

Vergaderjaar 2014–2015

33 902

Wijziging van de Telecommunicatiewet (wijziging artikel 11.7a)

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 5 december 2014

Met belangstelling heeft de regering kennisgenomen van de vragen en opmerkingen van de vaste commissie voor Economische Zaken. De regering is de leden van de verschillende fracties erkentelijk voor hun inbreng.

Vragen en opmerkingen van de leden van de VVD-fractie

Europeesrechtelijke aspecten

De leden van de fractie van de VVD merken op dat in overweging 33 van de voorgestelde Europese algemene verordening gegevensbescherming (COM(2012) 11) letterlijk staat dat toestemming geen rechtsgeldige grondslag is wanneer de betrokkene geen echt vrije keuze heeft en zijn toestemming derhalve niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen. Zij vragen hoe het onderhavig wetsvoorstel moet worden gezien in het licht van de voorgestelde regeling omtrent toestemming in de voorgestelde Europese privacyverordening. Ook vragen zij of de Europese verordening als deze van kracht is geworden, voorrang heeft boven de Telecommunicatiewet.

Als de voorgestelde algemene verordening van kracht is geworden heeft deze voorrang boven de Telecommunicatiewet. Op dit punt brengt de verordening echter geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Ook nu geldt reeds dat de toestemming alleen rechtsgeldig is als degene die toestemming geeft de keuze daartoe in vrijheid heeft kunnen maken. Of dat in een concreet geval aan de orde is zal in de context van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet moeten worden beoordeeld door de ACM aan de hand van de omstandigheden van het geval. Wel zijn in de memorie van toelichting en tijdens de behandeling in de Tweede Kamer enige voorbeelden genoemd waarin evident geen sprake is van een vrije keuze, zoals, bijvoorbeeld, het geval waarin cookies moeten worden geaccepteerd om een wettelijk recht te kunnen uitoefenen. Daarnaast is in het vijfde lid van artikel 11.7a bepaald dat de toegang tot een door of namens een krachtens publiekrecht ingestelde

rechtspersoon geleverde dienst van de informatiemaatschappij niet afhankelijk mag worden gemaakt van het al dan niet geven van toestemming.

Vragen en opmerkingen van de leden van de PvdA-fractie

Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

De leden van de fractie van de PvdA vragen aan de hand van welke criteria de regering beoordeelt of een cookie «geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer». Ook vragen voornoemde leden zich af of de regering dit gaat monitoren en of de bepaling wel handhaafbaar en uitvoerbaar is.

Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer (Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, nr. 6, p. 3 e.v.) al is opgemerkt is het bij het lezen en plaatsen van cookies op het randapparaat van de gebruiker vrijwel altijd zo dat de plaatser/lezer van de cookie op die manier een bepaalde voorkeur of activiteit van de eindgebruiker kan waarnemen. Het gaat er vanuit privacy-oogpunt echter vooral om wat er vervolgens met de verzamelde informatie gebeurt. Als de informatie bijvoorbeeld alleen maar wordt gebruikt om de website te verbeteren of te kijken welke reclame-uiting het best aanslaat, zijn de gevolgen voor de privacy gering. Anders wordt het als er met de verzamelde gegevens een persoonlijk profiel wordt opgesteld van de gebruiker op grond waarvan de gebruiker anders kan worden behandeld. In hoofdstuk 3 van de memorie van toelichting (Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, 33 902, nr. 3, p. 8 t/m 11) is aan de hand van veel voorkomende cookies een uitgebreidere toelichting gegeven op de omstandigheden waaronder sprake is van «geen of geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer». ACM beoordeelt op basis van deze uitgangspunten of een bepaald gebruik van cookies al dan niet meer dan geringe gevolgen heeft voor de privacy. Mochten hierin duidelijke trends ontstaan dan kan ACM daarover meer helderheid verschaffen in beleidsregels.

Wat er in de praktijk met de verzamelde gegevens gebeurt is te controleren. Dit gebeurt niet door de regering maar door de ACM, die toezicht houdt op de naleving van artikel 11.7a. De ACM kan, gebruikmakende van haar handhavingsbevoegdheden, bij een internetonderneming bekijken wat er met de verzamelde informatie gebeurt. Zo kan ACM bijvoorbeeld bekijken of de verzamelde informatie snel blijvend wordt geanonimiseerd zodat het opstellen van profielen onmogelijk wordt.

