

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/200204
Zaaknummer: 13.1460.20.1.01
Datum: 19 december 2014

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van de Stichting Nederlandse Publieke Omroep gericht tegen de besluiten van de Autoriteit Consument en Markt van 15 juli 2014 en 4 november 2014. Met deze besluiten heeft de Autoriteit Consument en Markt een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (de zogenoemde cookiebepaling) respectievelijk verbeurde dwangsom ingevorderd.

1 Samenvatting

1. In het besluit van 15 juli 2013 (hierna: het dwangsbesluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vastgesteld dat de websites die onder de verantwoordelijkheid vallen van de Stichting Nederlandse Publieke Omroep (hierna: NPO) niet volledig voldoen aan de verplichtingen uit artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), de zogenoemde cookiebepaling. Bij het bezoeken van deze websites werden verschillende gegevens (cookies¹, Javascripts² en web beacons³) op de randapparatuur van gebruikers geplaatst zonder dat duidelijke en volledige informatie werd verstrekt omtrent de doeleinden waarvoor deze gegevens werden geplaatst. Daarnaast werd door de NPO niet in alle gevallen toestemming van de gebruiker verkregen voor het plaatsen van deze gegevens. Hiervoor heeft ACM aan de NPO een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7a, eerste lid, onder a en b, Tw.
2. In het besluit van 4 november 2014 (hierna: het invorderingsbesluit) heeft ACM vastgesteld dat de NPO in de eerste week na de begunstigingstermijn voor een aantal onder haar verantwoordelijkheid vallende websites (Radio4, Radio6, 3FM en FunX) niet heeft voldaan aan de lastgeving zoals opgenomen in het dwangsbesluit. Via de websites van Radio4, Radio6 en 3FM werden nog steeds Javascripts van DoubleClick en Google AdSense geplaatst zonder toestemming van de gebruiker. Via de website van FunX werden nog steeds Javascripts van Semilo geplaatst zonder toestemming van de gebruiker. De NPO heeft daarom een dwangsom van € 25.000 verbeurd.

¹ Een cookie is een tekstbestand waarmee surfgedrag van gebruikers gevolgd kan worden.

² Javascripts worden gebruikt om webpagina's interactief te maken, de browser te besturen en webpagina's dynamisch te wijzigen. Deze scripts worden aan de kant van de gebruiker geplaatst en uitgevoerd.

³ Een web beacon is een (nagenoeg onzichtbaar) object geplaatst op een webpagina. De eigenaar van de website kan een gebruiker hiermee volgen, maar ook een derde partij kan de activiteiten van een gebruiker volgen, al dan niet door middel van het gebruik van cookies. Bij het laden van dergelijke web beacons kunnen cookies worden geplaatst.

Besluit Openbaar

3. Met de onderhavige beslissing op bezwaar verklaart ACM na heroverweging de bezwaren van de NPO tegen het dwangsombesluit en het invorderingsbesluit ongegrond.

2 Opbouw van het besluit

4. Dit besluit heeft de volgende opbouw: Allereerst beschrijft ACM het verloop van de procedure (hoofdstuk 3). Daarna volgt een samenvatting van de bestreden besluiten (hoofdstuk 4). Vervolgens worden de bezwaren van de NPO (hoofdstuk 5) en het toepasselijke juridische kader (hoofdstuk 6) weergegeven. Ten slotte volgen de beoordeling van het bezwaar van de NPO (hoofdstuk 7) en het dictum (hoofdstuk 8).
5. Vanaf 1 april 2013 is ACM de rechtsopvolger van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA).⁴ In het navolgende worden voor de leesbaarheid van dit besluit ook de handelingen van OPTA (die derhalve hebben plaatsgevonden vóór 1 april 2013) aangeduid als handelingen van ACM.

3 Verloop van de procedure

6. Het verloop van de procedure is uitgebreid beschreven in hoofdstuk 2 van het dwangsombesluit en in hoofdstuk 2 van het invorderingsbesluit. Voor het verloop van de procedure tot aan de bestreden besluiten volstaat ACM daarom met een verwijzing naar hoofdstuk 2 van deze besluiten.
7. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het dwangsombesluit op 15 juli 2014 is op hoofdlijnen als volgt.
8. Bij brief van 5 augustus 2014 heeft de NPO bezwaar gemaakt tegen het dwangsombesluit. Bij brief van 12 augustus 2014 heeft ACM de NPO een termijn gegund tot 7 oktober 2014 voor het indienen van de gronden van bezwaar.
9. In het dwangsombesluit was een begunstigingstermijn opgenomen van een maand. Op 18 augustus 2014 diende de NPO te hebben voldaan aan de lastgeving. Daarna zou de NPO voor elke werkweek dat de overtredingen zouden voortduren een dwangsom verbeuren.
10. Op 27 augustus 2014 heeft ACM de websites van de NPO opnieuw onderzocht. ACM heeft daarbij geconstateerd dat de NPO in de week van 18 tot en met 22 augustus 2014 niet (volledig) heeft voldaan aan dictumonderdeel I onder b van de last.
11. De termijn voor het verbeuren van de dwangsom voor de tweede werkweek was door ACM op verzoek van de NPO verlengd tot 4 september 2014. Op 4 september 2014 heeft ACM het eerder genoemde onderzoek van 27 augustus nogmaals uitgevoerd. Tijdens dit onderzoek is

⁴ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Stb. 2013, 102)). Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA).

Besluit Openbaar

gebleken dat de NPO de overtredingen op de onder de verantwoordelijkheid van de NPO vallende websites had gestaakt. Vanaf deze datum voldeed de NPO ook aan dictumonderdeel I onder b van het dwangsombesluit.

12. Bij brief van 6 oktober 2014 heeft de NPO de gronden van bezwaar tegen het dwangsombesluit tijdig aangevuld.
13. Op 4 november 2014 heeft ACM het invorderingsbesluit genomen, omdat de NPO in de eerste week na het verlopen van de begunstigingstermijn nog niet voldeed aan alle onderdelen van de last zoals opgenomen in het dwangsombesluit. ACM stelt in het invorderingsbesluit vast dat de NPO een dwangsom van € 25.000 heeft verbeurd.
14. Ten kantore van ACM heeft op 10 november 2014 een hoorzitting plaatsgevonden. Tijdens deze hoorzitting is de NPO in de gelegenheid gesteld om haar bezwaar tegen het dwangsombesluit en het invorderingsbesluit uiteen te zetten. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt.

