

Vorbereiding bestuurlijk overleg AP/ACM 15 oktober 2018

11 oktober 2018

Aanleiding

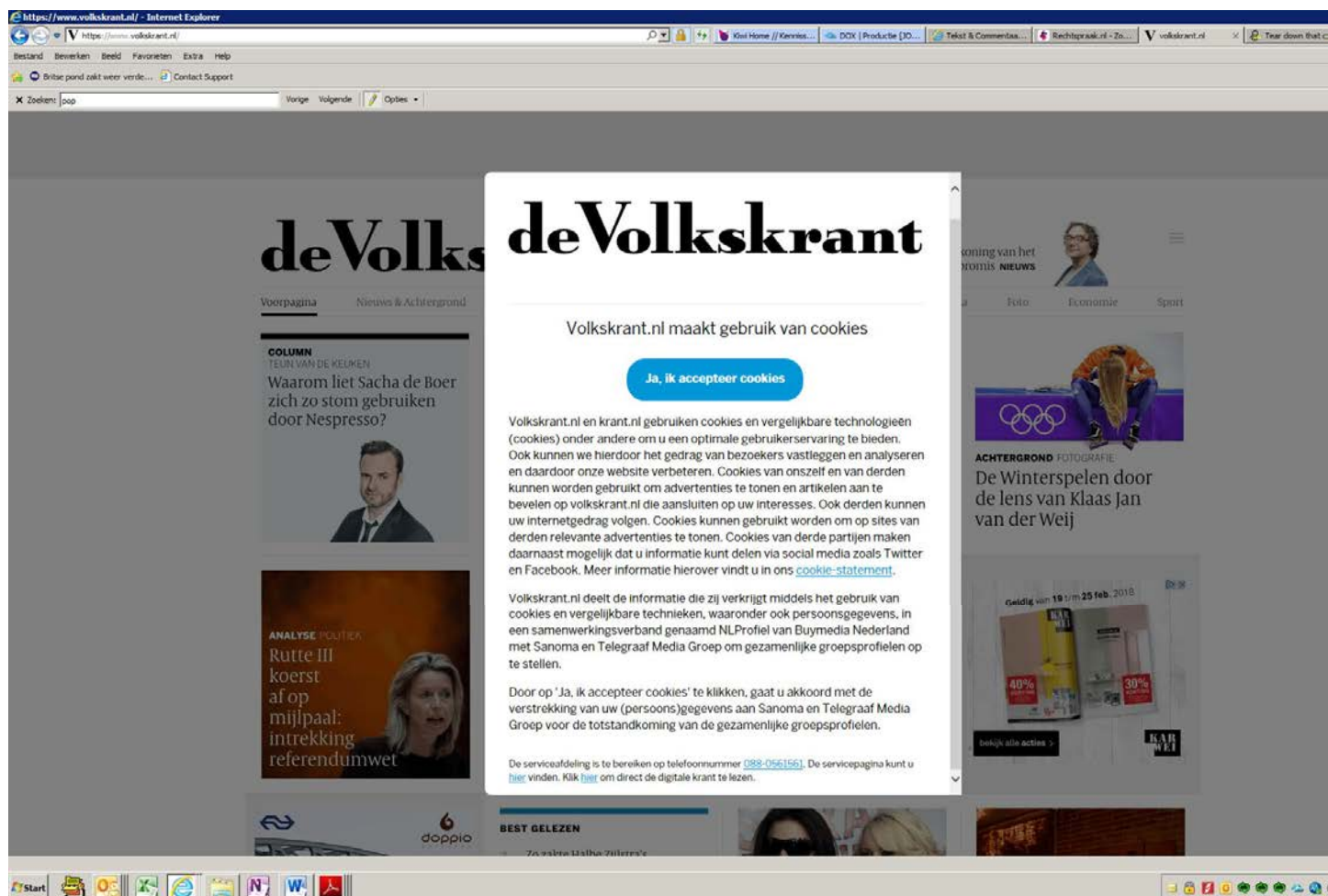
De AP heeft aangekondigd een bestuurlijk overleg te willen met als onderwerp 'cookiemuren'. Navraag bij [REDACTED] leverde op dat de AP strenger wil gaan optreden tegen websites die gebruik maken van cookiemuren. Reden hiervan is de inwerkingtreding van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en het in de AVG opgenomen strengere begrip 'toestemming'.

Van belang is dat in de Telecommunicatiewet (Tw) het begrip toestemming wordt gedefinieerd als toestemming in de zin van de AVG.

Hieronder zal ik kort de belangrijkste aspecten rondom cookiemuren en het cookietoezicht toelichten.

Wat is een cookiemuur?

De cookiemuur is een dwingende pop-up/banner op een website die je dwingt om op 'ok' of 'akkoord' te klikken. Wordt er niet op 'ok', 'ja' of 'akkoord' geklikt dan wordt er geen toegang tot de website verleend. Een voorbeeld van een cookiemuur is te vinden op de site van De Volkskrant:



De gebruiker krijgt bij De Volkskrant alleen toegang tot de website als hij akkoord gaat met het plaatsen van cookies.

