

Autoriteit Consument & Markt



De Minister van Economische Zaken
De heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK 'S-GRAVENHAGE

Den Haag,

17 OKT 2013

Aantal bijlage(n): 1

Uw kenmerk: DGETM-TM / 13148454

Ons kenmerk: ACM/DC/2013/203934

Contactpersoon: mr. D.P. de Haan | Desmond.de.Haan@acm.nl | (070) 722 21 71

Onderwerp: 13.0719.01 Uitvoeringstoets wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a Telecommunicatiewet (cookiebepaling)

Geachte heer Kamp,

Op 30 augustus heeft u het wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a Telecommunicatiewet (hierna: Tw) gestuurd aan de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) en verzocht tot het doen van een uitvoeringstoets ten aanzien van het wetsvoorstel en de bijbehorende Memorie van Toelichting (hierna: MvT). In deze brief zal ACM eerst kort stilstaan bij de ontwikkelingen die hebben geleid tot onderhavig voorstel. Daarna zal ACM ingaan op uw verzoek en treft u de uitvoeringstoets aan als bedoeld in artikel 6 van de Regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers. ACM heeft het wetsvoorstel onder andere getoetst op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. ACM is van mening dat uw ministerie met de voorgestelde gewijzigde bepaling recht tracht te doen aan de dynamiek van het internet en de bepaling daarmee uitvoerbaarder maakt. ACM heeft echter ook moeten constateren dat de voorgestelde wijzigingen op een aantal punten gevolgen zullen hebben voor de handhaafbaarheid van de bepaling, met in het bijzonder de consequenties voor handhaving ten aanzien van de (internationale) normadressaat.¹

De huidige cookiebepaling

Artikel 11.7a Tw is de Nederlandse uitwerking van artikel 5(3) uit de richtlijn 2009/136/EC. Deze bepaling beoogt een gebruiker van het internet meer controle te geven over het gebruik van zijn gegevens en daarmee controle over zijn privacy op het internet. Artikel 11.7a Tw is, in navolging van de richtlijn, duidelijk geformuleerd; er mag -behoudens twee uitzonderingen- geen informatie zoals bijvoorbeeld cookies² geplaatst of gelezen worden zonder dat is voldaan aan de informatieverplichting en het toestemmingsvereiste. Na de invoering van artikel 11.7a Tw op 5 juni 2012 hebben zowel website-eigenaren als ook gebruikers zich geconfronteerd gezien met de gevolgen van de bepaling. Website-eigenaren hebben maatregelen moeten treffen op hun websites om deze te laten voldoen aan de wettelijke vereisten. Gebruikers zijn voorts genoodzaakt een

¹ Omwille van de leesbaarheid wordt in deze brief de volgorde van het wetsvoorstel aangehouden. In de bijlage zijn tot slot een aantal kleinere suggesties en opmerkingen ten aanzien van het wetsvoorstel opgenomen.

² In deze brief is omwille van de leesbaarheid gekozen voor het woord cookies, echter ook andere onder artikel 11.7a Tw vallende technieken vallen onder dit begrip.



geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van het gebruik van cookies en daarmee in sommige gevallen ook over hun online privacy.

Aanpassing van de cookiebepaling

In de praktijk is gebleken dat de informatieverplichting en het toestemmingsvereiste weinig flexibel zijn ten opzichte van de dynamiek van het internet. De twee uitzonderingen voor de zogenaamde functionele cookies bieden daarnaast weinig differentiatie waardoor er niet snel sprake is van een uitzondering. Zo valt het gebruik van software om statistieken te maken over het gebruik van een website niet onder de uitzondering.³ Dit terwijl dergelijke cookies vaak slechts een geringe impact op de privacy hoeven te hebben.⁴

Eind 2012 heeft u het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit (hierna: OPTA), thans ACM, verzocht om te kijken naar bovenstaande problematiek en of OPTA mogelijkheden zag om *“op een wijze met analytische cookies om te gaan die past bij de geest van de wet en die recht doet aan de positieve bijdrage die dergelijke cookies kunnen leveren aan de kwaliteit van de diensten van de informatiemaatschappij.”* OPTA heeft positief gereageerd op uw voorstel om te kijken of er wellicht meer cookies, in het bijzonder de zogenaamde analytische cookies, onder de uitzonderingen van artikel 11.7a Tw gebracht zouden kunnen worden. OPTA heeft destijds echter geconstateerd onder de huidige regelgeving vooralsnog geen ruimte te zien om die cookies als functioneel te kunnen beschouwen.⁵ Nu de wet de gewenste ruimte niet biedt, heeft uw ministerie besloten tot het doen van een wetsvoorstel tot aanpassing van de bepaling en dit geconsulteerd.