4 De bestreden besluiten

15. De omstandigheden van feitelijke aard zijn uitgebreid beschreven in hoofdstuk 3 van het dwangsombesluit, voor een volledige weergave van deze feiten verwijst ACM dan ook naar het dwangsombesluit.
16. Voor de beoordeling van de bezwaren van de NPO zijn de volgende vaststellingen uit de bestreden besluiten van belang.
17. In het dwangsombesluit heeft ACM vastgesteld dat de NPO niet in alle gevallen duidelijk en volledig informeerde over de doeleinden waarvoor zij gegevens plaatste op de randapparatuur van gebruikers wanneer zij een bezoek brachten aan een van de websites van de NPO. In die gevallen is door ACM geconcludeerd dat de NPO artikel 11.7a, eerste lid, onder a, Tw heeft overtreden.
18. Daarnaast is in het dwangsombesluit vastgesteld dat de NPO bij een bezoek aan een van de onder haar verantwoordelijkheid vallende websites cookies of andere gegevens plaatste of liet plaatsen op de randapparatuur van gebruikers voordat daarvoor rechtsgeldige toestemming was verkregen. In die gevallen is door ACM geconcludeerd dat de NPO artikel 11.7a, eerste lid, onder b, Tw heeft overtreden.
19. Om de overtredingen te doen beëindigen heeft ACM in het dwangsombesluit, op straffe van een dwangsom, de volgende last opgelegd:
 - De NPO dient alle onder haar verantwoordelijkheid vallende websites, waaronder in ieder geval de website bereikbaar op www.npo.nl met inachtneming van de in paragraaf 7.2 geconstateerde overtredingen en hetgeen ACM daarover heeft overwogen, op een zodanige wijze aan te passen zodat de NPO:

Besluit Openbaar

- a. De gebruiker conform artikel 11.7a, eerste lid, onder a, Tw duidelijke en volledige informatie verstrekt overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp). Dit betekent dat de NPO in ieder geval de volgende informatie verstrekt bij een bezoek van een gebruiker aan de websites van de NPO:
 - i. een opgave van de gegevens, waaronder in ieder geval first en third party cookies, Javascripts en web beacons, die de NPO wenst te plaatsen op de randapparatuur van de gebruiker bij een bezoek aan haar websites⁵; en
 - ii. de doeleinden waarvoor de NPO de onder i genoemde gegevens wenst te plaatsen dan wel de doeleinden waarvoor de NPO toegang wenst te verkrijgen tot deze gegevens.

- b. Van de gebruiker conform artikel 11.7a, eerste lid, onder b, Tw een rechtsgeldige toestemming (zoals bedoeld in artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw) verkrijgt voor het plaatsen van de hierboven onder a.i bedoelde gegevens. Hierbij geldt dat het voor de gebruiker te allen tijde duidelijk moet zijn:
 - i. dat hij toestemming heeft gegeven; en
 - ii. waarvoor hij toestemming heeft gegeven.

- De NPO dient nadat de aanpassingen aan haar websites zijn afgerond de toestemming van alle gebruikers, waarbij voor de aanpassingsdatum een cookie met de naam npo_cc en een waarde van "31" geplaatst is, in te trekken.
- De NPO dient deze last uiterlijk een maand na dagtekening van dit besluit te hebben uitgevoerd en de overtredingen volledig hebben beëindigd. Voor elke volledige werkweek dat de NPO geen uitvoering heeft gegeven aan deze last, zal de NPO een dwangsom verbeuren van € 25.000 per werkweek met een maximum van € 125.000.
- De NPO informeert ACM schriftelijk, uiterlijk een dag na het verstrijken van de onder - bedoelde termijn van een maand, over de wijze waarop zij aan de last onder dwangsom heeft voldaan.

20. In het invorderingsbesluit heeft ACM vastgesteld dat de NPO in de periode van 18 augustus 2014 tot en met 22 augustus 2014 via de websites 3FM, Radio4 en Radio6 Javascripts (van DoubleClick en Google Adsense technologie) op de randapparatuur van de gebruikers heeft geplaatst zonder dat daarvoor toestemming van de gebruiker was verkregen.

⁵ Het betreft hier de gegevens die niet vallen onder één van de uitzonderingen genoemd in artikel 11.7a, derde lid, onder a en onder b, Tw.

Besluit Openbaar

21. ACM heeft in het invorderingsbesluit ook geconstateerd dat via de website van FunX door de NPO een Javascript (van Semilo advertising) op de randapparatuur van de gebruiker werd geplaatst. Ook hier werd het betreffende Javascript geplaatst zonder dat daarvoor toestemming van de gebruiker was verkregen.
22. Ten slotte heeft ACM in het invorderingsbesluit geoordeeld dat de NPO door zonder toestemming via haar websites gegevens (Javascripts) te plaatsen op de randapparatuur van gebruikers niet heeft voldaan aan dictumonderdeel I onder b van het dwangsbesluit. Daarom heeft de NPO een dwangsom van € 25.000 verbeurd.

5 Bezwaargronden

23. Samengevat komen de gronden van bezwaar van de NPO op het volgende neer.

5.1 Wetgevingsproces wijziging artikel 11.7a Tw nog niet afgerond

24. De NPO stelt dat ACM in het dwangsbesluit heeft geleund op artikel 11.7a, eerste lid, Tw, terwijl het wetgevingstraject voor de wijziging van artikel 11.7a Tw nog niet is afgerond. De NPO geeft aan dat zij heeft geanticipeerd op de aangekondigde wijziging van artikel 11.7a Tw. De NPO is van mening dat, nu het wetgevingstraject nog niet is afgerond, het opleggen van een last onder dwangsom niet proportioneel is. Het is volgens de NPO op dit moment nog niet duidelijk welke interpretatie zal worden gegeven aan de nieuwe begrippen en normen in het nieuwe artikel 11.7a Tw.

5.2 Schending ne bis in idem-beginsel

25. De NPO stelt dat er sprake is van schending van het ne bis idem-beginsel doordat zowel ACM als het College bescherming persoonsgegevens (hierna: CBP) handhavend (zullen) optreden naar aanleiding van dezelfde gedraging.

5.3 Overtredingen waren niet kenbaar

26. ACM heeft zich bij de beschrijving van de feiten in het dwangsbesluit beperkt tot de websites die direct onder de verantwoordelijkheid van de NPO vallen, te weten www.uitzendinggemist.nl en www.npo.nl. De NPO stelt dat op basis hiervan voor haar niet duidelijk was dat de last ook gold voor de andere websites die onder de verantwoordelijkheid vallen van de NPO. De NPO is van mening dat de last onvoldoende duidelijk en bepaald is en daarmee in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van willekeur, het rechtszekerheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

5.4 In het invorderingsbesluit geconstateerde overtredingen vallen onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, Tw (nieuw)

27. De NPO bestrijdt dat het plaatsen van Javascripts van de Google domeinen zonder toestemming in strijd is met artikel 11.7a, eerste lid, onder a en b, Tw. De NPO meent dat deze Javascripts onder de toekomstige uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, Tw (nieuw) vallen, omdat het plaatsen van deze Javascripts technisch noodzakelijk is om geen 'lege plekken' op de website te krijgen. Daarnaast stelt de NPO dat het plaatsen van deze Javascripts geen of een geringe

Besluit Openbaar

inbreuk vormen op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker, omdat de scripts pas worden uitgevoerd nadat de gebruiker toestemming heeft gegeven.