Welke wetgeving is relevant in het kader van cookiemuren:

Allereerst is er de cookiebepaling in de Telecommunicatiewet (art. 11.7a). Dit artikel schrijft voor dat een ieder (vaak de website eigenaar) voorafgaande toestemming moet hebben om gegevens/informatie (cookies¹) te mogen plaatsen op de randapparatuur (computer, tablet, telefoon etc.) van een gebruiker en ook toestemming moet hebben om informatie die al op de randapparatuur van de gebruiker staat te mogen lezen. De cookiewet ziet alleen op het plaatsen of lezen van informatie. Het betreft dan alle soorten van informatie en het maakt daarbij niet uit of die informatie persoonsgegevens bevat.

De te plaatsen of lezen informatie kan ook persoonsgegevens bevatten. Dit is (bijvoorbeeld) het geval bij tracking cookies. Tracking cookies worden gebruikt om gebruikers over het internet te volgen. Met tracking cookies worden veelal profielen van gebruikers opgebouwd. Die profielen worden weer gebruikt voor reclamedoeleinden. Zo kan het voorkomen dat je na een bezoek aan Zalando op de website van Nu.nl reclamebanners ziet met producten die net bij Zalando zijn bekeken. In het geval van tracking cookies worden vaak ook persoonsgegevens verwerkt (niet in de laatste plaats omdat met die tracking cookies profielen van gebruikers worden opgebouwd).

Op het moment dat er met cookies persoonsgegevens worden verwerkt is ook de AVG van toepassing. Voor de verwerking van deze persoonsgegevens heeft de website-eigenaar een rechtsgrondslag nodig in de AVG (dit kan zijn het 'gerechtvaardigd belang' maar zal veelal de 'toestemming' betreffen). Zeker de populaire websites maken gebruik van tracking cookies.

Omdat zoveel sites tracking cookies gebruiken en dus (waarschijnlijk) persoonsgegevens verwerken zijn in het geval van cookies vaak twee toezichthouders bevoegd:

1. ACM: Voor het mogen plaatsen of lezen van informatie is voorafgaande toestemming van de gebruiker nodig (artikel 11.7a van de Tw).
2. AP: Voor de verwerking van persoonsgegevens is een rechtsgrond benodigd; dit is veelal de 'toestemming' als bedoeld in artikel 6 van de AVG.

Wat is nu 'toestemming'?

De AVG definieert 'toestemming' als volgt in artikel 4 lid 11:

„toestemming” van de betrokkene: elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt;

¹ Het gaat hier om alle soorten informatie. In de praktijk betreft het cookies, javascripts en web-beacons. Voor het gemak spreek ik in dit document alleen over cookies.

In artikel 7 lid 4 wordt het onderdeel 'vrije' nader uitgelegd:

Bij de beoordeling van de vraag of de toestemming vrijelijk kan worden gegeven, wordt onder meer ten sterkste rekening gehouden met de vraag of voor de uitvoering van een overeenkomst, met inbegrip van een dienstenovereenkomst, toestemming vereist is voor een verwerking van persoonsgegevens die niet noodzakelijk is voor de uitvoering van die overeenkomst.

In de toelichting op de AVG wordt ook het volgende aangegeven over toestemming:

Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.

De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.

Het probleem bij een cookiemuur

De AVG vereist dat een toestemming 'vrijelijk' moet zijn verleend. Aan het weigeren van toestemming mogen derhalve geen negatieve gevolgen verbonden worden. De cookiemuur bevat echter zelden een 'weiger' of 'nee' button en als zo'n button er al is dan heeft deze weinig waarde omdat de site zonder het accepteren van cookies vaak slecht werkt. De website eigenaren hebben er ook geen baat bij om gebruikers een goedwerkende website te bieden die te bezoeken is zonder het accepteren van cookies. Met de cookies wordt immers het aanbieden van (gepersonaliseerde) reclame op de website mogelijk en voor veel websites is die reclame de grootste inkomstenbron. Voor de website eigenaar is het dus van belang dat zoveel mogelijk bezoekers de cookies accepteren.

Van een toestemming die op deze basis (afgedwongen) wordt verkregen kan niet gezegd worden dat deze 'vrijelijk' door de bezoeker is gegeven.

[REDACTED]

Onze ervaring in de handhaving

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

De privacy paradox

[REDACTED]

[REDACTED]

Handhaving door de AP

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Vorbereiding bestuurlijk overleg AP/ACM 29 oktober 2018

26 oktober 2018

Aanleiding

Maandag 29 oktober is er een kennismakingsgesprek tussen de bestuursvoorzitters van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP) en de ACM.

Mij is gevraagd om een korte beschrijving te geven van de werkzaamheden van de AP en de ACM waarbij er sprake is van een overlap in de bevoegdheden van beide autoriteiten.

