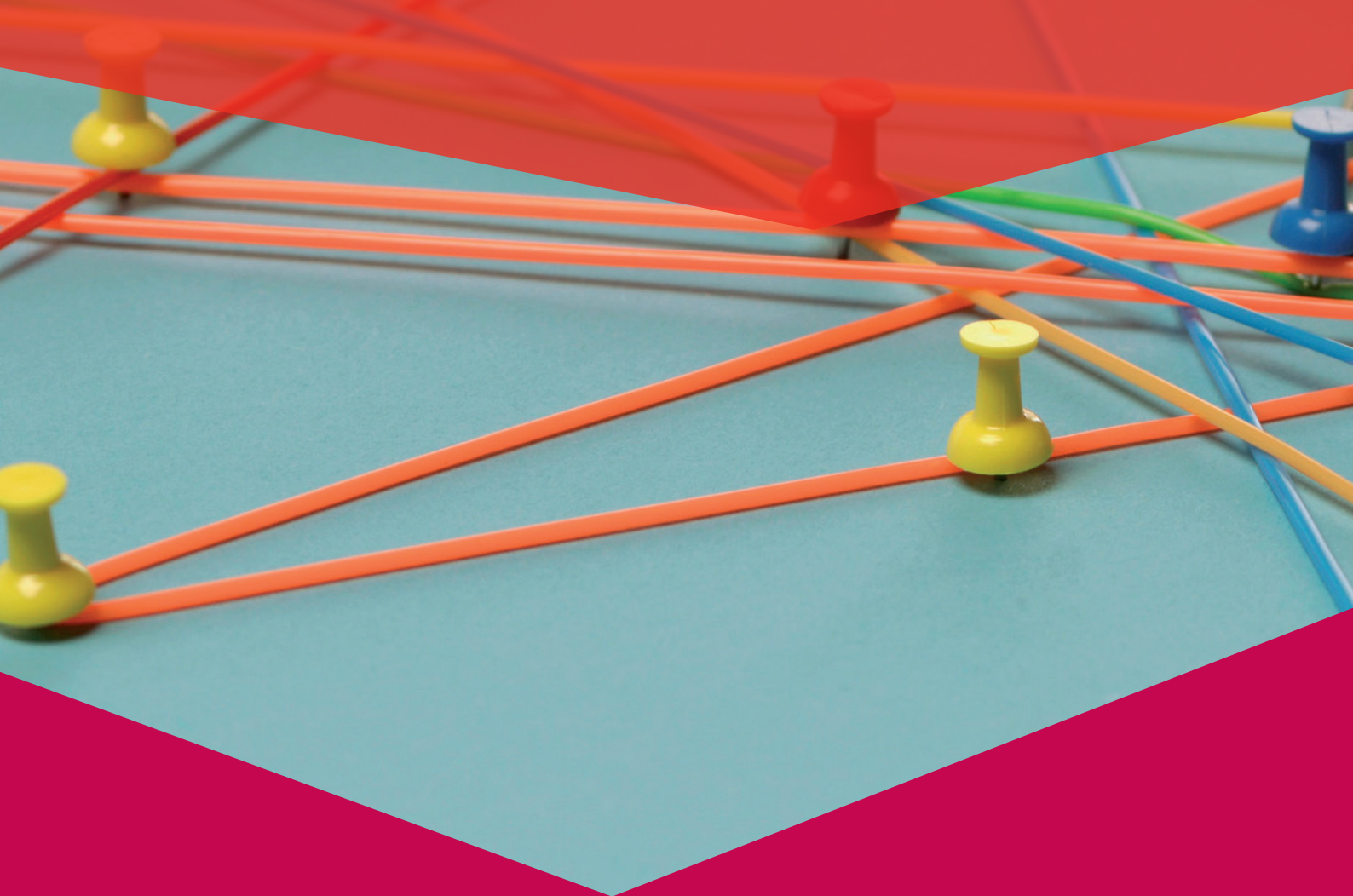


Onderzoek naar bronnen van regeldruk bij de Cookiebepaling



REGIOPLAN
BELEIDSONDERZOEK

BRONNEN VAN REGELDRUK BIJ DE COOKIEBEPALING

- eindrapport -

Auteurs:

mr. drs. Nehemia Aipassa

drs. Ger Homburg

mr. drs. Willemijn Smit

Regioplan

Jollemanhof 18

1019 GW Amsterdam

Tel.: +31 (0)20 - 5315315

www.regioplan.nl

Amsterdam, september 2016
Publicatienr. 16017

© 2016 Regioplan, in opdracht van Actal

Het gebruik van cijfers en/of teksten als toelichting of ondersteuning in artikelen, scripties en boeken is toegestaan mits de bron duidelijk wordt vermeld.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand en/of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Regioplan.

Regioplan aanvaardt geen aansprakelijkheid voor drukfouten en/of andere onvolkomenheden.

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	I
1 Inleiding	1
1.1 Aanleiding onderzoek	1
1.2 Doel en vraagstelling onderzoek	1
1.3 Cookies en de cookiebepaling	2
1.4 De opzet van het onderzoek	3
1.5 Analyse kader bronnen van regeldruk	4
1.6 Regeldruk en het standaard kostenmodel	6
1.7 Leeswijzer	7
2 Wetsgeschiedenis en beleidstheorie van de cookiebepaling	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Totstandkoming Privacyrichtlijnen (1995/46/EG & 2002/58/EG) en Richtlijn Burgerrechten (2009/136/EG) ...	9
2.3 Implementatie Bijzondere Privacyrichtlijn in Telecommunicatiewet	11
2.4 Implementatie artikel 5 lid 3 Bijzondere Privacyrichtlijn in andere lidstaten	12
2.5 Beleidstheorie van de cookiebepaling	14
3 Overzicht oorzaken regeldruk	17
3.1 Inleiding	17
3.2 Als-danmoment 1: amendementen Europees Parlement Bijzondere Privacyrichtlijn (2001)	17
3.3 Als-danmoment 2: amendementen Europees Parlement Richtlijn Burgerrechten (2008-2009)	21
3.4 Als-danmoment 3: wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen, 2012	26
3.5 Als-danmoment 4: wijziging van de Tw (wijziging artikel 11.7a), 2015	31
3.6 Overzicht: bronnen van regeldruk	34
4 Regeldruk	37
4.1 Inleiding	37
4.2 Administratieve lasten	38
4.3 Inhoudelijke nalevingskosten	40
4.4 Regeldruk buiten het SKM	41
4.5 Overige lasten	42
4.6 Nalevingstekort en -overschot	43
4.7 Overzicht kwantificering regeldruk	44
4.8 Regeldruk en wettelijke regimes	44

5	Effectiviteit en proportionaliteit.....	47
5.1	Beleidsprobleem.....	47
5.2	Effectiviteit.....	49
5.3	Regeldruk.....	51
5.4	Afweging proportionaliteit.....	51
5.5	Alternatieven.....	52
6	Conclusies en aanbevelingen.....	55
6.1	Conclusies.....	55
6.2	Aanbevelingen.....	59
Bijlagen		61
Bijlage 1	Wettekst artikel 11.7a Tw.....	63
Bijlage 2	Overzicht instanties/respondenten	65
Bijlage 3	Uitleg browserinstellingen voor toestemming cookies.....	67
Bijlage 4	Toelichting uitgangspunten voor ramingen	69

SAMENVATTING

Onderzoek naar de cookiebepaling

In opdracht van Actal heeft RegioPlan Beleidsonderzoek een onderzoek uitgevoerd naar bronnen van regeldruk bij de cookiebepaling. Het onderzoek heeft tot doel om in kaart te brengen hoe de cookiebepaling tot stand is gekomen en wat de bronnen van de daaruit voortvloeiende regeldruk zijn. Het onderzoek is uitgevoerd in de eerste helft van 2016 op basis van documentstudie, interviews met beleidsmakers, toezichthouders, ondernemers en brancheorganisaties.

Cookies en de cookiewetgeving

Cookies zijn kleine bestanden met daarin doorgaans een unieke code die door website-exploitanten of derden op computers of smartphones van bezoekers van websites worden geplaatst.

Functionele of technische cookies worden gebruikt om de gebruiker de gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren. Dit doel wordt bereikt door bijvoorbeeld aanmeldgegevens of de taalkeuze van de gebruiker op te slaan. Daarnaast zijn functionele cookies nodig bij het plaatsen van bestellingen in webshops en het verrichten van transacties.

Analytische cookies worden door website-eigenaren ingezet om informatie te verkrijgen over de kwaliteit en de effectiviteit van hun website, bijvoorbeeld voor het bijhouden van bezoekersstatistieken.

Tracking cookies zijn cookies die tot doel hebben gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker te verzamelen, te combineren of te analyseren. Deze gegevens kunnen worden gebruikt voor marketing-doeleinden, bijvoorbeeld door het tonen van gepersonaliseerde advertenties. Het is vooral het gebruiken van tracking cookies die de Europese en Nederlandse wetgevers ertoe heeft gebracht om het gebruik van cookies te reguleren.