28. Om te voldoen aan de last worden door de NPO via haar websites geen scripts meer geplaatst, met als gevolg dat op de plekken waar eerst advertenties werden getoond nu lege vlakken op de websites te zien zijn. De NPO stelt dat zij op deze manier reclame-inkomsten misloopt.
29. De NPO stelt verder dat reclame een onlosmakelijk deel uitmaakt van de publieke mediadienst. Zonder reclame is de publieke mediadienst niet financierbaar en niet compleet. Omdat de NPO voor promotie (bijvoorbeeld voor reclame van eigen diensten) gebruik maakte van Javascripts, kan zij momenteel haar reclame taak niet uitvoeren. Daarmee stelt zij één van de taken van de publieke omroep niet goed te kunnen uitvoeren.
30. Naast de reclame omvat de publieke mediadienst ook content in de vorm van filmpjes en social media mogelijkheden. Voor de filmpjes en social media mogelijkheden is het volgens de NPO ook nodig om scripts te plaatsen voordat daarvoor toestemming wordt gegeven door de gebruiker.
31. De NPO meent dat al deze scripts onder de toekomstige uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw (nieuw) zouden moeten vallen dan wel gedoogd zouden moeten worden. Daarvoor verwijst zij naar de brief van minister Kamp van 20 mei 2013.
32. Tot slot is de NPO van mening dat het gebruik van de door derden aangeboden scripts (gecentraliseerd) prevaleert boven het gebruik van door de NPO zelf beheerde scripts, vanwege veiligheid en snelheid.

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de bevoegdheid van ACM

33. Op grond van artikel 15.1, tweede lid, Tw is ACM belast met het toezicht op de naleving van onder andere artikel 11.7a Tw. Artikel 15.2, tweede lid, Tw bepaalt dat ACM ter handhaving van de naleving van onder andere artikel 11.7a Tw, bevoegd is tot het opleggen van een last onder bestuursdwang. Op grond van artikel 5:32, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan ACM in plaats van een last onder bestuursdwang een last onder dwangsom opleggen.

6.2 Ten aanzien van de overtreding

6.2.1 De informatieplicht en het toestemmingsvereiste

34. Artikel 11.7a, eerste lid, Tw bepaalt dat er voor het plaatsen van gegevens op of voor het toegang verkrijgen tot gegevens van de randapparatuur van de gebruiker, (a) duidelijke en volledige informatie dient te worden verstrekt in ieder geval omtrent de doeleinden voor het plaatsen van of toegang verkrijgen tot die gegevens en (b) toestemming van de gebruiker dient te zijn verkregen.

Besluit Openbaar

35. Het begrip “gegevens” in dit artikel omvat meer dan enkel cookies. Artikel 11.7a Tw is techniekneutraal opgesteld, zodat ook het gebruik van andere en eventuele nieuwe technieken wordt gereguleerd.⁶ Daarom moet ook voor het gebruik van technieken die vergelijkbaar zijn met cookies, worden voldaan aan de informatieplicht en het toestemmingsvereiste. Vergelijkbare technieken zijn bijvoorbeeld het gebruik van Javascripts en web beacons.
36. Het in artikel 11.7a Tw gebruikte begrip “gebruiker” wordt in artikel 11.1, sub a, Tw als volgt gedefinieerd: “een natuurlijke persoon die gebruik maakt van een openbare elektronische communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijs op die dienst te zijn geabonneerd.”
37. Artikel 11.7a, eerste lid, onder a, Tw schrijft voor dat voor het verkrijgen van toestemming voor het plaatsen van cookies, de gebruiker duidelijk en volledig geïnformeerd dient te worden overeenkomstig de Wbp, in ieder geval over de doeleinden waarvoor men toegang wenst te krijgen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van de gebruiker dan wel gegevens wenst te plaatsen in de randapparatuur van de gebruiker. De gebruiker moet duidelijk worden gemeld wie gegevens plaatst en leest en wie de beschikking krijgt over en verantwoordelijk is voor de daarmee verkregen gegevens.⁷
38. Vervolgens zal de gebruiker op grond van artikel 11.7a, eerste lid, onder b, Tw, op basis van die informatie toestemming moeten geven, voordat de websitehouder gegevens mag plaatsen op of toegang mag verkrijgen tot de randapparatuur van de gebruiker. Deze toestemming moet verkregen zijn voordat er gegevens geplaatst worden.⁸
39. Voor de definitie van “toestemming” in de zin van artikel 11.7a Tw wordt verwezen naar de definitie van toestemming in de Wbp. Toestemming wordt daarin gedefinieerd als: “elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt”.⁹ Onder verwijzing naar een voorbeeld van de Artikel 29-werkgroep¹⁰, volgt uit de memorie van toelichting dat een dergelijke toestemming ook kan worden afgeleid uit het aanklikken van overige onderdelen van de website, als bij aanvang van het bezoek van de website duidelijk is aangegeven dat het verder klikken op de website zal worden opgevat als het geven van toestemming. Toestemming kan echter niet worden afgeleid uit het aanklikken van een button voor meer informatie over cookies. Toestemming moet altijd gebaseerd zijn op een geïnformeerde en bewuste keuze die moet blijken uit een handeling.¹¹

⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 2.

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 12.

⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 12.

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 12.

¹⁰ De Artikel 29-werkgroep is een samenwerkingsverband van privacy toezichthouders in de Europese Unie. Zij is ingesteld krachtens artikel 29 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEU 1995, L281/31-50). Zij is onafhankelijk en raadgevend van aard. De taken van de Artikel 29-werkgroep zijn omschreven in artikel 30 van voorgenoemde richtlijn en in artikel 15 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (PbEU 2002, L201/37).

¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 13.

Besluit Openbaar

6.2.2 Uitzonderingen

40. Artikel 11.7a, derde lid, Tw kent twee uitzonderingen op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste. De uitzondering onder sub a van dit artikel houdt in dat er niet aan de informatieplicht en het toestemmingsvereiste hoeft te worden voldaan indien zonder het plaatsen van of toegang verkrijgen tot gegevens de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk onmogelijk wordt. Het plaatsen van of toegang verkrijgen tot de gegevens dient dus strikt noodzakelijk te zijn voor de communicatie tussen de twee partijen op een communicatienetwerk. Volgens een opinie van de Artikel 29-werkgroep kan hieronder in ieder geval worden verstaan: de mogelijkheid om informatie te routeren via het communicatienetwerk, in het bijzonder door de communicatie eindpunten te identificeren. De mogelijkheid om data althans gegevens in de bedoelde volgorde uit te wisselen, in het bijzonder door het nummeren van de data pakketten. En de mogelijkheid om verlies van gegevens of transmissiefouten te kunnen detecteren.¹² Hieruit blijkt dat de uitzondering beperkt wordt uitgelegd.

41. Artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw bepaalt dat er niet aan de informatieplicht en het toestemmingsvereiste hoeft te worden voldaan indien de opslag of toegang strikt noodzakelijk is om een door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren. Deze gegevens worden bijvoorbeeld gebruikt ten behoeve van het plaatsen van een bestelling bij een webshop, het afnemen van online-diensten en het verrichten van transacties.¹³

6.2.3 Wijziging artikel 11.7a Tw: nieuwe uitzondering

42. Op het moment van het schrijven van dit besluit is in de Eerste Kamer een wetsvoorstel aanhangig om de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw te verruimen. Deze uitzondering houdt in dat de informatieplicht en het toestemmingsvereiste ook niet gelden indien er gegevens worden geplaatst of toegang tot gegevens wordt gevraagd om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij. Voorwaarde hiervoor is dat dit geen of slechts een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker oplevert.