Vragen en opmerkingen van de leden van de CDA-fractie

Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

De leden van de fractie van het CDA vragen waarom artikel 11.7a beperkt is tot een bepaalde techniek, die bovendien de convergentie van internet en digitale televisie veronachtzaamt. Bovendien merken de leden van de fractie van de CDA op dat het niet accepteren van cookies zal betekenen dat er geen advertenties zullen worden toegestuurd, maar niet dat er geen tracking of tracing (meer) zal plaatsvinden. Zij merken daarbij nog op dat men de toestemmingseis vrij gemakkelijk kan omzeilen door logfile analyse of «sniffing», een manier van informatieverzameling waarbij geen informatie wordt geplaatst op de randapparatuur van de gebruiker.

Het is juist niet zo dat artikel 11.7a beperkt is tot een bepaalde techniek. De informatieplicht en het toestemmingvereiste gelden bij alle situaties waarbij informatie op een randapparaat van een eindgebruiker wordt geplaatst, of dit nu een pc, laptop, smart tv of smartphone is. Zo vallen

ook de door de leden van de fractie van het CDA genoemde technieken van logfile analyse en sniffing onder de reikwijdte van artikel 11.7a. Bij logfile analyse wordt van de computer van de eindgebruiker verkregen informatie «gelezen» door de ontvanger van de informatie. Wanneer deze informatie alleen maar wordt gebruikt om de communicatie technisch mogelijk te maken is de informatieplicht en het toestemmingsvereiste niet van toepassing (zie het derde lid, onder a). Wordt echter kennis genomen van de informatie met als doel het opstellen van individuele gebruiksprofielen op grond waarvan de eindgebruiker anders kan worden behandeld dan is er sprake van het lezen van informatie waarvoor de informatieplicht en het toestemmingsvereiste van artikel 11.7a geldt. Hetzelfde geldt voor sniffing, immers ook daarbij wordt informatie afkomstig van de computer van de eindgebruiker gelezen. Verder valt ook het volgen van surfgedrag en kijkgedrag via smart tv's en digitale decoders onder de reikwijdte van artikel 17.7a.

Tot slot wordt opgemerkt dat het weigeren van cookies er niet toe hoeft te leiden dat er geen reclame wordt getoond. Het zal er -als conform de regels wordt gehandeld- wel toe leiden dat de getoonde reclame niet is afgestemd op de uit het surfgedrag afgeleide interesses van de eindgebruiker.

De leden van de fractie van het CDA vragen verder waarom het geven van toestemming via de browserinstellingen in de praktijk niet wordt gerealiseerd. De leden van de fractie van het CDA verwijzen daarbij onder meer naar de pagina's 16 en 24 van de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel waarin is aangegeven dat het bij browsers mogelijk is dat de «bezoeker, indien gewenst, per type cookie kan instellen of hij al dan niet toestemming verleent». Ook geven voornoemde leden aan bekend te zijn met het feit dat er in het verleden overleg heeft plaatsgevonden tussen de Europese Commissie en het World Wide Web Consortium, waarbij ook de Artikel 29 werkgroep was betrokken en dat dat overleg slechts tot een -uiteraard niet toelaatbaar- opt-out systeem heeft geleid. De leden van de fractie van het CDA vragen of dit onverlet laat dat er thans uitzicht bestaat op een browserinstelling met een «do not track button» die de betekenis heeft van een «do not collect button» die wel aan de wettelijke eisen voldoet.

Theoretisch is het mogelijk dat een browser zo is ingericht dat hij geschikt is om rechtsgeldig toestemming te geven voor het plaatsen en lezen van cookies. Belangrijk bij het rechtsgeldig geven van toestemming is dat de toestemming bewust wordt gegeven door een handeling van de betrokkene (en dus niet via een standaardinstelling) en dat de keuze voldoende specifiek kan zijn. Dit vereist van browsers allereerst dat ze niet standaard op het accepteren van cookies staan ingesteld. Daarnaast moet de browser voldoende mogelijkheden bieden om per website of toepassing of afhankelijk van het doel waarvoor de cookieplaatser diens gegevens wil gebruiken al dan niet toestemming te geven. Verder doet deze mogelijke manier van het geven van toestemming uiteraard niets af aan het feit dat gebruikers van internet voor de plaatsing van de cookies afdoende geïnformeerd moeten worden. Een rechtsgeldige toestemming moet immers gebaseerd zijn op adequate informatie omtrent de te plaatsen cookies en de daarmee verwerkte gegevens. De huidige browsers voldoen niet aan deze vereisten en zijn daarom niet geschikt om toestemming mee te geven. Om tot de vereiste aanpassing van browsers te komen zijn internationale afspraken nodig, minimaal op Europees niveau, maar bij voorkeur op wereldniveau. Zoals de leden van de fractie van het CDA terecht opmerkten heeft de Europese Commissie een poging gedaan om tot dergelijke afspraken te komen. Dit heeft echter helaas niet tot een bevredigend resultaat geleid.