Het plaatsen en uitlezen van cookies is gereguleerd in artikel 11.7a Telecommunicatiewet (Tw). In artikel 11.7a lid 1 en 2 van de Tw is geregeld dat indien iemand door middel van een elektronisch communicatienetwerk gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de gebruiker dan wel toegang wenst te verkrijgen tot die opgeslagen gegevens, deze de gebruiker duidelijk en volledig dient te informeren overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Daarnaast moet voor dergelijke handelingen toestemming van de gebruiker zijn verkregen. Een aantal typen cookies is van het informatie- en toestemmingsvereiste uitgezonderd.

De cookiebepaling: achtergrond en doel

De cookiebepaling is in 2012 in de Telecommunicatiewet (Tw) opgenomen. De aanleiding was de implementatie van de (Europese) Richtlijn Burgerrechten, die o.a. de Bijzondere Privacyrichtlijn wijzigde. De cookiebepaling beoogt internetgebruikers controle te geven over de cookies die op hun apparatuur worden geplaatst of gelezen door het mechanisme van geïnformeerde toe-

stemming. Dit als onderdeel van de bredere controle over alles wat op het randapparaat van de gebruiker geplaatst kan worden, bescherming tegen heimelijke inzage van informatie die de gebruiker daar zelf heeft opgeslagen en bescherming tegen spyware, virussen, et cetera. Controle vereist bewustwording over het bestaan en de functie van cookies en informatie over de toepassing ervan. Dit thema heeft een belangrijke rol gespeeld in de wetsgeschiedenis en is een intermediaire doelstelling; in de praktijk wordt deze ook wel als een zelfstandige doelstelling beschouwd.

Wetsgeschiedenis

Er zijn vier belangrijke momenten in de wetsgeschiedenis aanwijsbaar. Het eerste moment is het debat, op Europees niveau, over de Bijzondere Privacyrichtlijn in 2000-2002. In een amendement is in het Europees Parlement (EP) naar voren gebracht dat eindapparatuur van gebruikers van elektronische communicatienetwerken en alle informatie die op dergelijke apparatuur is opgeslagen, deel uitmaakt van het persoonlijk domein van de gebruikers. Het EP is van mening dat het gebruik van cookies en andere methoden waarmee toegang wordt verkregen tot persoonsgegevens verboden moet zijn, tenzij de betreffende gebruiker uitdrukkelijk, met kennis van zaken en vrijwillig, toestemming heeft gegeven. Het wetgevingsproces heeft geresulteerd in een verplichting tot informatievervalsing en het recht om te weigeren ('opt out'), en niet in een verplichting om vooraf toestemming aan websitebezoekers te vragen ('opt in'). De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen, dus niet in een wet.

In 2008-2009, het tweede belangrijke moment in de wetsgeschiedenis, is de cookiebepaling opnieuw in het EP aan de orde gekomen bij het debat over de Richtlijn Burgerrechten. De Europese Commissie stelde slechts beperkte wijzigingen ten opzichte van de bestaande regels voor. Het EP heeft per amendement de vereiste van voorafgaande toestemming voor het plaatsen van cookies ingebracht, met dien verstande dat deze toestemming ook via browserinstellingen gegeven zou kunnen worden. De 'opt in'-verplichting is in de Bijzondere Privacyrichtlijn opgenomen, met daarbij de mogelijkheid om eraan te voldoen via browserinstellingen, wanneer dit technisch mogelijk en doeltreffend is. De lidstaten moesten de Richtlijn Burgerrechten (die de Bijzondere Privacyrichtlijn wijzigt) uiterlijk op 25 mei 2011 in nationale wetgeving implementeren; een aantal lidstaten gaf aan dat zij een beperktere invulling zouden kiezen en zouden vasthouden aan 'opt out'.

Het derde belangrijke moment is de implementatie in de nationale wetgeving in 2012. In Nederland is de richtlijn, na discussie, min of meer een-op-een in nationale wetgeving (en niet, zoals eerder, in een besluit) geïmplementeerd, met dien verstande dat toestemming via browserinstellingen op dat moment nog niet voldoende werd geacht om te kunnen spreken van toestemming volgens de vereisten die de Algemene Privacyrichtlijn daar aan stelt.

Daarnaast is in reactie op een amendement uit de Tweede Kamer een omkering van de bewijslast (rechtsvermoeden) geïntroduceerd. In een aantal

andere Europese landen is gekozen voor een andere implementatie, met 'opt out'-vormen van toestemming en de mogelijkheid van toestemming via browserinstellingen.

Het vierde moment is de aanpassing van de wet in 2015, op voorstel van de minister van EZ en gesteund door de kamers, waarbij een aantal typen cookies, in aanvulling op de technische cookies, niet langer onder de toestemmingsvereiste vielen. Tevens werd een amendement aangenomen waarin een verbod op cookiemuren werd geregeld voor websites van publieke instellingen.

Bronnen van regeldruk

Een bron van regeldruk is de politiek gearticuleerde wens om de privacy van internetgebruikers te beschermen door middel van geïnformeerde toestemming. Hierbij was er weinig aandacht voor de formele regeldruk in de vorm van administratieve lastendruk en de inhoudelijke nalevingskosten en in de loop van de tijd wel steeds meer voor hinderlijke regeldruk.

Het (georganiseerde) bedrijfsleven heeft ingezet op een vermindering van de regeldruk, zonder dat de formele regeldruk daar een hoofdrol bij speelde. Belangrijker was de invloed van voorgestelde maatregelen op het verdienmodel en de concurrentiepositie. Aanvankelijk, bij de besluitvorming over de Bijzondere Privacyrichtlijn in 2001, heeft de lobby van het bedrijfsleven ertoe geleid dat er geen verplichting tot een 'opt in'-vorm van toestemming kwam (belangrijk voor het bedrijfsmodel), maar 'opt out'. Er werd wel een plicht tot informatieverschaffing ingevoerd, die inhoudelijke nalevingskosten meebracht. De gebrekkige naleving (en handhaving) van deze verplichtingen is mogelijk mede aanleiding geweest voor de latere regelgeving en de bijbehorende regeldruk.

Bij de latere belangrijke momenten in het wetgevingsproces zijn belangen van het bedrijfsleven wel ingebracht, maar dat heeft niet als effect gehad dat de regeldruk beperkt werd. Het inbrengen van de belangen van burgers door het voormalige CBP heeft geleid tot een toename van de regeldruk.

Juridische/legalistische werkwijzen zijn op verschillende momenten een bron van regeldruk geweest. Dat is met name gebeurd bij het vertalen van politieke standpunten en besluiten in regelgeving: ambtelijk/bestuurlijk moeten oplossingen worden gevonden die overeenstemmen met de besluitvorming en die juridisch kloppen. Beperking van de regeldruk staat hierbij niet voorop.

Overwegingen van effectiviteit zijn in latere fasen van het wetgevingstraject belangrijk geweest voor de vermindering van de regeldruk. Opvallend is dat de overwegingen van effectiviteit bij het begin van het traject weinig genoemd zijn. Geleidelijk aan is steeds duidelijker erkend dat het mechanisme van geïnformeerde toestemming minder geschikt is voor brede toepassing en zijn er voorstellen gedaan om diverse typen cookies vrij te stellen van de informatie- en toestemmingsplicht. De vraag is of er bij het begin van het traject ook niet beter had kunnen worden nagedacht over de vraag of

geïnformeerde toestemming een goede manier is om internetgebruikers controle te geven over het gebruik van hun gegevens. Daarnaast kan worden geconstateerd dat er ruimte zit in de Europese implementatie van de (aangepaste) Bijzondere Privacyrichtlijn en dat deze kan leiden tot alternatieven die regelluwer zijn.

Omvang regeldruk

Er is geen integrale berekening van de regeldruk van de cookiebepaling gemaakt. In dit onderzoek zijn schattingen gemaakt om een indruk te krijgen van de orde van grootte van de regeldruk. In het standaard kostenmodel (SKM) worden twee belangrijke kostenposten onderscheiden, namelijk:

- Administratieve lasten. Dit zijn de kosten die burgers, bedrijven of professionals maken om te voldoen aan informatieverplichtingen die uit de regelgeving van de overheid voortvloeien. Ook de informatieverplichtingen die voortvloeien uit toezicht worden tot de administratieve lasten gerekend.
- Inhoudelijke nalevingskosten. Dit zijn de kosten die burgers, bedrijven of professionals maken om te voldoen aan de inhoudelijke verplichtingen die wet- en regelgeving stelt. Het kan gaan om technische of juridische kosten voor de verandering van bedrijfsprocessen of de tijd die gemoeid is met de structurele toepassing van regels.

Met het SKM kan de formele regeldruk worden berekend. In ons onderzoek hielden we ook rekening met regeldruk buiten het SKM. Dat is regeldruk die onder meer voortvloeit uit ergernissen bij de adressanten van de wetgeving of andere betrokkenen en indirecte regeldrukeffecten. Bij de cookiebepaling zijn de gevolgen voor internetgebruikers in dit opzicht belangrijk. De wet legt aan hen geen directe verplichtingen op, maar zij worden veelvuldig met de uitvloeiselen geconfronteerd.