43. Het doel van deze wijziging is om ervoor te zorgen dat voor het plaatsen van gegevens die informatie geven over de kwaliteit of effectiviteit van de geleverde dienst en die geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker, geen verplichting meer bestaat tot het informeren van gebruikers en het verkrijgen van toestemming. Deze wijziging is voorgesteld, omdat er veel ergernis was over de effecten van de bepaling. Door de huidige opzet van de bepaling, waarbij toestemming vereist is voor alle soorten gegevens, behalve technisch noodzakelijke gegevens, is het voor de gebruiker moeilijk om privacygevoelige cookies en vergelijkbare technieken te onderscheiden van de cookies of daarmee vergelijkbare technieken die nauwelijks gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker.¹⁴ Zuiver analytische¹⁵, affiliate¹⁶ en a/b-testing¹⁷ cookies zouden in

¹² Zie een opinie van de Artikel 29-werkgroep: Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption adopted on 7 June 2012, (00879/12/EN WP 194), p. 2-3.

¹³ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 79.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 5.

¹⁵ Analytische cookies worden door websitehouders gebruikt om informatie te verkrijgen de kwaliteit en/of effectiviteit van hun website, zodat de kwaliteit van de website verbeterd kan worden. Deze cookies zijn technisch niet noodzakelijk.

Besluit Openbaar

ieder geval onder de uitzondering kunnen vallen, mits deze geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer.¹⁸

44. Volgens de memorie van toelichting zouden er ook andere gegevens dan cookies onder de nieuwe uitzondering kunnen vallen, mits zij aan de criteria voldoen van dit nieuwe artikel.¹⁹ Deze gegevens moeten ten minste aan de volgende criteria voldoen: (i) de gegevens zijn noodzakelijk om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij en (ii) het gebruik van deze gegevens mag geen of slechts geringe gevolgen opleveren voor de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker.

7 Overwegingen

7.1 Wetgevingsproces wijziging artikel 11.7a Tw nog niet afgerond

45. In het bezwaarschrift geeft de NPO aan dat het wetgevingsproces rondom de wijziging van artikel 11.7a Tw nog niet is afgerond en dat daardoor nog geen duidelijkheid bestaat over de interpretatie van dit nieuwe artikel. Met het oog hierop heeft de NPO twijfels bij de conclusies van ACM en het uiteindelijke dwangsombesluit. De NPO vindt het voorbarig en onzorgvuldig van ACM om over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom.
46. In aanvulling op haar bezwaarschrift heeft de NPO tijdens de hoorzitting van 10 november 2014 aangegeven blij te zijn dat ACM in het dwangsombesluit rekening heeft gehouden met de op handen zijnde wijziging van artikel 11.7a Tw. Tegelijkertijd geeft de NPO aan dat er op dit moment nog onvoldoende duidelijkheid is omtrent de invulling van alle begrippen uit het te wijzigen artikel 11.7a Tw. Volgens de NPO is het dwangsombesluit daarom gebaseerd op vage en holle begrippen.²⁰
47. In haar brief van 2 april 2013 geeft de NPO zelf aan te veronderstellen dat ACM er geen bezwaar tegen heeft dat door de NPO alvast wordt geanticipeerd op de beoogde wetwijziging.²¹
48. ACM deelt het standpunt van de NPO dat ACM voorbarig en onzorgvuldig heeft gehandeld niet. ACM heeft het dwangsombesluit genomen om de gevolgen van de geconstateerde overtredingen van artikel 11.7a Tw te doen beëindigen. Bij deze boordeling heeft ACM de

Het gebruik van deze cookies is uitsluitend om de werking van de website in kaart te brengen heeft over het algemeen weinig impact op de persoonlijke levenssfeer. Zie ook: *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 4-9.*

¹⁶ De affiliate cookies (althans performance cookies) worden gebruikt om informatie te kunnen verschaffen over de effectiviteit van een getoonde advertentie. Hiermee wordt bijgehouden welke advertentie leidt tot een aankoop, zodat degene die deze advertentie heeft getoond, de affiliate, een beloning kan ontvangen hiervoor. Zie ook: *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 10.*

¹⁷ A/b-testing cookies worden gebruikt om bij te houden welke van twee getoonde varianten, bijvoorbeeld twee verschillende versies van een reclamebanner, het meest effectief is. Dit kan bijvoorbeeld worden gemeten aan de hand van de hoeveelheid bezoekers die op een reclamebanner heeft geklikt. Met deze cookies wordt dus informatie verkregen over de effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij. De gebruiker van deze cookies wil informatie over de getoonde advertentie, het gaat hem niet om informatie over de bezoeker zelf. Zie ook: *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 10-11.*

¹⁸ *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 8-11.*

¹⁹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 11.*

²⁰ Hoorzitting 10 november 2014 en bezwaarschrift NPO d.d. 6 oktober 2014, uw kenmerk: uit-19405, p. 1.

²¹ Brief NPO d.d. 2 april 2013, uw kenmerk: uit-11801, p. 3.

Besluit Openbaar

geldende wet in acht genomen, maar daarnaast is er ook rekening gehouden met de wetswijziging.

49. Hierna zal ACM eerst beoordelen of de relevante gedragingen van de NPO vallen onder de reikwijdte van artikel 11.7a Tw. Daarna zal ACM ingaan op de voorgestelde wijziging van artikel 11.7a Tw.

7.2 Plaatsen van gegevens op de randapparatuur van gebruikers

50. Bij het laden van de websites die onder de verantwoordelijkheid vallen van de NPO werden Google Adsense en Semilo scripts geplaatst. Deze scripts werden bij het laden van de HTML-pagina (in plain text) geplaatst op de randapparatuur van de gebruiker voordat daarvoor toestemming was gegeven. De NPO wijst er in haar bezwaarschrift op dat de scripts bij het laden van de HTML-pagina nog niet werden uitgevoerd, maar slechts werden klaargezet. Nadat door de gebruiker toestemming was gegeven, werden de scripts pas uitgevoerd.
51. Artikel 11.7a, Tw vereist voor het *plaatsen*, de NPO noemt dit *klaarzetten*, van dit soort scripts (geïnformeerde) toestemming van de gebruiker. Volgens de toelichting ziet artikel 11.7a Tw op het opslaan van informatie in de randapparatuur of verkrijgen van toegang tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van een gebruiker. Onder een dergelijke handeling valt bijvoorbeeld het gebruik van Javascripts, (flash)cookies, webtaps of soortgelijke programmatuur. Daarbij geldt dat de verplichting om te informeren en toestemming te verkrijgen van toepassing is op alle opslag van gegevens op de randapparatuur van de gebruiker.²² Het gaat daarbij om de opslag van de gegevens (het script) en niet om het uitvoeren of het daadwerkelijke gebruiken daarvan.
52. Het argument van de NPO dat voor het enkel plaatsen van de scripts zonder deze uit te voeren geen toestemming van de gebruiker zou zijn vereist, volgt volgens ACM niet uit artikel 11.7a Tw. Er bestaat immers geen (wettelijke) uitzondering voor het plaatsen van scripts die niet worden uitgevoerd. ACM is dan ook van oordeel dat het voor de toepassing van artikel 11.7a Tw niet uitmaakt of het script meteen wordt uitgevoerd of niet. Het plaatsen van gegevens op de randapparatuur van de gebruiker voordat daarvoor toestemming is gegeven is niet toegestaan op grond van artikel 11.7a Tw.