ACM waardeert de mogelijkheid om een bijdrage te hebben kunnen leveren aan het aanpassen van de bepaling en het nader duiden van de bepaling door middel van een uitgebreide MvT. Op deze manier heeft ACM vooraf, vanuit haar rol als toezichthouder, de door haar opgebouwde kennis, inclusief de door haar geconstateerde knelpunten aan zowel de kant van de consument als die van de markt⁶, reeds kunnen delen met uw ministerie.

Voorgestelde wijziging van de bepaling

Uw ministerie heeft de cookiebepaling op twee punten gewijzigd; allereerst door het verruimen van de bestaande uitzonderingen voor functionele cookies. Voorts heeft u ervoor gekozen het per 1 januari inwerking getreden rechtsvermoeden uit artikel 11.7a, eerste lid, Tw een eigen lid te geven en om dit scherper te formuleren. Het verruimen van de uitzondering heeft gevolgen voor de werklust van ACM.

Verruimde uitzondering

De voorgestelde wijziging om de informatieverplichting en het toestemmingsvereiste bij het plaatsen en lezen van informatie op de randapparatuur van een gebruiker niet langer te laten gelden in het geval dat het gaat om cookies die gebruikt worden om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij en slechts geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer, lijkt een goede aanvulling op de huidige bepaling. ACM onderschrijft dat van deze wijziging verwacht mag worden dat het aantal gevallen waarbij een

³ Voor een website-eigenaar is het creëren van bezoekersstatistieken door middel van cookies haast noodzakelijk om een goede werking van de website te kunnen (blijven) garanderen. Dergelijke cookies zijn echter niet noodzakelijk voor het leveren van een door een gebruiker gevraagde dienst. De website zal immers ook zonder gebruik van dergelijke cookies kunnen functioneren.

⁴ Ook de Europese privacy toezichthouders, verenigd binnen de zogenaamde Artikel 29 Werkgroep, hebben in de Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption gesteld dat in de praktijk slechts een beperkt aantal cookies uitgezonderd is, maar dat ook bij analytische cookies de privacy risico's beperkt zijn dan wel beperkt zouden kunnen worden.

⁵ Brief van 21 december 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/203227.

⁶ ACM heeft zowel voor als na de invoering van de bepaling op 5 juni 2012 een open dialoog gehouden met de markt door middel van onder andere talrijke gesprekken met marktpartijen, branchevertegenwoordigers en andere belangenbehartigers. ACM ontvangt voorts signalen van gebruikers via onder andere ConsuWijzer.



gebruiker zijn toestemming zal moeten geven zal afnemen en dat dit vaker beperkt zal worden tot die gevallen waarin dit ook daadwerkelijk van belang is voor de privacy van de gebruiker.⁷ Door de wijziging kan ACM zich tevens meer focussen op de schadelijke gevallen; dat wil zeggen onder andere de cookies die een grote inbreuk op de privacy maken, heimelijk gebruikt worden en/of lastig te verwijderen zijn.⁸

ACM moet wel een kanttekening plaatsen bij het te verwachten effect op websites met gratis content. Veel van die websites gebruiken momenteel cookies en zullen deze blijven gebruiken. Deze websites zijn immers afhankelijk van advertentie-inkomsten waarbij veelal tracking cookies gebruikt worden die niet onder de verruimde uitzonderingsbepaling zullen vallen; in die gevallen zullen bezoekers nog steeds met toestemmingsverzoeken worden geconfronteerd. Hoewel verschillende partijen, die gratis websites aanbieden, inmiddels grote investeringen gedaan hebben om een gebruiksvriendelijke doch technisch vaak complexe oplossing te realiseren om de toestemming van de gebruiker te verwerven, zal niet elke partij een dergelijke investering kunnen doen. ACM verwacht op dit punt dan ook dat het effect van de verruiming van de bepaling achter kan blijven bij de verwachtingen.⁹