De schattingen worden samengevat in tabel S.1.

Tabel S.1 Kwantificering regeldruk

Regeldruk		€	Frequentie
Administratieve lasten	Melding bij de AP	> 100.000	Structureel met lage frequentie
	Bewijsvermoeden	> 10 miljoen > 1 miljoen	Eenmalig Structureel
	Toezichtslasten	> 20.000	Structureel
Inhoudelijke nalevingskosten	Beleidsmatige en juridische werkzaamheden	> 4 miljoen	Eenmalig
	Technische maatregelen	> 60 miljoen > 6 miljoen	Eenmalig Structureel
	Toezichtslasten	> 20.000	Structureel
Regeldruk buiten het SKM	Kosten voor burgers	> 27 miljoen > 1,60 miljard	Lage variant, structureel Hogere variant, structureel

Effectiviteit

Naar de opvatting van beleidsmakers en toezichthouders en experts draagt de cookiebepaling niet, of hooguit zeer beperkt, bij aan het doel de wetgeving, namelijk het geven van controle aan internetgebruikers over de cookies die op hun apparatuur worden geplaatst of gelezen. De achtergrond is dat het gekozen mechanisme, de beleidstheorie, niet goed werkt. Als redenen kunnen worden genoemd:

- Internetgebruikers worden met een veelheid van cookiemeldingen en cookiemuren geconfronteerd, hetgeen uitnodigt tot routinematige (niet-inhoudelijke) afhandeling (wegklikken). Door het veelal ontbreken van een daadwerkelijke keuze voor de internetgebruiker, werkt dit in de praktijk niet zoals in de beleidstheorie was aangenomen;
- Internetgebruikers zeggen de bescherming van hun persoonsgegevens belangrijk te vinden, maar handelen er lang niet altijd naar (de privacy-paradox);
- Het begrip voor de gevolgen van het accepteren van cookies is onvolledig, mede door het moment waarop toestemming wordt gevraagd, namelijk bij het plaatsen van cookies en niet bij het daaropvolgende gebruik en de uitwisseling van de persoonsgegevens;
- Door de beperkte naleving en handhaving van de cookiebepaling in het eerste decennium van deze eeuw zijn internetgebruikers gewend geraakt aan een “gratis” aanbod van diensten en zijn ze niet doordrongen van het feit dat ze met hun persoonsgegevens betalen. Het besef dat ze betalen voor gratis diensten en het idee om de diensten niet langer te ontvangen zonder betaling met persoonsgegevens dalen niet gemakkelijk in.

Een studie in opdracht van de Europese Commissie onderschrijft het beperkte doelbereik.¹

De toezichthouders zijn van mening dat de regeldruk wel heeft bijgedragen aan de bewustwording van internetgebruikers over de plaatsing en de werking van cookies.

Proportionaliteit

De afweging over proportionaliteit is gebaseerd op een afwegingskader met als belangrijke elementen het doel van de wetgeving, de effectiviteit van de maatregelen en de omvang van de regeldruk.

Afgemeten aan de doelstelling van het geven van controle aan internetgebruikers over de plaatsing van cookies en het gebruik van hun persoonsgegevens is de wetgeving niet proportioneel, omdat het doel niet bereikt wordt terwijl er wel regeldruk is.

¹ *ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatability with proposed Data Protection Regulation*. Final report. A study prepared for the European Commission, DG Communications Networks, Content and Technology by Timelex & Sparks, 2015.

Conclusies

Het onderzoek leidt tot de volgende conclusies:

- De cookiebepaling is niet effectief en leidt daardoor tot niet-proportionele regeldruk.
- De niet onderbouwde beleidstheorie is een belangrijke bron van regeldruk.
- De beperkte naleving in de periode vóór de discussie over de implementatie van de EU-richtlijn in Nederlandse wetgeving, mede mogelijk gemaakt door zeer beperkte handhaving, is in de context van de cookiewet- en regelgeving een bron van regeldruk.
- Standpunten van maatschappelijke organisaties en de toezichthouder CBP hebben invloed op de besluitvorming gehad en voor regeldruk gezorgd.
- De grote en voortdurende dynamiek van het beleidsprobleem en het daarmee gepaard gaande beperkte zicht op de technologische ontwikkelingen en uitwerking van regels in de praktijk vormen een bron van regeldruk.
- De juridisch/legislatieve uitwerking van besluiten is een bron van regeldruk.
- Formele regeldruk speelt geen grote rol in de discussies, regeldruk buiten het SKM op gezette tijden wel. Dit pleit voor een verbreding van de definitie van regeldruk.
- Verschillen in regeldruk ontstaan niet alleen door overimplementatie in Nederland, maar ook door onderimplementatie in andere landen.

Aanbevelingen

Op basis van de bevindingen formuleren we de volgende aanbevelingen:

1. Betrek de kwaliteit van de beleidstheorie bij het oordeel over de (proportionaliteit van de) regeldruk.
2. Betrek de regeldruk buiten het SKM bij het oordeel over de (proportionaliteit van de) regelgeving.
3. Het rechtsvermoeden kan zonder gevolgen voor de effectiviteit uit de cookiebepaling in de Telecommunicatiewet worden verwijderd.
4. De beleidstheorie van de (aangepaste) cookiebepaling moet worden getoetst om te bezien of de (beoogde) wijzigingen effectief kunnen zijn.
5. Onderzoek of aan het toestemmingsvereiste van de richtlijn kan worden voldaan door het verlenen van toestemming door instellingen in de browser; ga na of de branche bereid is om hier actief en positief aan mee te werken.
6. Onderzoek of een combinatie van verbodsbepalingen en verruiming van uitzonderingen de effectiviteit van de cookiebepaling en de proportionaliteit van de regeldruk kunnen vergroten. Betrek daarin met name vraagstukken van afbakening.

1 INLEIDING

1.1 Aanleiding onderzoek

Actal (het Adviescollege toetsing regeldruk) adviseert de regering en de Staten-Generaal over het terugdringen van regeldruk voor bedrijven, burgers en beroepsbeoefenaren in zorg, onderwijs, veiligheid en sociale zekerheid. Actal toetst de gevolgen van voorgenomen wet- en regelgeving als die gevolgen naar verwachting omvangrijk zijn en adviseert over strategische vraagstukken op het gebied van de regeldruk. Actal vindt het belangrijk om niet alleen naar symptomen te kijken, maar ook naar oorzaken en heeft, mede naar aanleiding van een aanbeveling van zijn Raad van Advies, een op de praktijk gericht onderzoek laten uitvoeren naar de oorzaken en de bronnen van regeldruk. In het onderzoek dient de cookiebepaling als een casus, waarin oorzaken en bronnen geïdentificeerd en geïllustreerd kunnen worden. Deze casus is gekozen omdat Actal van verschillende kanten signalen heeft ontvangen dat de cookiebepaling voor verschillende partijen regeldruk veroorzaakt, terwijl niet duidelijk is in hoeverre het eigenlijke doel van de cookiebepaling wordt bereikt. De betrokkenheid van verschillende belangen (burgers, exploitanten van websites, adverteerders, intermediaire organisaties), de regeldruk en het beleidsdoel maken de cookiebepaling tot een interessant voorbeeld. Bestudering van het wetgevingstraject moet duidelijk maken op welke manieren, en op welke plaatsen in het traject, zichtbaar is dat beslissingen worden genomen die tot (vermijdbare, onnodige, onevenredige) regels leiden. Dit impliceert een nauwgezet onderzoek naar het verloop van het wetgevingstraject, de keuzes die op verschillende momenten zijn gemaakt en de factoren die daarbij een rol speelden. In dit rapport wordt verslag gedaan van het onderzoek.

1.2 Doel en vraagstelling onderzoek

Het onderzoek heeft tot doel om in kaart te brengen hoe de cookiebepaling tot stand is gekomen en wat de bronnen van de daaruit voortvloeiende regeldruk zijn. Daarnaast moet het onderzoek antwoord geven op de vraag in welke mate de regeldruk in verhouding staat tot het doelbereik van de cookiebepaling (proportionaliteit) en de mate waarin deze bijdraagt aan het doel van de wet (effectiviteit).

In lijn met de doelstelling van het onderzoek zijn de navolgende hoofd- en deelvragen geformuleerd.

Welke regeldruk vloeit voort uit de cookiebepaling, wat zijn de belangrijkste oorzaken en welke ruimte is er om deze regeldruk binnen de Europese kaders te beïnvloeden?

1. Wat is de aanleiding voor de cookiebepaling en wat beoogt deze?
2. Hoe is de cookiebepaling tot stand gekomen (de wetsgeschiedenis)?
3. Welke invloeden en belangen hebben tot regeldruk geleid?
4. Hoe is de afweging gemaakt tussen de mate waarin de persoonlijke levenssfeer beter wordt beschermd door de cookiebepaling enerzijds en de kosten van de regeldruk anderzijds?
5. Draagt de regeldruk in de praktijk bij aan het doel van de wetgeving?
6. Is de regeldruk proportioneel gelet op het doel van de wet?
7. Welke ruimte is er om de regeldruk binnen de Europese kaders te beïnvloeden?
8. Wat zijn naar verwachting de effecten van de voorstellen in de rapportage over de Bijzondere Privacyrichtlijn van de EU op het wegnemen van de regeldruk, dan wel het beter beschermen van de privacy?
9. Welke conclusies kunnen hieruit getrokken worden?
10. Welke adviezen volgen uit de conclusies?