Hieronder zal ik deze beschrijving geven. Tevens heb ik bijgesloten het voorbereidingsdocument dat gebruikt is voor het gesprek ACM – AP van 15 oktober. Dat gesprek ging voornamelijk over het voornemen van de AP om cookiemuren te verbieden.

Overlappende bevoegdheden

De onderwerpen waarbij de AP en de ACM een overlap in de bevoegdheden hebben bevinden zich in hoofdstuk 11 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Het betreft dan de volgende onderwerpen:

De Zorgplicht

Artikelen 11.2 en 11.3 van de Tw kennen een zelfde strekking als artikelen 24,25 en 32 van de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG). Deze artikelen omvatten de Zorgplicht van bedrijven om er zorg voor te dragen dat zij een goed beschermingsniveau hebben voor de persoonsgegevens die zij verwerken. De Zorgplicht waar de AP op toeziet omvat feitelijk alle bedrijven. De Zorgplicht uit de Tw ziet alleen op telecom-aanbieders. In het samenwerkingsprotocol hebben de AP en de ACM afgesproken dat de AP de handhaving van de Zorgplicht op zich neemt (artikel 18 van het samenwerkingsprotocol ACM – AP).

Spam en telemarketing

Artikel 11.7 van de Tw bevat kortweg het spamverbod en de regels omtrent Telemarketing. Omdat er bij spam en telemarketing ook persoonsgegevens worden verwerkt heeft ook de AP bevoegdheden. In de AVG en in de Tw is het recht van bezwaar opgenomen (in artikel 21 AVG respectievelijk 11.7 Tw). Dit recht houdt in dat de betrokkene bezwaar kan maken tegen gebruik van zijn persoonsgegevens voor marketingactiviteiten.

In artikel 17 van het samenwerkingsprotocol wordt de samenwerking met betrekking tot spam geregeld

Cookies

In artikel 11.7a van de Tw is de zogenaamde 'cookiebepaling' opgenomen. Ook bij cookies geldt dat er bijna altijd persoonsgegevens worden verwerkt zodat ook de AP bevoegdheden heeft om op te treden. In het samenwerkingsprotocol is in artikel 19 een regeling voor de samenwerking op het gebied van cookies opgenomen.

Voor de cookiebepaling geldt dat deze afkomstig is uit de E-privacy richtlijn. Thans wordt deze richtlijn omgezet in een verordening. Zoals het er nu naar uitziet wordt met de inwerkingtreding van de nieuwe E-Privacy verordening de AP (als enige) bevoegd om de cookiebepaling te handhaven (in Nederland).

Samenwerking met de AP

- De ACM en de AP werken samen in het kader van Dataveiligheid in de energiemarkt.
- Internationaal is er veel belangstelling voor de vergevorderde Nederlandse samenwerking tussen de consumentenbeschermers en de privacy toezichthouder. Afgelopen jaar is hier door de ACM veel over gesproken, o.a. tijdens panels ICPEN bijeenkomsten (Berlijn en Turkije), EDPS Clearing

House (Brussel) en GPEN conferentie (Manchester). Tevens is er een resolutie ten aanzien van samenwerking tussen privacy- en consumententoezichthouders aangenomen op de ICDPPC.

-

[REDACTED]

Belangrijk is dat de AP en de ACM elkaar makkelijk op medewerker niveau moeten kunnen vinden om over gezamenlijke onderwerpen te spreken (voor een voorbeeld waarbij de communicatie niet goed was verwijs ik naar het tweede punt onder 'actuele zaken').

Actuele zaken

1. E-Privacy verordening: In het voorstel voor een verordening komt het volledige toezicht op de E-privacy verordening bij de AP te liggen; dus niet alleen toezicht op cookies, maar ook de overige Telecommunicatiewet bepalingen (telemarketing, spam, nummers etc).
2. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
3. De AP is voornemens om de Belastingdienst te verbieden om BSN nummers van ZZP'ers te gebruiken in de btw-nummers van de betreffende ondernemers. ZZP'ers zijn verplicht om hun btw-nummer (waarvan het BSN een onderdeel vormt) te vermelden op hun website. Dit levert de rare situatie op dat ondernemers hun BSN nummer moeten prijsgeven op hun website terwijl het BSN nummer (i.v.m. risico op identiteitsfraude) slechts in enkele (bij de wet geregelde) gevallen hoeft te worden prijsgegeven. De AP heeft bij de ACM gemeld dat zij graag in een persbericht bij het besluit tot het opleggen van het verwerkingsverbod aan de Belastingdienst een boodschap wil opnemen waaruit blijkt dat de ACM geen prioriteit geeft aan handhaving van de wettelijke plicht het btw-nummer op de website van webwinkels te publiceren. Hiermee wordt volgens de AP een impliciete boodschap afgegeven aan ZZP'ers, dat zij niet worden gehandhaafd door de ACM, als zij besluiten hun btw-nummer niet (langer) te plaatsen op hun website. Overigens geeft de ACM al geen prioriteit aan handhaving van de plicht tot publicatie van het btw-nummer op een website van een ZZP'er.