Vergroting werklast ACM door verruimde uitzondering

De voorgestelde wijziging heeft gevolgen voor de uitvoering; deze zal meer uitwerking behoeven. Het huidige regime vormt een gesloten stelsel en is hierdoor duidelijk ten aanzien van wat uitgezonderd is en wat niet. Met de wijziging van de bepaling komen er nieuwe en open geformuleerde begrippen die nadere duiding behoeven om zodoende duidelijkheid aan de markt te verschaffen. In de MvT doet uw ministerie hiertoe een eerste aanzet en dit lijkt ACM een goed vertrekpunt om nader op voort te bouwen. ACM zal daar waar nodig en nuttig contact opnemen met het College Bescherming Persoonsgegevens (hierna: CBP) en de reeds bestaande intensieve samenwerking continueren om daar uitvoering aan te geven. Naast afstemming zal voorts geïnvesteerd moet worden in (internationale) voorlichting.

De voorgestelde wijziging heeft ook gevolgen voor de handhaving; deze zal complexer worden. ACM zal vaker (aanvullend) onderzoek moeten doen naar de betreffende cookies. Om te kijken of er sprake is van de uitzondering in artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw zal niet meer slechts naar de functie maar tevens naar de inhoud van de cookie gekeken moeten worden. Er moet onder het voorgestelde regime ook beoordeeld worden of er sprake is van niet meer dan geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer en tevens of de betreffende cookie daadwerkelijk is gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij. Deze beoordeling vergt meer inzicht in en onderzoek naar de betreffende cookies, terwijl het aantal websites onder haar toezicht door het wetsvoorstel niet zal veranderen. Dit zal logischerwijs een vergroting van de werklast voor ACM betekenen; ACM moet de websites beoordelen en daar waar nodig handhavend optreden. Deze vergrote werklast verwacht ACM op te kunnen vangen door de aanstelling van 2 extra FTE en een technisch onderzoeksbudget van € 15.000.

Gevolgen voor de gebruiker door verruimde uitzondering

Tot slot merkt ACM vanuit haar toezicht op de markt op dat de wijziging ook een negatief effect heeft op de positie van de gebruikers. Door het verruimen van de uitzondering zijn meer cookies uitgezonderd van zowel de informatieverplichting als het toestemmingsvereiste. Een gebruiker zal

⁷ Naast de reeds in de MvT genoemde voorbeelden kan ook gedacht worden aan frequency capping cookies.

⁸ Bij haar handhavingsactie in september 2012, waarbij ACM (destijds OPTA) een groot aantal overheidswebsites heeft gecontroleerd en aangeschreven, heeft ACM reeds moeten constateren dat iedere website onder haar toezicht viel, terwijl in voorkomende gevallen de privacy inbreuken beperkt dan wel geheel afwezig waren.

⁹ Voor veel partijen is een zogenaamde cookiemuur weliswaar een minder fraaie oplossing (want de gebruiker wordt niet altijd in staat gesteld daadwerkelijk een vrije keuze te maken), maar wel een goedkope en relatief simpele methode om toestemming te verwerven.



niet (meer) geïnformeerd worden in het geval er cookies worden gebruikt die een geringe inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer kunnen maken. Een gebruiker kan echter wel zien dat de website zonder diens toestemming cookies op zijn computer heeft geplaatst en zal, net als ACM, niet altijd direct zonder nader onderzoek kunnen duiden of hij over die cookies geïnformeerd had moeten worden en toestemming voor had moeten geven. Gebruikers zullen hier bewust van gemaakt moeten worden.¹⁰

Rechtsvermoeden

Ten aanzien van het loskoppelen van het rechtsvermoeden uit artikel 11.7a, eerste lid, onder b, Tw merkt ACM op dat deze wijziging de leesbaarheid van de bepaling vergroot en het belang van de bepaling onderstreept. Ten aanzien van de wijziging van het rechtsvermoeden door de nieuwe passage “[...] zodat de betrokken gebruiker of abonnee anders behandeld kan worden [...]” en de toelichting daarop in paragraaf 7 (redactionele wijzigingen), merkt ACM het volgende op. Door de in het artikel gekozen bewoording wordt de indruk gewekt dat er in deze context pas persoonsgegevens worden verwerkt als daarmee een gebruiker “anders behandeld kan worden”. ACM constateert dat reeds bij het opstellen van een profiel¹¹ sprake kan zijn van het verwerken van persoonsgegevens, ongeacht het (actieve) gebruik daarvan resulterende in het anders behandelen van gebruikers. Concreet heeft ACM daarom de suggestie om de passage te vervangen door “[...] om daarmee onderscheid te kunnen maken tussen gebruikers [...]”.