Ik wijs er op dat een «do not collect button» niet aan de wettelijke vereisten voldoet. De wet en de richtlijn waar deze op gebaseerd is, schrijven voor dat door middel van een handeling, bijvoorbeeld het klikken op een button, toestemming moet zijn gegeven voor het lezen/schrijven van de gegevens. Het niet gebruiken van een «do not collect button» kan niet worden gezien als een dergelijke actieve handeling. Hieruit kan dus geen toestemming worden afgeleid. Daarvoor moet, met andere woorden, een «do track button» zijn gebruikt, of door middel van een andere handeling actief en bewust toestemming zijn gegeven.

Delegatie

De leden van de fractie van het CDA merken verder op dat in het zesde lid van artikel 11.7a de mogelijkheid is opgenomen tot subdelegatie, zonder dat daarbij inschakeling van het College bescherming persoonsgegevens (CBP) is voorgeschreven. Deze leden vroegen welke de doorslaggevende redenen zijn voor enerzijds de uitbreiding van de delegatie en anderzijds de uitsluiting van de vraag om advies van het College bescherming persoonsgegevens.

Bij de nadere regels bedoeld in het zesde lid kan het gaan om een verdere uitwerking van de informatieplicht en het toestemmingsvereiste of om een nadere uitwerking van de uitzonderingen hierop. Daarbij kan het gaan om zaken die vrij technisch en gedetailleerd van aard zijn (bijvoorbeeld de plaats, inhoud of vorm van een cookiemelding) en zich goed lenen voor regeling op een lager niveau. Meer fundamentele nadere regels zullen echter worden geregeld op het niveau van de algemene maatregel van bestuur. Tegen deze achtergrond is er voor gekozen om alleen ten aanzien van de algemene maatregel van bestuur advies van het CBP te vragen. Dit is in lijn met artikel 51, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens, waarin is bepaald dat het CBP om advies wordt gevraagd over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur die geheel of voor een belangrijk deel betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens.

Vragen en opmerkingen van de leden van de SP-fractie

Cookiemuren

De leden van de fractie van de SP merken op dat de Minister over cookiemuren die van infrastructureel belang zijn en die niet van een publieke instelling zijn, heeft aangegeven aan ACM over te laten of het gebruik van cookiemuren wenselijk is. Voorts merken zij op dat de Minister heeft aangegeven dat er voldoende alternatieven zijn voor deze sites. Voornoemde leden geven aan deze alternatieven te betwijfelen en wijzen daarbij op de verschillen in actualiteit tussen bepaalde sites op het terrein van het openbaar vervoer, zoals het verschil tussen OV9292 en de sites van HTM of het GVB, waarbij deze laatste sites actueler zijn. De leden van de fractie van de SP vragen daarom of de burger in dit geval kan kiezen en toch niet gedwongen wordt om cookies te accepteren omdat de dienst anders niet beschikbaar is.

Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is aangegeven dat er naar de opvatting van de regering voldoende keuzemogelijkheden zijn bij het verkrijgen van informatie omtrent het openbaar vervoer en dat er daarom vooralsnog geen reden lijkt te bestaan voor het in zijn algemeenheid niet toelaatbaar achten van het gebruik van cookiemuren op deze websites. Uiteindelijk zal echter -als het gebruik van cookiemuren daadwerkelijk aan de orde is- de ACM moeten beoordelen of het gebruik van cookiemuren bij deze sites toelaatbaar is. Het criterium

dat ACM daarbij hanteert is of de eindgebruiker van een bepaalde site in vrijheid een keuze kan maken. Daarbij zal goed moeten worden gekeken naar de omstandigheden van het concrete geval, waarbij ook de actualiteit van de site vergeleken met die van alternatieven een rol kan spelen.

De leden van de fractie van de SP gaan verder in op het gebruik van cookiemuren bij commerciële sites. Voornoemde leden merken op dat sommige sociale media sites steeds belangrijker worden in onze samenleving. Zij wijzen er daarbij op dat het hebben van een LinkedIn-account bijna een voorwaarde is voor sollicitaties of een bedrijfsbeleid. De leden van de fractie van de SP vinden daarom dat het aan de ACM overlaten van de beslissing om al dan niet een cookiemuur te accepteren te gemakkelijk is. Zij merken op dat omdat het hier om de privacy van de burger gaat, de politiek richtlijnen dient te geven en dat een verbod op cookiemuren zorgvuldig door de overheid bekeken dient te worden. Zij vragen daarom of de regering bereid is een onderzoek te laten uitvoeren naar de wenselijkheid van een verbod op cookiemuren op andere sites dan tot nu toe in de wetswijziging vastligt.