1.3 Cookies en de cookiebepaling

Bijna alle website-exploitanten plaatsen cookies – kleine tekstbestandjes met daarin doorgaans een unieke code – op computers of smartphones van gebruikers van de websites. Er zijn verschillende soorten cookies, zoals functionele of technische cookies, analytische cookies en tracking cookies. *Functionele of technische cookies* worden gebruikt om de gebruiker de gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren. Dit doel wordt bereikt door bijvoorbeeld aanmeldgegevens of de taalkeuze van de gebruiker op te slaan. Daarnaast zijn functionele cookies nodig bij het plaatsen van bestellingen in webshops en het verrichten van transacties.

Analytische cookies worden door website-eigenaren ingezet om informatie te verkrijgen over de kwaliteit en de effectiviteit van hun website, bijvoorbeeld voor het bijhouden van bezoekersstatistieken.

Tracking cookies tot slot zijn cookies die tot doel hebben gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker te verzamelen, te combineren of te analyseren. Deze gegevens kunnen worden gebruikt voor marketing-doeleinden, bijvoorbeeld door het tonen van gepersonaliseerde advertenties. Het is vooral het gebruiken van tracking cookies die de Europese en Nederlandse wetgevers ertoe heeft gebracht om het gebruik van cookies te reguleren.

Het plaatsen en uitlezen van cookies is gereguleerd in artikel 11.7a Telecommunicatiewet (Tw).² In artikel 11.7a lid 1 en 2 van de Tw is geregeld dat indien iemand door middel van een elektronisch communicatienetwerk gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de gebruiker dan wel toegang wenst te verkrijgen tot die opgeslagen gegevens, deze de gebruiker duidelijk en volledig dient te informeren overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Daarnaast moet voor dergelijke handelingen toestemming van de gebruiker zijn verkregen. Een aantal typen cookies is van het informatie- en toestemmingsvereiste uitgezonderd.

1.4 De opzet van het onderzoek

In het onderzoek zijn de volgende vier stappen doorlopen.

1. beschrijving van het wetgevingstraject en identificatie van momenten waarop beslissingen over de wetgeving zijn genomen (“als-danmomenten”);
2. interviews met beleidsmakers en vertegenwoordigers van belangenorganisaties en ondernemingen;
3. een expertmeeting met beleidsmakers;
4. rapportage.

Stap 1 Overzicht wetgevingstraject en identificatie als-danmomenten

Op basis van documentstudie is de wetsgeschiedenis van de cookiebepaling in kaart gebracht. Hiervoor zijn kamerstukken bestudeerd, waaronder het voorstel van wet, de memorie van toelichting, amendementen, moties, et cetera, en is literatuur bestudeerd. Gestart is met de reconstructie van de totstandkoming van de Privacyrichtlijnen (1995/46/EG & 2002/58/EG) en Richtlijn Burgerrechten (2009/136/EG). Vervolgens is ingezoomd op de initiële implementatie van de Bijzondere Privacyrichtlijn in de Telecommunicatiewet en zijn de wetswijzigingen nadien bestudeerd. Op basis van de documentstudie zijn de belangrijkste als-danmomenten in kaart gebracht.

Stap 2 Interviews

Omdat uit documenten niet volledig duidelijk kan worden welke afwegingen ten grondslag lagen aan de keuzes die zijn gemaakt bij de implementatie van de Europese richtlijn en de wetswijzigingen nadien in de Nederlandse Telecommunicatiewet, zijn interviews gehouden met functionarissen die bij het wetgevingstraject betrokken zijn geweest. In de interviews is gevraagd naar de grondslag van de keuzemomenten, de actoren die daarbij betrokken zijn geweest en de mate waarin regeldruk een rol heeft gespeeld. Er zijn vier interviews gehouden met vertegenwoordigers van het ministerie van EZ, de Autoriteit Consument & Markt (ACM), de Tweede Kamer en het Europees Parlement. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) was bereid om informeel medewerking te verlenen aan een telefonisch interview. In een later stadium

² De wetstekst is opgenomen in de bijlage.

heeft de AP nog wel een formele reactie gegeven op de rapportage (zie stap 4). Er zijn verder twaalf interviews gehouden met websitebouwers, branche-organisaties, exploitanten/eigenaren van websites en belangenverenigingen. In bijlage 2 is een overzicht opgenomen van de gesprekspartners.

Stap 3 Expertmeeting

Na een eerste verwerking van de bevindingen uit de documentstudie en de interviews is een expertmeeting gehouden over het verloop van het wetgevingstraject en de achtergronden van de keuzes die daarin zijn gemaakt. Deelnemers waren bij de cookiebepaling betrokken beleidsambtenaren van het ministerie van EZ, de ACM, en een externe deskundige. Actal was toevoorder. De AP is uitgenodigd, maar wilde niet deelnemen. Na de expertmeeting zijn twee notities over de regeldruk en de proportionaliteit van de cookiebepaling opgesteld, die ter becommentariëring aan de deelnemers zijn voorgelegd. De opmerkingen zijn meegenomen bij het opstellen van het rapport. Dat betekent niet dat het rapport de opvattingen van (medewerkers van) de betrokken instanties weergeeft; de bevindingen en de conclusies komen voor rekening van de onderzoekers.

Stap 4 Rapportage & presentatie

Na stap 3 zijn de uitkomsten van de expertmeeting in de eerder gemaakte analyses verwerkt. Vervolgens zijn de onderzoeksvragen beantwoord en is op basis hiervan een conceptrapport opgesteld. Het conceptrapport is in een vergadering van het College van Actal gepresenteerd en besproken. Vervolgens is de definitieve conceptrapportage opgesteld. De conceptrapportage is nadien voorgelegd aan de geïnterviewde vertegenwoordigers van het ministerie van EZ, de ACM en de AP. De reactie van het ministerie van EZ en de ACM heeft geleid tot enkele inhoudelijke aanpassingen in het rapport. In een formele reactie heeft de AP erop gewezen dat uit de rapportage kan worden afgeleid dat ten behoeve van het voorkomen van regeldruk ingeboet zou kunnen worden op het beschermingsniveau dat de Wbp vereist. Vanuit het oogpunt van de grondwettelijke eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer vindt de AP deze suggestie onwenselijk. Deze reactie heeft niet geleid tot wijzigingen in de rapportage. Het onderzoek gaat niet over het beleidsdoel van de Wbp, maar kijkt vooral naar de regeldruk van het gekozen instrument om het doel te bereiken en naar minder belastende alternatieven, zij dat dit mogelijk moet zijn binnen de kaders van de wet.

1.5 Analyse kader bronnen van regeldruk

De essentie van wetgeving is het stellen van regels die zo goed mogelijk aansluiten bij gedeelde maatschappelijke waarden. Goede regels zijn effectief, in die zin dat ze hun doel bereiken en werkbaar zijn en dus bijdragen aan het voorkomen en oplossen van maatschappelijke problemen. De keerzijde is dat ze regeldruk voor burgers, bedrijven en uitvoerders meebrengen in de vorm van onder meer administratieve lasten en nalevingskosten. Er is een breed

gedragen gevoel dat de regeldruk in de afgelopen decennia te omvangrijk is geworden en teruggedrongen moet worden. De overheid zet daarom in op het verminderen van regeldruk door het vereenvoudigen of afschaffen van regels. Bij nieuwe wetgeving is het voorkomen van een onnodige toename van de regeldruk een aandachtspunt.

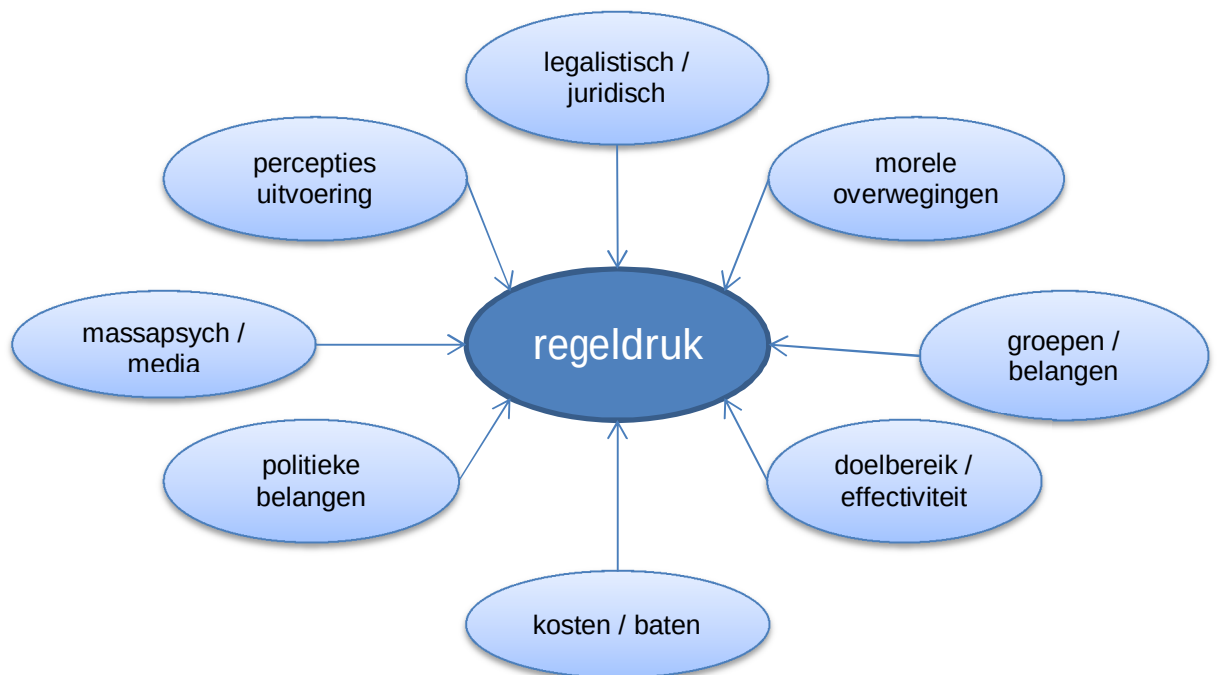
Het vinden van een optimale balans tussen maatschappelijke waarden, effectiviteit en de regeldruk (en dus een optimale regeldruk) is complex door de veelheid van factoren en invloeden in het wetgevingstrajecten:

- sociologisch: regels als middel om belangen van maatschappelijke groepen te verdedigen en veilig te stellen;
- politiek: regels die voortkomen uit de uitdrukking en confrontatie van partijpolitieke belangen en ideologische (of ethische) motieven;
- pragmatisch: regels als middel om de effectiviteit van wet- en regelgeving te vergroten;
- economisch: de afweging tussen kosten en baten van regels en de optimalisering ervan;
- massapsychologisch: regels als reactie op gebeurtenissen en ontwikkelingen die grote aandacht in de media en de publieke opinie genereren;³
- legalistisch/juridisch: regels die noodzakelijk voortvloeien uit zorgvuldigheid in wetgevingstrajecten.

Denkbaar is dat ook verkeerde percepties van de administratieve lasten en de inhoudelijke nalevingskosten (bijvoorbeeld door ontbrekende praktijkkennis of onvoldoende zicht op innovaties en gedragsreacties) tijdens het wetgevings-traject invloed hebben op de regeldruk. Figuur 1.1 geeft een beeld van mogelijke invloeden in het wetgevingstraject op de regeldruk.

³ Dit staat ook wel bekend als de risico-regel-reflex: de neiging van overheden om op incidenten te reageren met nieuw beleid, zonder dat duidelijk is of het nieuwe beleid echt nodig is.

Figuur 1.1 Regeldruk in het wetgevingstraject: bronnen



De categorieën in figuur 1.1 beschouwen we als domeinen waarbinnen regeldruk ontstaat, de oorsprong van regeldruk, bronnen van regeldruk dus. In het onderzoek gaan we systematisch na welke bronnen we terugvinden en welke gevolgen deze voor de regeldruk hebben gehad.

1.6 Regeldruk en het standaard kostenmodel

Bij de kwantificering (op hoofdlijnen) gebruiken we het standaard kostenmodel (SKM). In het SKM worden twee belangrijke kostenposten onderscheiden, namelijk:

- administratieve lasten. Dit zijn de kosten die burgers, bedrijven of professionals maken om te voldoen aan informatieverplichtingen die uit de regelgeving van de overheid voortvloeien. Ook de lasten die voortvloeien uit toezicht worden tot de administratieve lasten gerekend.
- inhoudelijke nalevingskosten. Dit zijn de kosten die burgers, bedrijven of professionals maken om te voldoen aan de inhoudelijke verplichtingen die wet- en regelgeving stelt. Het kan gaan om technische of juridische kosten voor de verandering van bedrijfsprocessen of de tijd die gemoeid is met de structurele toepassing van regels.

Met het SKM kan de formele regeldruk worden berekend. In ons onderzoek houden we ook rekening met regeldruk buiten het SKM die voortvloeit uit ergernissen bij de adressanten van de wetgeving of andere betrokkenen. Bij de cookiebepaling zijn de gevolgen voor internetgebruikers in dit opzicht

belangrijk. De wet legt aan hen geen directe verplichtingen op, maar zij worden veelvuldig met de uitvloeiselen geconfronteerd.

1.7 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt de wetsgeschiedenis uiteengezet. Daarbij besteden we aandacht aan het Europese traject en aan de implementatie van de Europese richtlijnen in Nederlandse wetgeving. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de bronnen van regeldruk, gekoppeld aan vier als-danmomenten. De regeldruk zelf wordt in hoofdstuk 4 behandeld, met een schatting van de ordes van grootte van de diverse categorieën van regeldruk. Hoofdstuk 5 gaat over de proportionaliteit van de cookiebepaling. In hoofdstuk 6 wordt besloten met een conclusie en samenvatting, waarin de hoofd- en de deelvragen van het onderzoek worden beantwoord.

2 WETSGESCHIEDENIS EN BELEIDSTHEORIE VAN DE COOKIEBEPALING

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan de wetsgeschiedenis en de beleidstheorie van de cookiebepaling centraal. Het begint met een uiteenzetting van het Europese deel van de totstandkomingsgeschiedenis. Centraal staan hierbij de Algemene⁴ en Bijzondere⁵ Privacyrichtlijn (1995/46/EG & 2002/58/EG) en de Richtlijn Burgerrechten⁶ (2009/136/EG). Daarna komt de implementatie van de Bijzondere Privacyrichtlijn in nationale wetgeving aan bod, en wordt een uitstapje gemaakt naar de implementatie in andere lidstaten. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een uiteenzetting van de beleidstheorie in het kader van de cookiebepaling.

2.2 Totstandkoming Privacyrichtlijnen (1995/46/EG & 2002/58/EG) en Richtlijn Burgerrechten (2009/136/EG)

2.2.1 Algemene Privacyrichtlijn (1995/46/EG)

De Algemene Privacyrichtlijn (1995/46/EG) dateert van 1995 en is in Nederland geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens.⁷ De Wbp is op haar beurt weer de opvolger van de Wet Persoonsregistraties.⁸ De richtlijn heeft tot doel in alle lidstaten een gelijkwaardig beschermingsniveau te waarborgen voor het verwerken van persoonsgegevens en het vrije verkeer

⁴ 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.

⁵ 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 (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

⁶ Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

⁷ Staatsblad 2000, nr. 302.

⁸ Staatsblad 1988, nr. 665 (Sinds deze wet ligt de focus meer op persoonsgegevens. De eerste doelverschuiving is van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer naar het beperken van het vastleggen van gegevens die wijzen op natuurlijke personen).

van die persoonsgegevens binnen de Europese Unie te garanderen.⁹ De Algemene Privacyrichtlijn geeft normen voor de verwerking en het gebruik van persoonsgegevens. Cookies speelden ten tijde van de totstandkoming en implementatie van de Algemene Privacyrichtlijn nog nauwelijks een rol in de Europese en nationale wetgevende landschappen. De Algemene Privacyrichtlijn is wel relevant voor het onderhavige onderzoek, omdat in de Bijzondere Privacyrichtlijn en de Richtlijn Burgerrechten regelmatig wordt verwezen naar de Algemene Privacyrichtlijn. Zo is de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 7 van de richtlijn onder andere toegestaan met de ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene (art. 7, onder a, richtlijn). In artikel 2 sub h van de richtlijn wordt uiteengezet wat er onder 'toestemming van de betrokkene' wordt verstaan, namelijk: *"elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem/haar betreffende persoonsgegevens worden verwerkt."* Er wordt in de richtlijn geen definitie gegeven van 'ondubbelzinnige toestemming'. Indertijd was dat niet nodig, maar bleek later bij de implementatie van de cookiebepaling wel bron van discussie.

2.2.2 Bijzondere Privacyrichtlijn (2002/58/EG)

De Bijzondere Privacyrichtlijn stelt regels op voor het verzekeren van veiligheid bij het verwerken van persoonsgegevens, de kennisgeving van inbreuken op de persoonsgegevens en het vertrouwelijke karakter van het communicatieverkeer. Deze richtlijn maakt deel uit van het telecompakket, een wettelijk Europees kader dat de sector van de elektronische communicatie regelt. In artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn is het gebruik van cookies gereguleerd. De cookiebepaling van artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn is in 2001 per amendement aan artikel 5 toegevoegd. De cookiebepaling uit 2001 hield in dat cookies alleen mogen worden geplaatst als daarover is geïnformeerd; bovendien moest het mogelijk zijn de plaatsing van cookies te weigeren. Het amendement was afkomstig van de Nederlandse Europarlementariër Van Velzen (hierover meer in hoofdstuk 3).

2.2.3 Richtlijn burgerrechten (2009/136/EG)

Op 13 november 2007 werd door het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een voorstel gepubliceerd voor wijziging van de Bijzondere Privacyrichtlijn.¹⁰ In het voorstel werd – op enkele redactionele wijzigingen na – vastgehouden aan het oude systeem waarin naast de informatieplicht voor het plaatsen en lezen van cookies geen toestemming vereist was, maar

⁹ Richtlijn bescherming persoonsgegevens (1995/46/EG), overweging 8 preambule.

¹⁰ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming (COM(2007) 698 def.).

volstaan kon worden met het aanbieden van een mogelijkheid om de cookies te weigeren. Het Europees Parlement introduceerde bij amendement het toestemmingsvereiste. In de uiteindelijke op 18 december 2009 in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerde Richtlijn Burgerrechten (die de Bijzondere Privacyrichtlijn wijzigt) wordt gesproken over “vooraf informeren over cookies en toestemming geven hiervoor”. De Richtlijn Burgerrechten (tot wijziging van de Bijzondere Privacyrichtlijn) moest uiterlijk 25 mei 2011 zijn omgezet in nationale wetgeving.

2.3 Implementatie Bijzondere Privacyrichtlijn in Telecommunicatiewet

De oorspronkelijke Bijzondere Privacyrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in hoofdstuk 11 van de Telecommunicatiewet. Hierop is toen een uitzondering gemaakt met betrekking tot artikel 5 van de richtlijn (over de cookiebepaling). Ten tijde van het opstellen van het ontwerp-wetsvoorstel waarmee deze richtlijn in hoofdstuk 11 van de Tw werd geïmplementeerd, was de materie die met dit artikel werd geregeld nog in studie. In een latere fase van het wetgevingsproces is om redenen van voortgang besloten artikel 5 lid 3 van de richtlijn te implementeren in een lagere regeling, namelijk in artikel 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen.

Bij een volgende wijziging was er geen reden om deze situatie, waarbij de bijzondere privacyregels op verschillend wetsniveau zijn geïmplementeerd, in stand te houden. Daarom is bij de implementatie van de Richtlijn Burgerrechten het vernieuwde artikel 5 lid 3 geïmplementeerd in artikel 11.7a Tw. Op 5 juni 2012 is de ‘Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen’ in werking getreden, meer dan een jaar later dan beoogd.¹¹

In artikel 11.7a lid 1 en 2 van de Tw is geregeld dat indien iemand door middel van een elektronisch communicatienetwerk gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de gebruiker dan wel toegang wenst te verkrijgen tot die opgeslagen gegevens, deze de gebruiker duidelijk en volledig dient te informeren overeenkomstig de Wbp. Dit betekent dat de gebruiker onder meer geïnformeerd dient te worden over de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan. Daarnaast moet voor dergelijke handelingen toestemming van de gebruiker zijn verkregen. De verplichting is van toepassing op alle opslag van gegevens en het verkrijgen van toegang daartoe. Artikel 11.7a Tw is dus niet beperkt tot het gebruik van cookies.

¹¹ Stb. 2012, 235.

In lid 3 is de uitzondering op het informeren en vragen van toestemming opgenomen, die bij de inwerkingtreding van de wijziging van de Tw in 2012 betrekking had op de volgende cookies:

- a. cookies die uitsluitend als doel hebben de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren, en
- b. cookies die strikt noodzakelijk zijn om de door de gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren. Het gaat hierbij om de zogenoemde technische of functionele cookies.

De achtergrond van deze uitzondering is dat er bij het gebruik van cookies voor deze doelen weinig gevolgen zullen zijn voor de privacy van de gebruiker.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen' is een amendement van Van Bommel en Van Dam aangenomen, inhoudende dat bij het gebruik van tracking cookies wordt vermoed dat persoonsgegevens worden verwerkt. Het rechtsvermoeden heeft tot gevolg dat, tenzij de plaatser van trackingcookies aannemelijk maakt dat hij geen persoonsgegevens verwerkt, hij aan de eisen van de Wbp moet voldoen. Het amendement is (thans) opgenomen in lid 4 van artikel 11.7a Tw. Het is pas op 1 januari 2013 in werking getreden om de markt de gelegenheid te geven de procedures aan te passen.

In maart 2015 is artikel 11.7a Tw opnieuw gewijzigd.¹² Met deze wijziging heeft een uitbreiding plaatsgevonden van de uitzonderingsgronden genoemd in lid 3 van artikel 11.7a Tw. Als cookies worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of de effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij, dan vallen deze cookies sinds 2015 onder de uitzonderingsbepaling, mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker. Het gaat hierbij om de zogenoemde analytische cookies. Daarnaast is het amendement Klever aangenomen dat regelt dat websites van publieke instellingen geen gebruik mogen maken van cookiemuren.¹³ In de toelichting van het amendement wordt uitgelegd dat dergelijke websites met overheidsgeld gefinancierd zijn en de gebruiker derhalve reeds heeft betaald en niet kan worden gedwongen nogmaals met zijn privacy voor toegang tot deze websites te betalen.¹⁴

2.4 Implementatie artikel 5 lid 3 Bijzondere Privacyrichtlijn in andere lidstaten

In de Bijzondere Privacyrichtlijn is te lezen dat, als het technisch mogelijk en doeltreffend is, de toestemming van de gebruiker kan worden uitgedrukt door

¹² *Stb.* 2015, 100.

¹³ Een cookiemuur of cookiewall staat voor het afsluiten van de toegang tot een website als een gebruiker geen toestemming voor het plaatsen van cookies geeft.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 33 902, nr. 8, p. 1.

gebruik te maken van browserinstellingen.¹⁵¹⁶ De internetgebruiker geeft door middel van de standaardinstellingen van zijn of haar browser toestemming voor het plaatsen van cookies. Er wordt dan (eenmalig) toestemming gegeven voor (alle toekomstige) cookies, zonder dat daarbij het doel van deze cookies van geval tot geval wordt afgewogen.

In landen zoals Finland, Ierland, Italië, Luxemburg, Oostenrijk, Roemenië, Slowakije, Slovenië en Zweden is het mogelijk om via de browser toestemming te geven. Per land verschilt het overigens hoe ruim dit kan worden geïnterpreteerd (NB: hoe minder streng de interpretatie en de implementatie, hoe minder regeldruk). In Slovenië geldt deze vorm van toestemming bijvoorbeeld voor alle cookies en alle websites. Als dus eenmaal in de browserinstellingen is ingesteld dat cookies zijn toegestaan, geldt deze toestemming voor alle toekomstige cookies. In Zweden kan toestemming worden gegeven via de browserinstellingen, maar dit moet dan voor iedere afzonderlijke website worden gedaan. Er kan hier niet worden volstaan met 'een algemene toestemming' voor alle websites en cookies die in de toekomst bezocht gaan worden (zie kader).

In Nederland is bij de behandeling van de cookiebepaling – op basis van een beoordeling van de verenigbaarheid van de huidige browsermogelijkheden en -instellingen met de definitie van toestemming in de Algemene Privacyrichtlijn – geconstateerd dat door middel van browserinstellingen (nog) niet kan worden voldaan aan het toestemmingsvereiste in de richtlijn.

In andere Europese landen (zoals Letland, Kroatië, Hongarije) is niet nader gespecificeerd of het wel of niet mogelijk is om via browserinstellingen toestemming te geven.

¹⁵ Bijzondere Privacyrichtlijn (2009/136/EG), overweging 66 preambule.

¹⁶ Zie de bijlagen voor de wijze waarop via browserinstellingen toestemming kan worden gegeven.

In Zweden is het mogelijk om via de browserinstellingen toestemming te geven, zolang de browser de mogelijkheid biedt om cookie-instellingen aan te passen. Als een internetgebruiker een website bezoekt en in de browser heeft ingesteld dat cookies worden geaccepteerd, wordt dit beschouwd als toestemming. Echter, de verplichting om te informeren bestaat nog steeds. Het is mogelijk om te informeren door middel van een cookiebanner, maar in Zweden is hier ook een alternatief voor. Het is daar mogelijk om te verwijzen naar “Mina Cookies” met daarbij de melding: “Wij gebruiken cookies”. Mina Cookies is een website gecreëerd door de markt. Op deze website wordt geïnformeerd over de verschillende cookies, het gebruik van cookies, enz. Op die manier hoeft niet iedere website te informeren over cookies, maar kan er verwezen worden naar een algemene melding op een andere website. In het geval er gebruik wordt gemaakt van de verwijzing naar de algemene website met cookie informatie (www.minacookies.se) dient het onderstaande symbool zichtbaar te zijn.¹⁷



2.5 **Beleids­theorie van de cookiebepaling**

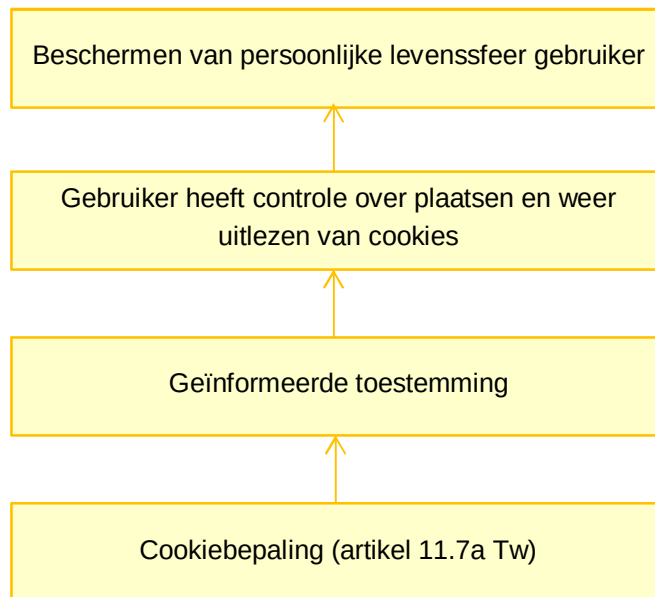
Een reconstructie van de beleidstheorie van de cookiebepaling geeft inzicht in de veronderstelde werking van de cookiebepaling. Op basis van de wet­geschiedenis komen we tot de volgende reconstructie.

Het doel van de cookiebepaling is de gebruiker controle geven over de cookies die op zijn of haar apparatuur worden geplaatst of gelezen door het mechanisme van geïnformeerde toestemming, opdat de gebruiker wordt beschermd tegen inbreuken op zijn of haar privacy. Hierbij wordt een ideaal­typische situatie verondersteld dat geïnformeerde toestemming leidt tot een situatie waarin de gebruiker tot een zorgvuldige afweging kan komen over het al dan niet toestaan voor het uitlezen en plaatsen van cookies op zijn computer. In de praktijk heeft echter een overmaat aan cookiebanners, cookiemuren et cetera tot een contrair effect geleid (inhoudende dat er wel ergernis is, maar geen zorgvuldige afweging). Volgens de ACM is de oorzaak van deze ergernis onder meer gelegen in de wijze waarop door de markt uitvoering is gegeven aan de cookiebepaling. Door het gebruik van cookiemuren wordt de gebruiker geen keuze geboden en daarmee wordt volgens de ACM de beleidstheorie in zekere zin ondermijnd.

De beleidstheorie kan schematisch als volgt worden weergegeven (figuur 2.1).

| <http://www.iabeurope.eu/eucookie laws/se/>

Figuur 2.1 **Beleidstheorie cookiebepaling schematisch weergegeven**



TNO heeft onderzoek gedaan naar de beleving van privacy onder Nederlanders, in het bijzonder op het internet en bij online dienstverlening waar persoonsgegevens gedeeld worden. Uit het onderzoek blijkt dat de Nederlandse bevolking veel belang hecht aan privacy en de bescherming van persoonsgegevens. Tegelijkertijd handelt de internetgebruiker hier niet altijd naar. Dit wordt ook wel omschreven als de privacyparadox: mensen zeggen privacy belangrijk te vinden, maar handelen er niet naar. Gedachten en gedrag komen dan niet overeen.¹⁸

De privacyparadox tekent zich ook af in recent privacyonderzoek van de DDMA.¹⁹ Op een schaal van 1-10 waarbij 1 staat voor 'vertrouw ik helemaal niet' en 10 voor 'vertrouw ik volledig' geven consumenten social media een 4. Toch bekijkt 64 procent van de respondenten dagelijks social media als Facebook, Instagram, Snapchat of Pinterest. In het onderzoek van DDMA worden het (gebruiks)gemak of de dienstverlening hiervoor als reden aangevoerd. Daarnaast wordt gesteld dat marktimperfecties een rol kunnen spelen in het ontstaan van de privacyparadox. In de wereld van social media, zoekmachines, smartphones en browsers maakt een relatief klein aantal partijen de dienst uit. Bovendien opereren internetbedrijven in zogenaamde tweezijdige markten, waarbij zij opereren als intermediair én producten verkopen aan twee verschillende groepen: gebruikers en adverteerders. Facebook functioneert als een sociaal netwerk voor zijn leden én gebruikt de profielgegevens om advertenties te verkopen aan organisaties. Tot slot wordt in discussies over de privacyparadox aangevoerd dat de gebruiker zich niet of

¹⁸ Roosendaal, A., e.a. (2015). *Privacybeleving op het internet in Nederland*, TNO.

¹⁹ DDMA privacyonderzoek 2016. Hoe Nederlanders denken over data en privacy. Juni 2016.

moelijk kan onttrekken aan dataverzameling. Dit geldt dan met name voor gratis redactionele content op internet of het gebruik van social media, e-mail en clouddiensten. Aangevoerd wordt dat het goed zou zijn als deze partijen een betaalde variant zouden introduceren naast hun 'gratis' dienst. De gebruiker betaalt dan een bedrag, maar hoeft in ruil daarvoor geen gegevens te verstrekken en/of wordt niet getrackt. De consumenten die deelnamen aan het onderzoek van de DDMA waren echter niet bereid om te betalen voor diensten als dit betekent dat hun gegevens niet worden gebruikt voor commerciële doeleinden. Van de 9 procent respondenten die bereid waren om te betalen, wordt betaald naar gebruik of het betalen van een bedrag lager dan 1 euro per maand het vaakst als gewenste optie genoemd.

De privacyparadox wordt ook omschreven in de theorie van 'behavioural economics'. Men vindt privacy belangrijk, maar is niet tot weinig bereid te betalen voor de bescherming ervan. Het snelle financiële voordeel dat de 'gratis' producten of diensten geven, wordt over het algemeen als aantrekkelijker beschouwd. Mogelijk speelt ook een rol dat de toestemming wordt gevraagd bij het plaatsen van de cookies, niet bij het uitlezen en gebruiken ervan – het moment waarop de risico's voor ongewenst of onbedoeld gebruik (in de ogen van de websitebezoeker) manifest kunnen worden.

3 OVERZICHT OORZAKEN REGELDRUK

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de als-danmomenten beschreven waarop keuzes zijn gemaakt over de inrichting van de cookiebepaling. Er worden vier als-dan-momenten beschreven die een (grote) rol hebben gespeeld in het kader van cookie(bepaling)-gerelateerde regeldruk. Per als-danmoment wordt inzichtelijk gemaakt wat de grondslag is voor de keuze, wie daarbij betrokken waren en in hoeverre (het voorkomen van) regeldruk een rol speelde bij de keuze. Zoals beschreven in hoofdstuk 2 begint de totstandkoming van de cookiebepaling met de wijziging van de Bijzondere Privacyrichtlijn. Eerst komen dan ook de Europese als-danmomenten aan bod en daarna de nationale. Besloten wordt met een conclusie.

3.2 Als-danmoment 1: amendementen Europees Parlement Bijzondere Privacyrichtlijn (2001)

De eerste keer dat op Europees niveau in een richtlijn een cookiegerelateerde bepaling werd opgenomen, was tijdens het totstandkomingsproces van de Bijzondere Privacyrichtlijn in de periode 2000-2002. Per amendement (afkomstig van de Nederlandse Europarlementariër Van Velzen) werd artikel 5 van de Bijzondere Privacyrichtlijn uitgebreid met een derde lid.²⁰ Dit amendement is in de plenaire vergadering van het Europees Parlement van 6 september 2001 aangenomen.²¹ De tekst van het amendement wordt hieronder weergegeven.

Amendement 26/29²²

Artikel 5, lid 2 bis (nieuw)

De lidstaten verbieden het gebruik van elektronische communicatienetwerken ten behoeve van de opslag van informatie of ter verkrijging van toegang tot informatie die is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker zonder voorafgaande, uitdrukkelijke toestemming van de betreffende abonnee of gebruiker. Dit houdt geen beperking in van de technische opslag of toegang die uitsluitend tot doel heeft de transmissie van communicatie via een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren of te vergemakkelijken.

²⁰ Tweede Verslag van Europees Parlement over voorstel Bijzondere Privacyrichtlijn (A5-0374/2001), 24 oktober 2001.

²¹ Tweede Verslag van Europees Parlement over voorstel Bijzondere Privacyrichtlijn (A5-0374/2001), 24 oktober 2001, p. 21.

²² Het ingediende amendement was nummer 26; het goedgekeurde amendement kreeg nummer 29.