Voorgestelde Memorie van Toelichting

Uw ministerie heeft het wetsvoorstel tot de aanpassing van de cookiebepaling tevens voorzien van een uitgebreide MvT. Gelet op de ontstane discussies over de huidige cookiebepaling is ACM verheugd met de nadere duiding die in de MvT wordt gegeven ten aanzien van verschillende onderwerpen. Wel doet zij twee aanbevelingen ten aanzien van de MvT omtrent het begrip toestemming. Deze aanbevelingen zijn van belang om de bepaling uitvoerbaarder te maken. Daarnaast signaleert zij dat de wijze waarop de normadressaat nu in de MvT wordt uitgelegd en de daarmee samenhangende internationale jurisdictie, negatieve gevolgen heeft voor de handhaafbaarheid van de bepaling.

Toestemming verkrijgen en toestemming geven

ACM heeft geconstateerd dat ten aanzien van het verkrijgen en geven van toestemming in artikel 11.7a, eerste lid, onder b, Tw veel discussie is ontstaan.¹² Ook heeft ACM moeten constateren dat voor website-eigenaren het (op een gebruiksvriendelijke wijze) verkrijgen van toestemming een uitdaging is gebleken. Voor gebruikers is het in sommige gevallen ingewikkeld gebleken daadwerkelijk een geïnformeerde keuze te maken omtrent het geven van toestemming. In de huidige bepaling staat opgenomen dat er sprake moet zijn van het hebben verkregen van toestemming; de wijze waarop duidt de richtlijn niet anders dan dat er (behoudens de uitzonderingen) geen cookies geplaatst mogen worden voordat daarvoor toestemming is gegeven. Toestemming kan voorts niet worden afgeleid uit het stilzwijgen (of stilzitten) van een gebruiker. In het voorliggende wetsvoorstel blijft de bepaling op dit punt ongewijzigd en daarmee conform de richtlijn. Wel licht u in de MvT uitgebreider en duidelijker toe hoe en op welk moment een dergelijke toestemming verkregen zou moeten worden. Ook geeft u concrete suggesties hoe aan de criteria

¹⁰ In haar document met vaak gestelde vragen ten aanzien van de huidige bepaling adviseert ACM daarom ook om de gebruikers in alle gevallen te informeren over het gebruik van cookies. Dit geldt des te meer voor het gebruik van andere technieken die helemaal buiten het zicht van de gemiddelde gebruiker blijven zoals flash cookies, HTML5 caches maar ook veel trackers. Bij het verwijderen van de cookies via de browser wordt deze informatie in de regel niet verwijderd. Dit kan bij ontdekking tot vragen en zelfs onbegrip leiden bij de gebruikers.

¹¹ In de MvT spreekt uw ministerie over het gebruik van een profiel, de zogenaamde tracking cookies voor profiling.

¹² In deze discussies is vaak gesproken over toestemmingsvormen, varianten en interpretaties anders dan zoals het begrip toestemming is gedefinieerd in artikel 11.1, onder g, Tw.



van een vrije, specifiek en op informatie berustende wilsuiting voldaan kan worden. Ten aanzien van het afleiden van toestemming voor het plaatsen en lezen van cookies uit het aanklikken van overige onderdelen van de website, merkt ACM (wellicht ten overvloede) op dat dit aanklikken niet in alle gevallen zal kunnen leiden tot het geven van toestemming.¹³

ACM adviseert u dit concreet in de MvT op te nemen. ACM verwacht, met inachtneming van voorgaande opmerking, dat de aanvullende uitleg website-eigenaren meer houvast zal geven bij het uitvoeren van de wet door middel van het ontwikkelen en implementeren van gebruiksvriendelijkere oplossingen waarbij gebruikers een vrije en geïnformeerde keuze kunnen maken.

Toestemming intrekken

Het is ACM gebleken dat het voor veel gebruikers niet duidelijk is hoe zij terug kunnen komen op een eerder gemaakte keuze ten aanzien van toestemming en hoe zij deze (reeds verleende) toestemming weer in zouden kunnen trekken. Net zoals ten aanzien van het verkrijgen van toestemming zijn er ook ten aanzien van het intrekken van toestemming verschillende opties.

Sommige websites bieden een complete oplossing waarbij een gebruiker de mogelijkheid heeft om een eerder gemaakte keuze te wijzigen door bijvoorbeeld het veranderen van de cookie-instellingen.

In alle gevallen waar de toestemming is opgeslagen in de cookie, zou voorts toestemming ingetrokken moeten kunnen worden door het verwijderen van de cookies. Het via de browser intrekken van toestemming(en) door middel van het verwijderen van cookies is voor de gemiddelde gebruiker in de praktijk niet gemakkelijk.¹⁴ Om de gebruiker een keuze te geven zou iedere website zijn bezoekers daarom in ieder geval dienen te voorzien van informatie over hoe de bezoeker een andere keuze kan maken en/of diens toestemming weer kan intrekken.

ACM adviseert uw ministerie paragraaf 4 uit de MvT op dit punt aan te vullen met een paragraaf ten aanzien van het intrekken van toestemming.

Normadressaat

Ten aanzien van de normadressaat moet ACM constateren dat de dynamiek van het internet zich lastig laat beschrijven en de huidige weergave in de MvT op dit punt tot onduidelijkheid kan leiden. In de MvT wordt het volgende beschreven: *“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.”* en in dezelfde paragraaf: *“Van medeplegen is sprake als er een min of meer gelijkwaardige samenwerking is tussen de partijen die in strijd met de wettelijke verplichtingen handelen. De medepleger en de derde (de normadressaat) moeten daarbij bewust samenwerken en de normschending gezamenlijk uitvoeren.”*

Voornoemde passages miskennen de eigen invloed en machtspositie van de website-eigenaar. ACM merkt op dat het immers te allen tijde de website-eigenaar zelf is die bepaalt om een samenwerking

¹³ Bijvoorbeeld in het geval een gebruiker de optie 'meer informatie over cookies' of 'wijzigen cookieinstellingen' aanklikt. In dergelijke gevallen zal de gebruiker onmiskenbaar op zoek zijn naar meer informatie of meer keuze ten aanzien van het gebruik van cookies. Uit deze handeling kan op dat moment nog geen wilsuiting worden afgeleid.

¹⁴ Een daarmee samenhangend probleem is dat gebruikers die wel bekend zijn met de mogelijkheden van de browser en weten hoe zij cookies kunnen verwijderen, zij deze cookies veelal allemaal tegelijk zullen weggooien. Op deze manier zullen gebruikers echter niet alleen de toestemming intrekken voor de cookies waarvoor zij de toestemming gericht wilden intrekken, maar wellicht ook toestemmingen voor cookies die zij niet wilden intrekken. In dat laatste geval zal een gebruiker deze eerder verleende en abusievelijk ingetrokken toestemmingen andermaal moeten geven, wat mogelijk gevolgen heeft voor het gebruikersgemak en de gebruikerservaring.



te starten en derhalve (onbewust) derden de mogelijkheid biedt om in strijd met de wettelijke verplichtingen te handelen.¹⁵

Uit zowel haar eigen ervaring met handhaving als gesprekken met partijen is ACM gebleken dat de situatie complex is en ook binnen de branche zelf partijen reeds verschillend aankijken tegen wie de normadressaat van de bepaling is. Voornoemde passages in de MvT wekken de indruk dat derden zelf deze toestemming zouden moeten kunnen verwerven en dat de invloed én uiteindelijk de verantwoordelijkheid van de website-eigenaar slechts gering is en/of beperkt zal zijn tot medeplegen. Dit is onwenselijk voor de ontwikkeling van de markt naar een goede uitwerking van de bepaling.¹⁶