Ik zie geen reden voor een dergelijk onderzoek. Of een site al dan niet rechtsgeldig gebruik mag maken van een cookiemuur hangt af van het antwoord op de vraag of een eindgebruiker in vrijheid een keuze kan maken. Dat moet beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Belangrijk daarbij is dat die omstandigheden in de loop van de tijd kunnen veranderen. Een dergelijke beoordeling hoort dan ook thuis bij de toezichthouder.

Geen of geringe invloed op de privacy

De leden van de fractie van de SP vragen de regering waarom zij niet voor een scherpere omschrijving heeft gekozen dan «geen of geringe invloed op de privacy».

Voor de formulering «geen of geringe gevolgen» is gekozen om de bepaling techniekneutraal te houden. Het alternatief was namelijk geweest om bepaalde type cookies, zoals de analytic cookie, te omschrijven en deze vrij te stellen van de informatieplicht en het toestemmingsvereiste. Dit zou als nadeel hebben gehad dat bij ontstaan van een nieuw type cookie de wet zou moeten worden aangepast. Maar bovendien kan niet in zijn algemeenheid worden gezegd dat elke analytic cookie geringe privacygevolgen heeft, het gaat er om wat er verder met de via een cookie vergaarde informatie wordt gedaan. De mate waarin cookiegebruik of andere situaties waarin informatie op de het randapparaat van een eindgebruiker wordt gelezen of geplaatst, een inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer bepaalt of een uitzondering op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste te rechtvaardigen is in het licht van het doel van de cookiebepaling: de bescherming van de privacy van eindgebruikers.

Awareness

De leden van de fractie van de SP vragen of de regering het met hen eens is dat een betere voorlichting ook zal helpen bij een betere privacybescherming. Ook willen deze leden weten wat de regering zal doen om de awareness te versterken van gebruikers van het internet.

Goede voorlichting is inderdaad belangrijk voor het goed functioneren van artikel 11.7a en daarmee voor de bescherming van de privacy. Ik ben

dan ook van plan te zorgen voor een goede informatievoorziening. Dit zal onder andere gebeuren door duidelijke informatie op de website van ACM.

Vragen en opmerkingen van de leden van de GroenLinks-fractie

Privacy

De leden van de fractie van GroenLinks vragen de regering helderheid te verschaffen over de vraag wat er nu precies verstaan wordt onder het beoogde gebruiksgemak voor gebruikers van elektronische communicatienetwerken. De genoemde leden vrezen dat hiermee de bestaande cookiebepalingen ondergraven kunnen worden. Zij vragen de regering verder om een uitgebreide toelichting op de gevolgen van dit wetsvoorstel voor de privacy van gebruikers en op de wijze waarop de regering voorkomt dat de privacy van gebruikers ondergeschikt gemaakt wordt aan commerciële doeleinden. De leden van de fractie van GroenLinks vragen in dit verband nog of de voorgestelde wijziging mogelijkheden kan bieden voor het online tracken van internetgebruikers, en zo nee, hoe dat precies voorkomen wordt onder de voorgestelde toekomstige wetgeving.

Artikel 11.7a strekt er toe de persoonlijke levenssfeer van de internetgebruiker te beschermen. Door de informatieplicht en het toestemmingsvereiste van artikel 11.7a wordt de internetter geconfronteerd met informatie over cookies en de vraag om toestemming voor het plaatsen en lezen van cookies. Dit doet voor veel internetgebruikers afbreuk aan het gebruiksgemak. Dit is echter acceptabel indien dit leidt tot een betere bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Anders ligt dit als de persoonlijke levenssfeer niet in het geding is. En dat is nu precies waar de huidige bepaling te ver gaat. Immers op grond van het nu geldende artikel 11.7a geldt de informatieplicht en het toestemmingsvereiste ook als de privacy niet in het geding is. Voorbeelden hiervan zijn de in de memorie van toelichting genoemde analytic cookies, indien die alleen maar worden gebruikt om de kwaliteit van de website te verbeteren. Daarom worden in het wetsvoorstel cookies die geen of slechts geringe gevolgen voor de privacy hebben uitgezonderd van de informatieplicht en het toestemmingsvereiste. Dit zal zowel het gebruiksgemak verhogen als de privacybescherming verbeteren, omdat internetgebruikers dan alleen zullen worden geconfronteerd met informatie en de toestemmingsvraag als hun privacy daadwerkelijk in het geding is.

Als er, al dan niet om commerciële reden, surfgedrag wordt gevolgd om individuele gebruiksprofielen op te stellen, dan zijn er meer dan geringe gevolgen voor de privacy. Bij dit online tracken blijft de informatieplicht en het toestemmingsvereiste dan ook onverkort gelden. Het is dus zeker niet zo dat dit wetsvoorstel het belang van de privacy ondergeschikt maakt aan commerciële belangen: het belang van de privacy blijft voorop staan.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp