zowel de *A/B testing cookie* als de *affiliate cookie* zijn niet bedoeld om informatie te verzamelen over de gebruiker, maar over de advertentie respectievelijk de affiliate: welke advertentie werkt het beste; welke affiliate heeft recht op de beloning omdat zijn advertentie heeft geleid tot een verkoop. Indien de met de *A/B testing cookies* en de *affiliate cookies* verkregen informatie alleen voor deze doelen worden gebruikt, zal dit geen of nauwelijks gevolgen hebben voor de privacy van de internetgebruiker en vallen beide type cookies onder de uitzondering. Dan hoeft over het gebruik van deze cookies niet te worden geïnformeerd en hoeft hier geen toestemming voor te worden gevraagd. Als de met deze cookies verkregen informatie daarnaast ook voor andere doeleinden gebruikt wordt dan mag dit type gebruik niet meer dan geringe gevolgen hebben voor de privacy van de internetter. Anders moet alsnog geïnformeerde toestemming worden verkregen.

Tracking cookies: altijd informeren en toestemming vereist

Een duidelijk voorbeeld van een type cookie waarbij er meer dan geringe gevolgen zijn voor de privacy is de tracking cookie. Met deze cookies wordt individueel surfgedrag gevolgd om profielen op te stellen. Voor dit type cookies moet daarom altijd om toestemming worden gevraagd en de gebruiker moet hier duidelijk en volledig over worden geïnformeerd.

Daarnaast geldt bij tracking cookies het rechtsvermoeden dat hierbij persoonsgegevens worden verwerkt. Behoudens tegenbewijs zal de plaatser van tracking cookies daarom ook aan de Wet bescherming persoonsgegevens moeten voldoen.

Beoordelingsruimte ACM

De zojuist gegeven voorbeelden laten onverlet dat het aan de toezichthouder ACM is om per geval de ernst en omvang van de gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker te beoordelen. Ook zijn de gegeven 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.

Toestemming

In de toelichting op het concept wetsvoorstel wordt van de gelegenheid gebruikt gemaakt om nog eens goed uiteen te zetten op welke wijze aan de toestemmingseis kan worden voldaan. Daarbij wordt aangesloten op de opinies met betrekking tot toestemming van de zogenoemde Artikel 29-werkgroep, het advies- en overlegorgaan waarin de nationale privacytoezichthouders van alle lidstaten zijn verenigd.

Volgens de Artikel 29-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 Wet bescherming persoonsgegevens worden gebruikt) is het niet noodzakelijk dat deze handeling expliciet uiting geeft aan de wens om het gebruik van cookies te aanvaarden, zoals het klikken op een button 'ik geef toestemming' in een pop-up. Dit kan ook blijken uit minder expliciete handelingen. De werkgroep noemt in haar *Opinie*¹ 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.

¹ Opinion 15/2011, pagina 12.

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. Voor de duidelijkheid merk ik op dat de gegeven uitleg met betrekking tot het begrip toestemming ook al geldt ten aanzien van het huidige artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet. Immers voor wat betreft toestemming verschilt de huidige bepaling niet van het voorstel. Toestemming is en blijft: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat informatie op zijn computer wordt geplaatst of gelezen.

Verdere procedure

De consultatie van het wetsvoorstel tot aanpassing van de cookiewet wordt gehouden via het internet. Een ieder die dat wenst kan binnen een periode van zes weken reageren op het concept wetsvoorstel. Na afloop van die periode zullen de reacties op het wetsvoorstel worden verwerkt. Daarna zal zowel aan ACM als het College bescherming persoonsgegevens (CBP) gevraagd worden advies uit te brengen over het wetsontwerp. Hierna volgt advisering door de Raad van State. Ik verwacht dat het wetsontwerp in het najaar bij de Kamer kan worden ingediend.

Beantwoording vragen van het lid De Liefde

In het Algemeen Overleg van 13 februari is door het lid De Liefde gevraagd naar de wijze waarop OPTA (inmiddels ACM) in het licht van de cookiebepaling omgaat met buitenlandse websites. Artikel 11.7a Telecommunicatiewet is van toepassing op eenieder die gegevens plaatst of leest in de randapparatuur van een gebruiker in Nederland, ongeacht waar deze partij gevestigd is. Bepalend is dat deze norm tot doel heeft gebruikers in Nederland te beschermen. De informatieplicht en het toestemmingsvereiste gelden daarom zowel voor Nederlandse websites als voor buitenlandse websites die zich (mede) op Nederlandse gebruikers richten. Dat kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de aard van de aangeboden informatie, de mogelijkheid om producten in Nederland te laten bezorgen of uit de omstandigheid dat een website in de Nederlandse taal wordt aangeboden.

De ACM heeft aangegeven geen uitspraken te doen over individuele zaken en onderzoeken. De ACM heeft aangegeven dat zij haar handhaving in eerste instantie richt op de grofste overtredingen. Hierbij kan worden gedacht aan sites die zonder toestemming cookies plaatsen die een grote inbreuk op de privacy maken of lastig te verwijderen zijn. Hierbij wordt door de ACM geen onderscheid gemaakt in domeinen (.nl / .eu / .com / .net / etc.). Als de overtreder niet in Nederland, maar een andere lidstaat gevestigd is kan de ACM een zaak voorleggen aan de toezichthouder in die lidstaat.

Verder heeft het lid De Liefde gevraagd naar de hoogte van de reclame-inkomsten uit de websites van de Nederlandse Publieke Omroep. Uit informatie van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap blijkt dat de inkomsten van de Ster reclame op het internet de afgelopen jaren wisselend waren. De gemiddelde opbrengst ligt rond de € 4 miljoen per jaar.

(w.g.) H.G.J. Kamp
Minister van Economische Zaken