Ook hebben de passages gevolgen voor de handhaving door ACM omdat partijen hun verantwoordelijkheid kunnen ontlopen. Een voorbeeld daarvan is malvertising.¹⁷ In de door ACM op grond van artikel 11.7a Tw onderzochte gevallen van malvertising valt het lastig te betogen dat de website daarbij in alle gevallen bewust samenwerkt en de normschending gezamenlijk uitvoert. In dergelijke gevallen bleek ook de website zelf juist slachtoffer te zijn. De website is echter *wel* de partij die uiteindelijk de betreffende ruimte heeft geboden en redelijkerwijs alles moet doen wat in haar macht ligt om te voorkomen dat haar bezoekers besmet worden door derden. Het kan niet zo zijn dat een website-eigenaar zich daarbij te gemakkelijk er op beroept niet de normadressaat te zijn. Gelet op voornoemde passage bestaat het risico dat naleving van de bepaling wordt ontduikt door partijen die zullen aanvoeren dat de bepaling niet op hen van toepassing is. ACM zal in die gevallen geen effectief toezicht kunnen houden en roept daarom uw ministerie op om, al dan niet nader afgestemd met ACM, de grote invloed en machtspositie van de website-eigenaar als normadressaat te benoemen.

Internationale jurisdictie

Met het hiervoor opgemerkte ten aanzien van de normadressaat hangt samen dat de bepaling internationaal moeilijk te handhaven is, waardoor het risico bestaat dat niet opgetreden kan worden tegen grote internationale partijen die opereren op Nederlandse websites. ACM is beperkt in haar mogelijkheden om grensoverschrijdende onderzoeken op te pakken. Ook ontbreekt een titel die het mogelijk maakt om onderzoek in het kader van artikel 11.7a Tw over te dragen en door de autoriteit in een ander land te laten uitvoeren.¹⁸ In de MvT wordt deze internationale component van artikel 11.7a Tw niet benoemd. In een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) ten aanzien van Dollarrevenue¹⁹ heeft het CBB zich echter uitgesproken over de jurisdictie ten aanzien van de voorloper van artikel 11.7a Tw, namelijk artikel 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (hierna: Bude).

Ten aanzien van artikel 4.1 Bude (en daarmee indirect artikel 11.7a Tw) heeft het CBB bepaald dat de betreffende norm alleen voor de Nederlandse gebruiker geldt.²⁰ Dat zou kunnen betekenen dat

¹⁵ De website-eigenaar biedt immers ruimte op zijn website en/of in zijn code die het mogelijk maakt voor derden om gebruikers via diens website te bereiken. Zonder de website-eigenaar zal deze ruimte voor derden niet bestaan en zullen derden deze niet kunnen gebruiken.

¹⁶ Binnen de branche is voornoemde opgepakt door de toestemming voor het plaatsen en/of uitlezen van informatie gebundeld te laten verwerven door de website. Dit is ook voor de gebruiker de meest logische plek om toestemming te verstrekken. De gemiddelde gebruiker bezoekt in zijn beleving een (enkele) bij hem bekende website en niet een website die is opgebouwd uit verschillende elementen van onbekende derden. Het niet gebundeld verwerven kan een gebruiker weerhouden toestemming te geven. In het ergste geval kan het voorstel van uw ministerie leiden tot het verwerven van verschillende toestemmingen op verschillende momenten door meerdere partijen op dezelfde website

¹⁷ Bij malvertising trachten criminelen bezoekers van websites te besmetten met kwaadaardige software door middel van besmette advertenties. Zowel de website als de gebruiker zullen geen toestemming gegeven hebben voor het tonen van deze besmette advertenties. Voor meer informatie zie: <http://en.wikipedia.org/wiki/Malvertising>

¹⁸ Het overdragen van onderzoeken in het kader van artikel 11.7a Tw valt niet onder de voorziening van de Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming (EG) Nr. 2006/2004. Deze geldt alleen voor het overdragen van onderzoeken in het kader van het ongevraagd versturen van elektronische berichten.

¹⁹ CBB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716.

²⁰ Zie onder andere CBB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, randnummer 3.4.6.



slechts in het geval een in Nederland gevestigde website artikel 11.7a Tw overtreedt bij een in Nederland gevestigde gebruiker ACM haar bevoegdheden kan inzetten. In het geval een in Nederland gevestigde website bij andere Europese gebruikers, doch geen Nederlandse gebruikers, zonder toestemming cookies plaatst, zou dit gelet op voornoemde uitspraak buiten de bevoegdheid van ACM vallen.²¹ De mogelijke overtreders van de bepaling zijn niet gebonden aan voornoemde geografische juridische grenzen. Gelet op de huidige formulering in de MvT ten aanzien van de normadressaat beperkt dit het toezicht van ACM.