7.3 Het plaatsen van gegevens door de NPO valt niet onder de uitzonderingen van artikel 11.7a, derde lid, onder a en b, Tw

53. In het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting heeft de NPO aangegeven dat zij slechts gebruik maakt van noodzakelijke scripts en cookies voor het leveren van de diensten van de NPO. Sociale media, crosspromotie en STER-reclame maken onderdeel uit van de diensten van de NPO. Voor het leveren van deze diensten is het volgens de NPO noodzakelijk om scripts te plaatsen. Dit standpunt van de NPO is door ACM opgevat als een beroep op de uitzondering van het huidige artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw.
54. Hieronder zal ACM in paragraaf 7.3.1 beoordelen of het plaatsen van Javascripts voor het tonen van reclame onder de twee uitzonderingen opgenomen in artikel 11.7, derde lid, onder a en b,

²² Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 78.

Besluit Openbaar

Tw valt. In paragraaf 7.3.2 wordt door ACM beoordeeld of het plaatsen van scripts om sociale mediatoepassingen mogelijk te maken valt onder de uitzonderingen van artikel 11.7a, derde lid, onder a en b, Tw. In paragraaf 7.3.3 gebeurt datzelfde voor het plaatsen van gegevens voor het bekijken van filmpjes.

7.3.1 Plaatsen Javascripts voor het tonen van reclame

55. Volgens de NPO betreft de publieke mediadienst het aanbieden van content inclusief reclame op alle mogelijke platforms. De NPO stelt dat zonder reclame de publieke mediadienst niet compleet en niet financierbaar zou zijn. Zonder crosspromotie zou één van de taken van de NPO niet goed uitgevoerd kunnen worden. Hier zou de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw volgens de NPO dan ook van toepassing moeten zijn.
56. ACM stelt voorop dat het maken van reclame door artikel 11.7a Tw niet wordt verboden. Het tonen van reclame via een website zonder dat daarbij gegevens worden geplaatst of toegang wordt verkregen tot gegevens, valt buiten de reikwijdte van artikel 11.7a Tw. Zodra er echter wel sprake is van het plaatsen van gegevens of het verkrijgen van toegang tot gegevens op de randapparatuur van de gebruiker, moet worden voldaan aan de vereisten uit artikel 11.7a Tw. Deze vereisten zijn: (i) het informeren van de gebruiker over de doeleinden van de plaatsing of het toegang verkrijgen tot gegevens en (ii) het verkrijgen van toestemming van de gebruiker voor de betreffende handeling. Slechts in twee uitzonderingssituaties hoeft de gebruiker niet te worden geïnformeerd en is geen toestemming van de gebruiker vereist. Deze uitzonderingen zijn expliciet in onder a en b van het derde lid van artikel 11.7a Tw opgenomen. De NPO heeft geen beroep gedaan op de uitzondering genoemd onder a van het derde lid van artikel 11.7a Tw, maar voor de volledigheid zal ACM ook hiernaar kijken.

Onderdeel a

57. De uitzondering uit artikel 11.7a, derde lid, onder a, Tw is slechts van toepassing wanneer het plaatsen van of toegang verkrijgen tot gegevens uitsluitend tot doel heeft om communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren. Zoals hiervoor in paragraaf 6.2.2 aangegeven moet het gaan om het plaatsen van gegevens (meestal cookies) zonder welke communicatie over een communicatienetwerk niet mogelijk is. De Artikel 29-werkgroep noemt in dit verband drie categorieën van gegevens:²³
- a. De mogelijkheid om informatie over het netwerk te routeren, in het bijzonder door het identificeren van de eindpunten van de communicatie;
 - b. De mogelijkheid om datapakketten in de juiste volgorde over te brengen, in het bijzonder door het nummeren van data pakketten;
 - c. De mogelijkheid om transmissie fouten en dataverlies te detecteren.

²³ Zie een opinie van de Artikel 29-werkgroep: Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption adopted on 7 June 2012, (00879/12/EN WP 194), p. 2-3.

Besluit Openbaar

58. De Javascripts die door de NPO werden geplaatst voor het tonen van reclame op de onder haar verantwoordelijkheid vallende websites vallen niet onder één van de bovenstaande categorieën. Ook anderszins kunnen deze scripts niet worden aangemerkt als gegevens die uitsluitend tot doel hebben om de communicatie over een elektronisch communicatie netwerk uit te voeren. ACM komt dan ook tot de conclusie dat het plaatsen van Javascripts met reclame doeleinden niet onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder a, Tw vallen.

Onderdeel b

59. De uitzondering uit artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw heeft betrekking op strikt noodzakelijke gegevens die ervoor zorgen dat een uitdrukkelijk door de gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij kan worden geleverd. Zoals hiervoor is uiteengezet in randnummer 41 is deze uitzondering volgens de wetsgeschiedenis bijvoorbeeld bedoeld om het plaatsen van een bestelling bij een webshop mogelijk te maken door een cookie te plaatsen waarmee kan worden vastgesteld welke producten zich in een winkelmandje bevinden. Deze uitzondering geldt niet voor gegevens die worden geplaatst of uitgelezen door een ander dan de door de gebruiker bezochte website en die bedoeld zijn om gegevens te verzamelen over het surfgedrag van de gebruiker.²⁴

60. ACM is van oordeel dat het gebruik van Javascripts voor het tonen van (persoonlijk afgestemde) reclame door de NPO niet onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw valt. De gebruiker die de websites van de NPO bezoekt, wil informatie over de programma's van de publieke omroepen vinden of gebruik maken van de door de NPO aangeboden diensten. De dienst die de gebruiker vraagt, bestaat niet uit een (persoonlijk afgestemde) reclamedienst. Dat het maken van reclame een onderdeel is van het takenpakket van de NPO maakt niet dat reclame noodzakelijk is voor het verstrekken van informatie over programma's van de publieke omroepen of het aanbieden van de overige diensten van de NPO. Het gebruik van Javascripts voor het tonen van reclame valt dan ook niet onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw.

61. ACM komt tot de conclusie dat het direct plaatsen van gegevens (cookies en scripts) bij een bezoek aan de websites die onder de verantwoordelijkheid vallen van de NPO voor het tonen van reclame, niet strikt noodzakelijk zijn voor het leveren van door de gebruiker gevraagde diensten en niet tot doel heeft om de communicatie over het elektronisch communicatienetwerk uit te voeren. Daarmee valt het plaatsen van de betreffende gegevens niet onder de uitzonderingen van artikel 11.7a, derde lid, onder a en b, Tw.

7.3.2 Plaatsen van Javascripts voor sociale media

62. De NPO stelt in haar bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting dat de publieke mediadienst die zij levert behalve reclame ook content, in de vorm van filmpjes en sociale media mogelijkheden, omvat. De NPO stelt: "(niet voor niets heet het de publieke media dienst), die dus ook de kwaliteit van de dienst bepalen". De NPO stelt zich hier aldus primair op het standpunt dat het aanbieden van de mogelijkheid om via haar website gebruik te maken van sociale media toepassingen onderdeel uitmaakt van de diensten die de publieke omroepen leveren.

²⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 79.

Besluit Openbaar

63. Verder stelt de NPO op grond van de Mediawet mede tot taak te hebben om technische ontwikkelingen te stimuleren en media-aanbod aan het publiek aan te bieden via nieuwe media- en verspreidingstechnieken. Volgens de NPO valt het plaatsen van gegevens voor het aanbieden van sociale media mogelijkheden onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw.
64. De uitzondering uit artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw heeft betrekking op strikt noodzakelijke gegevens die ervoor zorgen dat een uitdrukkelijk door de gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij kan worden geleverd. De dienst die de NPO via haar websites aanbiedt bestaat onder andere uit het verstrekken van informatie over de programma's van de publieke omroepen en de mogelijkheid om uitzendingen of programma's van de publieke omroep (terug) te kijken en/of beluisteren.
65. ACM is van oordeel dat het plaatsen van scripts om sociale media te faciliteren niet onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw valt. Het plaatsen van deze scripts is niet strikt noodzakelijk voor de NPO om de gevraagde dienst aan de gebruiker te kunnen leveren. Dit geldt te meer nu deze scripts direct bij het laden van de pagina werden geplaatst, ongeacht of een gebruiker als onderdeel van de dienstverlening door de NPO ook daadwerkelijk gebruik wil maken van sociale media diensten.

7.3.3 Plaatsen Javascripts voor het afspelen van filmpjes

66. Verder stelt de NPO in haar bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting dat de publieke mediadienst ook content in de vorm van filmpjes omvat. Het aanbieden van filmpjes via haar websites, rekent de NPO dan ook tot de dienst die zij levert. De NPO geeft in haar bezwaarschrift aan dat voor deze filmpjes soms ook scripts nodig zijn die al voor de toestemming van de gebruiker worden geplaatst. Echter, de ACM heeft geen uitspraken gedaan over het gebruik van video scripts, maar wel over het gebruik van de cookies van 'live-box'. Voor het (terug)kijken van uitzendingen of programma's van de publieke omroep maakte de NPO op haar websites gebruik van een zogenaamde 'live-box'. Zoals in het dwangsombesluit (randnummer 98) door ACM is overwogen plaatste de NPO cookies om de gebruikersvoorkeuren voor audio of video in de 'live-box' te registeren.
67. Volgens de NPO valt het plaatsen van gegevens voor filmpjes onder de uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw. Het gebruik van cookies zou onder deze uitzondering kunnen vallen, wanneer deze cookies geïnstalleerd zouden worden nadat een gebruiker om de dienst (het bekijken van een video via de live-box) heeft gevraagd. De NPO plaatste de betreffende cookies echter al bij het laden van de pagina, zonder dat door de gebruiker is gevraagd om de video-dienst. Ook in bezwaar komt ACM daarom tot de conclusie dat het voor het leveren van de video-dienst niet strikt noodzakelijk is om direct bij het laden van de pagina een cookie te plaatsen die de gebruikersvoorkeuren registreert.

Besluit Openbaar

7.4 Het plaatsen van gegevens door de NPO valt niet onder de uitzondering in het voorgestelde artikel 11.7a Tw (nieuw)

7.4.1 Voorgestelde wijziging artikel 11.7a, Tw

68. ACM heeft hiervoor geoordeeld dat de uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 11.7a, derde lid, onder a en b, Tw niet van toepassing zijn. De NPO doet ook een beroep op de nieuwe uitzondering in de voorgestelde wijziging van artikel 11.7a Tw.
69. Zoals hiervoor beschreven (randnummers 42-44) is een voorstel aanhangig om artikel 11.7a, derde lid, Tw te wijzigen. Dit wetsvoorstel beoogt de uitzonderingen in dit artikel te verruimen. Het doel van dit wetsvoorstel is om een uitzondering te creëren op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste uit artikel 11.7a, eerste lid, Tw indien gegevens worden geplaatst of toegang wordt verkregen tot gegevens om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij. In het wetsvoorstel wordt een belangrijke voorwaarde aan deze uitzondering gesteld; het plaatsen van of toegang verkrijgen tot de gegevens mag geen of slechts een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker opleveren.²⁵

7.4.2 Toepasselijkheid voorgestelde wijziging artikel 11.7a Tw

70. Op grond van artikel 5:4 Awb bestaat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts voor zover deze bevoegdheid bij of krachtens de wet is verleend. Daarnaast bepaalt het in dit artikel opgenomen legaliteitsbeginsel dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke sancties kan opleggen voor gedragingen die zijn begaan voordat de wettelijke regeling in werking is getreden. Gezien het vorenstaande stelt ACM vast dat zij bij de beoordeling van de gedragingen van de NPO gehouden is om deze gedragingen te toetsen aan het thans geldende artikel 11.7a, Tw.
71. In het dwangsbesluit heeft ACM, zonder daartoe gehouden te zijn, onderzocht of de gedragingen van de NPO zouden kunnen vallen onder de voorgestelde uitzondering in artikel 11.7a, derde lid, Tw (nieuw). Ten overvloede zal ACM ook in bezwaar beoordelen of de gedragingen van de NPO onder de voorgestelde uitzondering vallen. Daartoe zal ACM in paragraaf 7.4.3 beoordelen of het plaatsen van gegevens voor het tonen van reclame onder de nieuwe uitzondering valt. In paragraaf 7.4.4 wordt door ACM beoordeeld of het plaatsen van scripts om sociale mediatoepassingen en filmpjes mogelijk te maken valt onder de nieuwe uitzondering.

7.4.3 Plaatsen Javascripts voor het tonen van reclame

72. De NPO heeft in haar bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting gesteld dat het noodzakelijk is om bij het laden van haar webpagina's Javascripts te plaatsen om via de door de NPO gebruikte reclameplatformen (Google AdSense en Semilo) reclame te kunnen tonen. Het is technisch noodzakelijk om deze scripts direct te plaatsen om te voorkomen dat 'lege plekken' op de website ontstaan. Daarnaast stelt de NPO dat de scripts die worden gebruikt voor het tonen van reclame op de websites van de NPO geen of slechts geringe gevolgen hebben voor de

²⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 4-5.

Besluit Openbaar

persoonlijke levenssfeer van de gebruiker. De scripts worden volgens de NPO eerst als tekstbestand geplaatst ('plain text') en pas uitgevoerd nadat de gebruiker toestemming heeft gegeven. Tijdens de hoorzitting heeft de NPO bevestigd dat zij hiermee tevens een beroep doet op de uitzondering in het te wijzigen artikel 11.7a, derde lid, Tw (nieuw).

73. Naar het oordeel van ACM ziet de voorgestelde uitzondering in artikel 11.7a, derde lid, Tw (nieuw) uitsluitend op het plaatsen van of het verkrijgen van toegang tot gegevens om informatie over de kwaliteit of effectiviteit van de geleverde dienst te verkrijgen. Daarvan is in dit geval geen sprake. De scripts werden geplaatst om het tonen van reclame mogelijk te maken en niet om de kwaliteit of effectiviteit van de geleverde dienst te meten. Daarnaast gaat het hier om scripts van derde partijen. In dat geval moet de websitehouder volgens de wetgever waarborgen dat de gegevens die door deze derde partijen (Google en Semilo) worden verzameld niet op een manier gebruikt worden die meer dan geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker.²⁶

7.4.4 Plaatsen scripts voor sociale media en filmpjes

74. De NPO stelt zich op het standpunt dat ook de scripts die zij plaatst voor sociale media toepassingen zouden moeten vallen binnen de voorgestelde uitzondering van artikel 11.7a, derde lid, Tw (nieuw). In dit verband verwijst de NPO naar een brief van minister Kamp aan de Tweede Kamer van 20 mei 2013.²⁷ In deze brief geeft de Minister aan dat er cookies zijn die door de websitehouder worden gebruikt om informatie te verkrijgen over het gebruik van de website (analytic of analytische cookies) en die geen of weinig inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker, maar wel van groot belang kunnen zijn voor de kwaliteit van de website:

De informatieplicht en het toestemmingsvereiste in artikel 11.7a Tw 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.²⁸

75. Hiervoor (randnummer 73) heeft ACM al geconcludeerd dat de voorgestelde uitzondering in artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw (nieuw) uitsluitend ziet op het plaatsen van of het verkrijgen van toegang tot gegevens om informatie over de kwaliteit of effectiviteit van de geleverde dienst

²⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 8.

²⁷ Brief van minister Kamp aan de Tweede Kamer van 20 mei 2013, betreft: consultatie cookiebepaling en de beantwoording van een tweetal vragen (kenmerk: MDGETM-TM / 13087300).

²⁸ Brief van minister Kamp aan de Tweede Kamer van 20 mei 2013 betreft consultatie cookiebepaling en de beantwoording van een tweetal vragen (kenmerk: MDGETM-TM / 13087300), p. 1-2.

Besluit Openbaar

te verkrijgen. Ook in het geval van de sociale media scripts en de scripts die werden geplaatst om gebruikersvoorkeuren voor het afspelen van filmpjes te registreren is daarvan geen sprake. De scripts werden niet geplaatst om de kwaliteit of effectiviteit van de door de NPO geleverde dienst te meten.

76. Voor de sociale media scripts geldt bovendien dat dit scripts zijn die door een externe partij (Twitter) werden geplaatst. Nergens is vastgelegd dat Twitter de gegevens alleen mag gebruiken voor het meten van de kwaliteit of effectiviteit van de geleverde dienst. Daarmee kan niet worden uitgesloten dat deze scripts geen of geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker.²⁹

7.4.5 Deelconclusie

77. Ondanks dat ACM niet gehouden is de gedragingen van de NPO te toetsen aan de voorgestelde uitzondering in artikel 11.7a, derde lid, onder b, Tw (nieuw), heeft ACM uit coulance dit in de bestreden besluiten wel gedaan. Voor de heroverweging heeft zij nogmaals beoordeeld of de NPO een geslaagd beroep kan doen op de voorgestelde wijziging. ACM is van oordeel dat het plaatsen van gegevens voor de sociale media mogelijkheden en het opslaan van gebruikersvoorkeuren voor het afspelen van filmpjes en het tonen van reclame niet onder de voorgestelde wijziging valt. Al deze gegevens hebben niet tot doel om informatie over de effectiviteit en kwaliteit van de door de NPO geleverde dienst te verkrijgen.

7.5 Bevoegdheid ACM

78. De kop van hoofdstuk 2 van het bezwaarschrift van de NPO luidt: *Bevoegdheid ACM/CBP en ne bis in idem*. Met deze kop lijkt de NPO de suggestie te wekken dat ACM (of het CBP) de bevoegdheid mist om toe te zien op de naleving van artikel 11.7a Tw en handhavend op te treden.
79. ACM is van oordeel dat voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het dwangsombesluit en het invorderingsbesluit slechts de bevoegdheid van ACM relevant is. De mogelijkheid en de bevoegdheid van het CBP om met een ander besluit handhavend op te treden tegen de NPO speelt in de onderhavige zaak geen rol.
80. De bevoegdheid van ACM om toe te zien op de naleving van artikel 11.7a Tw volgde tot 1 augustus 2014 uit artikel 15.1, derde lid Tw (oud), thans bestaat deze op grond van artikel 15.1, tweede lid, Tw.³⁰
81. De bevoegdheid om bij een overtreding van artikel 11.7a Tw een last onder dwangsom op te leggen volgt uit artikel 15.2, tweede lid, Tw jo. artikel 5:32, eerste lid, Awb. De bevoegdheid om het invorderingsbesluit te nemen volgt uit artikel 5:37 Awb.

²⁹ Ook in de Memorie van toelichting wordt door de wetgever opgemerkt dat sociale media cookies in vele gevallen ook tracking cookies zijn en dus vaak meer dan geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer. Zie: *Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 25.*

³⁰ Zie: Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Staatsblad 2014, nr 247. Het grootste gedeelte van deze wet, waaronder de wijziging van artikel 15.1 van de Tw, is op 1 augustus 2014 in werking getreden, zie Staatsblad 2014, nr. 266.

Besluit Openbaar

82. Uit de bezwaren van de NPO blijkt ook voor het overige niet waarom ACM onbevoegd was om het dwangsombesluit en het invorderingsbesluit te nemen.

7.6 Schending ne bis in idem-beginsel

83. In hoofdstuk 2 van haar bezwaarschrift stelt de NPO dat sprake is van schending van het ne bis in idem-beginsel, omdat twee toezichthouders voor één en dezelfde gedraging van de NPO (implementatie van een cookie module) met maatregelen dreigen. Volgens de NPO loopt zij hierbij het risico door twee toezichthouders te worden beboet.

84. Hierna zal ACM uiteenzetten waarom zij van oordeel is dat het dwangsombesluit niet in strijd is met het ne bis in idem-beginsel.

7.6.1 Geen punitieve sanctie

85. In het bestuursrecht geldt voor het opleggen van bestuurlijke boetes het ne bis in idem-beginsel. Op grond van artikel 5:43 Awb legt een bestuursorgaan daarom geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd.

86. Een last onder dwangsom is op grond van artikel 5:31d Awb echter niet als een bestuurlijke boete, maar als een herstelsanctie aan te merken. Het ne bis in idem-beginsel geldt dan ook niet voor een last onder dwangsom. Dat volgt ook uit de memorie van toelichting bij de Awb:

Voor herstelsancties geldt niet het beginsel «ne bis in idem». Het is dus mogelijk voor één overtreding achtereenvolgens meer herstelsancties op te leggen. Herstelsancties zijn immers mogelijk omdat en zolang de onrechtmatige situatie blijft bestaan. Zo kan bijvoorbeeld voor een overtreding eerst een last onder dwangsom worden opgelegd, en vervolgens, als deze dwangsom niet effectief blijkt, een last onder bestuursdwang.³¹

87. Nu het bestreden besluit een last onder dwangsom is, kan gezien het bovenstaande geen sprake zijn van strijd met het ne bis in idem-beginsel.