ACM dringt er in aanvulling op haar conclusie ten aanzien van de normadressaat op aan om ook dit punt te benoemen en onder de aandacht van de Europese wetgever te brengen. Slechts dan is een effectieve handhaving van de bepaling in een internationaal verband, en daarmee een gelijk speelveld over de verschillende lidstaten, mogelijk.

Toekomst

ACM is erkentelijk voor de geboden mogelijkheid om in samenwerking met het CBP de afgelopen maanden een bijdrage te hebben kunnen leveren aan dit wetsvoorstel. In bovenstaande heeft ACM het complete wetsvoorstel getoetst op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en daarbij een aantal opmerkingen geplaatst. Ook is gekeken naar de gevolgen voor ACM in termen van personeel, organisatie en financiën. Deze punten behoeven nadere aandacht om effectieve handhaving mogelijk te maken en zowel de belangen van de consument als die van de markt te beschermen. Daar komt bij dat met name de positie van de consument als gebruiker van het internet thans relatief zwak is; de gemiddelde gebruiker is zich lang niet altijd bewust van wat er gebeurt met zijn gegevens.²² Artikel 11.7a Tw heeft juist als doel om deze positie te versterken. ACM stelt dan ook voor om in aanvulling op de wijziging van de bepaling te investeren in de vergroting van de kennis van de gebruiker met betrekking tot het onderhavige onderwerp. Dit zou met een gezamenlijk initiatief²³ van de overheid en de markt tot stand gebracht kunnen worden; alleen dan zal een gebruiker daadwerkelijk bewuste keuzes kunnen maken omtrent zijn online privacy.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,



mr. C.A. Fonteijn

bestuursvoorzitter

²¹ Bijvoorbeeld in het geval van een handhavingsverzoek vanuit een lidstaat waar de norm overtreden wordt jegens de ingezetene van die lidstaat, zou ACM niet kunnen optreden.

²² N. van Eijk e.a., A bite too big: Dilemma's bij de implementatie van de Cookiewet in Nederland (onderzoek van 28 februari 2011), p. 59.

²³ Bijvoorbeeld door middel van een campagne vanuit Informatie Rijksoverheid.



Bijlage: paginagewijze opmerkingen

In deze bijlage staan paginagewijs concrete opmerkingen van het bestuur ten aanzien van het wetsvoorstel.

- Op pagina 1 wordt in artikel 11.7a, eerste lid, Tw gesproken over "gebruiker". In de overige leden wordt gesproken over "abonnee of gebruiker". Het begrip gebruiker wordt op twee plekken gedefinieerd in de Telecommunicatiewet, voor hoofdstuk 11 is dat artikel 11.1, onder a, Tw voor het overige geldt het begrip gebruiker uit artikel 1.1, onder n, Tw. In artikel 1.1, onder n, Tw staat voorts het begrip abonnee gedefinieerd. Nu de definitie van gebruiker ruimer is dan die van abonnee zou in de bepaling volstaan kunnen worden met het woord gebruiker in de gehele bepaling en daarmee de leesbaarheid vergroot
- Op pagina 15 staat de zinsnede "Dit neemt niet weg dat de aanbieder van de website een zekere verantwoordelijk heeft.". Dit moet uiteraard verantwoordelijkheid zijn.
- Op pagina 20 staat een kleine verschrijving onder het kopje medeplegen. In plaats van "artikel 5.1 Awb" moet "artikel 5:1 Awb" staan.
- In hoofdstuk 3 wordt gesproken over de uitzonderingen voor cookies met geringe privacygevolgen, waaronder in ieder geval de besproken analytic, affiliate en a/b testing cookies. De gewijzigde uitzondering is daarmee breder dan uitsluitend analytics. In de latere hoofdstukken wordt echter veelal alleen gebruikt van de term analytics. Hiermee kan ten onrechte de indruk worden gewekt dat de betreffende passages alleen gelden voor de uitzondering voor analytics.