7.6.2 Niet eerder een sanctie opgelegd voor dezelfde gedraging

88. Overigens stelt ACM vast dat in deze zaak niet eerder voor dezelfde overtreding een sanctie is opgelegd. Niet door ACM, maar ook niet door een andere toezichthouder. Er is door ACM op 15 juli 2014 een last onder dwangsom opgelegd aan de NPO voor de overtreding van artikel 11.7a Tw. Op dat moment was geen andere wegens dezelfde overtreding opgelegde herstelsanctie van kracht. Ook daarom kan het dwangsombesluit niet in strijd zijn met het ne bis in idem-beginsel.

7.6.3 Geen samenloop

89. Artikel 5:6 Awb bevat een verbod op cumulatie van twee of meer herstelsancties voor een overtreding. Op grond van dit artikel legt een bestuursorgaan geen herstelsanctie op zolang een andere wegens dezelfde overtreding opgelegde herstelsanctie van kracht is.

³¹ Kamerstukken II, 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 88

Besluit Openbaar

90. Van cumulatie van herstelsancties is naar het oordeel van ACM in dit geval ook geen sprake. De rechtmatigheid van het dwangsombesluit van ACM is niet afhankelijk van een ander dwangsombesluit dat eventueel op een later moment door een andere toezichthouder zal worden genomen.

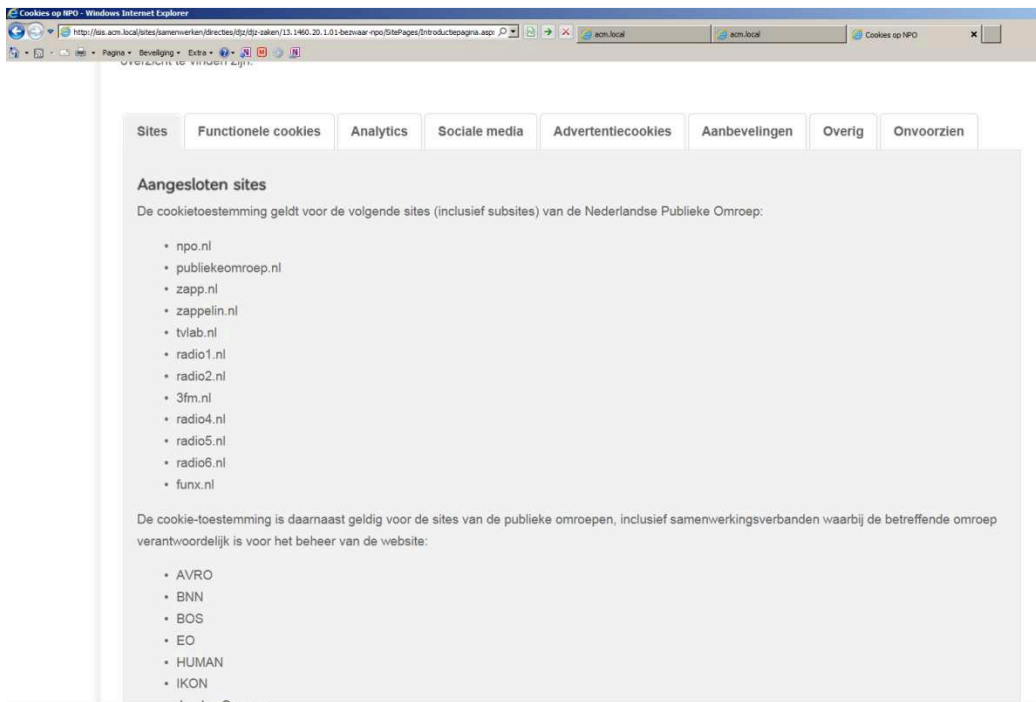
7.6.4 Deelconclusie

91. Aangezien geen sprake is van een punitieve sanctie, niet eerder een sanctie voor dezelfde overtreding is opgelegd en ook geen sprake is van cumulatie van sancties is ACM van oordeel dat het ne bis in idem-beginsel niet geschonden is.

7.7 Overtredingen waren niet kenbaar

92. Volgens de NPO is de reikwijdte van het dwangsombesluit niet voldoende kenbaar. Omdat de constatering en de feiten in het dwangsombesluit betrekking hebben op de websites www.uitzendinggemist.nl en www.npo.nl was het volgens de NPO niet kenbaar dat het dwangsombesluit ook betrekking had op andere onder haar verantwoordelijkheid vallende websites.
93. Uit het dictum van het dwangsombesluit (randnummer 185) volgt zonder meer dat de last geldt voor alle onder haar verantwoordelijkheid vallende websites:
- i. *De NPO dient alle onder haar verantwoordelijkheid vallende websites, waaronder in ieder geval de website bereikbaar op www.npo.nl met inachtneming van de in paragraaf 7.2 geconstateerde overtredingen en hetgeen ACM daarover heeft overwogen, op een zodanige manier aan te passen zodat:*
94. Tijdens de hoorzitting heeft de NPO aangegeven dat de reikwijdte van het dwangsombesluit in ieder geval duidelijk was na het e-mailbericht van ACM van 18 augustus 2014. Volgens ACM was de reikwijdte van het dwangsombesluit echter ook voor deze datum voldoende duidelijk.
95. Naar het oordeel van ACM kon er bij de NPO geen onduidelijkheid bestaan over welke websites onder haar verantwoordelijkheid vallen. Dat zijn in ieder geval de websites van de NPO zelf die staan vermeld op de hieronder opgenomen webpagina (te bereiken via <http://cookiesv2.publiekeomroep.nl/data/sites/npo.nl/cookielist/>):

Besluit Openbaar



19/20

96. Tijdens de hoorzitting is door de NPO nogmaals bevestigd dat genoemde websites (npo.nl, publiekeomroep.nl, zapp.nl, zappelin.nl, tvlab.nl, radio1.nl, radio2.nl, 3fm.nl, radio4.nl, radio5.nl, radio6.nl, funx.nl) onder haar verantwoordelijkheid vallen. Dat blijkt overigens ook duidelijk uit de (privacy)voorwaarden op de verschillende websites van de NPO, waarin vermeld wordt dat alle intellectuele eigendomsrechten van deze websites bij de NPO berusten.³²
97. Na verloop van de begunstigingstermijn heeft ACM onderzocht of de NPO al de websites die onder haar verantwoordelijkheid vallen heeft aangepast conform de lastgeving. De uitkomsten van dit onderzoek zijn in het invorderingsbesluit opgenomen. ACM heeft in het invorderingsbesluit vastgesteld dat via de websites radio4.nl, radio6.nl, 3fm.nl en funx.nl Javascripts werden geplaatst op de randapparatuur van gebruikers zonder dat daar toestemming voor gegeven is.³³
98. Gezien het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat er bij de NPO geen onduidelijkheid kon bestaan over de websites die onder haar verantwoordelijkheid vielen.

8 Dictum

³² Zie: <http://www.radio4.nl/#disclaimer>, <http://www.radio6.nl/voorwaarden> en <http://www.3fm.nl/voorwaarden>.

³³ Zie randnummers 26 en 27 van het invorderingsbesluit.

Besluit
Openbaar

99. De Autoriteit Consument en Markt verklaart de bezwaren van de NPO gericht tegen het dwangsbesluit met kenmerk ACM/DC/2014/201822 en het invorderingsbesluit met kenmerk ACM/DC/2014/205899 ongegrond.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

[w.g. 19 december 2014]
mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

20/20

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.