In de motivering bij het amendement wordt uiteengezet dat eindapparatuur van gebruikers van elektronische communicatienetwerken en alle informatie die op dergelijke apparatuur is opgeslagen, deel uitmaakt van het persoonlijk domein van de gebruikers. Dit persoonlijk domein dient volgens het Europees Parlement beschermd te worden in lijn met het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. Gebruikers kunnen geconfronteerd worden met een ernstige inbreuk op hun privacy door spyware, cookies, web bugs, hidden identifiers en soortgelijke methoden als zij daar niet expliciet van op de hoogte zijn of daarvoor toestemming hebben gegeven. Er kan verborgen informatie in de eindapparatuur van gebruikers binnenkomen, en worden opgeslagen. Ook kunnen activiteiten van gebruikers worden nagegaan. Het Europees Parlement is van mening dat het gebruik van dergelijke methodes verboden moet zijn, tenzij de betreffende gebruiker uitdrukkelijk, met kennis van zaken en vrijwillig, toestemming heeft gegeven.²³

Uit de literatuur blijkt dat dit amendement als een verrassing kwam.²⁴ De Britse lobbygroep Interactive Advertising Bureau (IAB) en eigenaren van websites vreesden dat als gevolg van dit amendement de groei van de e-commerce gehinderd zou worden en de belangen van de industrie geschaad zou kunnen worden. Bijna direct werd een 'Save the Cookies Campaign' gestart door de IAB. Hierbij zocht de IAB samenwerking met andere (lobby)groepen zoals de Union des Industries de la Communauté Européenne (UNICE) en de Federation of European Direct Marketing (FEDMA).²⁵ De 'lobbycoalitie' wilde invloed uitoefenen op de Raad van de Europese Unie om het cookie-amendement niet te accepteren. De IAB ging op zoek naar andere Europese partners om IAB Europe te vormen. Men wilde dat de 'opt in'-bepaling uit het amendement een 'opt out'-bepaling zou worden (de 'opt out'-regeling houdt in dat de gebruiker de mogelijkheid heeft ervan af te zien; bij een 'opt in'-regeling moet de gebruiker iets doen (zoals toestemming verlenen)).²⁶ De Europese Commissie kwam met een 'compromise wording' om een 'opt out'-benadering toe te staan. Dit voorstel van de Commissie werd echter geamendeerd op 28 januari 2001 door de Council working group: voortaan moest er vooraf informatie worden gegeven over het gebruik van cookies.²⁷

'Save the cookies'-campagne

De IAB voerde een stevige campagne tegen de 'vooraf informeren'-bepaling. Feitelijk kwam het er volgens de IAB op neer dat deze verplichting identiek is aan de 'voorafgaande, uitdrukkelijke toestemming'-bepaling uit het amende-

²³ Tweede Verslag van Europees Parlement over voorstel Bijzondere Privacyrichtlijn (A5-0374/2001), 24 oktober 2001, p. 21.

²⁴ S. Mercado Kierkegaard, 'How the cookies (almost) crumbled: Privacy & lobbyism', *Computer Law & Security Report* 2005-21, pp. 310-322.

²⁵ S. Mercado Kierkegaard, 'How the cookies (almost) crumbled: Privacy & lobbyism', *Computer Law & Security Report* 2005-21, p. 319.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

ment van Van Velzen. De IAB benaderde vervolgens Europarlementariërs om hen te overtuigen van hun cookiestandpunt. De strategie van de IAB was om te benadrukken dat de cookiegerelateerde 'vooraf-verplichtingen'²⁸ voor grote problemen zouden zorgen voor het werkveld. Als eigenaren van websites verplicht zouden worden om vooraf informatie te verstrekken, zou dit vele miljoenen euro's kosten. Hierdoor zouden zij in een nadelige (concurrentie)-positie kunnen komen ten opzichte van hun niet-Europese concurrenten. Bovendien was het volgens de IAB al mogelijk om in de meeste browser-instellingen aan te geven dat vooraf toestemming moet worden gegeven om cookies te accepteren of te weigeren. Het zou daarom onnodig zijn om deze verplichting ook op te leggen aan individuele websites. De IAB kwam met een nieuwe bewoording voor het amendement en opperde om de 'vooraf-bepaling' te laten vervallen en om de cookiebepaling van artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn aan te passen. Parlementair Rapporteur Mario Capato suggereerde een compromis en stelde voor dat de consument cookies kon accepteren door zogenaamde 'pop-up-boxes' die op zijn of haar beeldscherm verschenen, of door in de browserinstellingen vast te leggen dat de cookies geweigerd zouden worden.²⁹

Compromis

Om een langdurig parlementair proces te voorkomen, kwamen vertegenwoordigers van het Europees Parlement, de Commissie en de Raad samen om een compromis te sluiten. Er waren drie kampen: (I) de Commissie en noordelijke Europese landen (aangevuld met Italië), (II) het Verenigd Koninkrijk, de Benelux en zuidelijke Europese landen; en (III) het Europees Parlement.

- De Commissie was van mening dat de cookiebeperkingen drempels zouden opwerpen voor de Europese concurrentiepositie. Daarnaast wilde de Commissie samen met een deel van de Raad (Duitsland, de meeste Scandinavische landen en Italië) dat spam verboden zou worden. De meerderheid van het Europees Parlement was echter tegen dit verbod.
- Het Verenigd Koninkrijk wilde haar e-trading industrie beschermen en was een voorstander van soepele regels voor (digitale) gegevensbewaring. Samen met de Benelux en Zuid-Europese landen was het Verenigd Koninkrijk bereid de weerstand tegen het verbod op spam te laten vallen 'in ruil voor' de versoepeling van de cookiebepaling in de Bijzondere Privacyrichtlijn en het schrappen van de 'vooraf'-bepaling.
- Het Europees Parlement wilde op haar beurt het recht van lidstaten beperken om data te mogen opslaan en dat dit alleen mocht gebeuren voor een bepaalde periode.

Het resultaat van dit compromis resulteerde in de (aangepaste) artikelen 13, 15 en 5 uit de Bijzondere Privacyrichtlijn. In de finale tekst van artikel 13 van de Bijzondere Privacyrichtlijn wordt bepaald dat spam verboden is. Artikel 15

²⁸ Het gaat hier dan om zowel de verplichting om vooraf te informeren, als de verplichting om vooraf toestemming te geven voor de cookies.

²⁹ S. Mercado Kierkegaard, 'How the cookies (almost) crumbled: Privacy & lobbyism', *Computer Law & Security Report* 2005-21, p. 320.

van de Bijzondere Privacyrichtlijn regelt dat onder bepaalde voorwaarden (bijvoorbeeld staatsveiligheid) data (langer) mag worden opgeslagen door de lidstaten. Artikel 5 van de Bijzondere Privacyrichtlijn regelt de 'opt out'-benadering van cookies. Het compromis werd door alle partijen geaccepteerd en de richtlijn werd goedgekeurd.

De verschillen tussen het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, de amendementen van het Europees Parlement, en de definitieve versie van de Bijzondere Privacyrichtlijn worden hieronder schematisch weergegeven.

Tabel 3.1 Samenvatting van de (tekstuele) wijzigingen met betrekking tot cookies

Richtlijnvoorstel Commissie	Amendementen Parlement	Positie van de Raad	Definitieve Richtlijn
Geen bepaling	Verplichte voorafgaande, expliciete goed geïnformeerde en vrijwillige toestemming van de gebruikers.	Gebruiker moet <i>voorafgaand</i> duidelijke informatie over de doeleinden van cookies ontvangen.	Gebruiker moet worden voorzien van duidelijke en nauwkeurige informatie over de doeleinden van de cookies.
	[Artikel 5 lid 2 (nieuw)]	[Randoverweging 25 (nieuw) Artikel 5 lid 3 (nieuw)]	[Randoverweging 25 & Artikel 5 lid 3]
	'Opt in'-verplichting	Verwerpt 'opt in'-benadering, maar wil wel 'vooraf'-element verplicht stellen.	Geen 'opt in'; verplichting tot vooraf informeren; recht te weigeren / 'opt out'.

Bron: Mercado Kierkegaard (2005), p. 321.

Het eerste als-danmoment heeft betrekking op de cookiegerelateerde amendementen die zijn ingebracht tijdens de totstandkoming van de Bijzondere Privacyrichtlijn in de periode 2000-2002. Het toestemmingsvereiste is naar voren gebracht in het Europees Parlement als een politieke uitdrukking van het ethische principe dat het gebruik van cookies gezien moet worden als een verwerking van persoonsgegevens en als zodanig behandeld. In de daaropvolgende lobby en de bestuurlijke discussie hebben de belangen van bedrijven een grote rol gespeeld, aanvankelijk met als belangrijkste argumenten de gevolgen voor het business model en de concurrentiepositie ten opzichte van ondernemingen in landen buiten de EU, later ook door de inhoudelijke nalevingskosten te benadrukken. Hoe en waarom de informatieverplichting naar voren is gebracht, is niet duidelijk geworden, maar we achten argumenten in de sfeer van de effectiviteit belangrijk: zonder informatie is noch de 'opt in', noch de 'opt out'-variant van toestemming betekenisvol. Er zijn geen aanwijzingen dat het Europees Parlement zich bewust was van de regeldruk die "uitdrukkelijke en vrijwillige toestemming" voor burgers mee zou brengen, wellicht ook omdat op dat moment nog niet goed duidelijk was welke vlucht het internetgebruik (en de commerciële exploitatie daarvan) zou nemen.

3.3 Als-danmoment 2: amendementen Europees Parlement Richtlijn Burgerrechten (2008-2009)

Op 13 november 2007 werd door het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie het voorstel gepubliceerd van de Richtlijn Burgerrechten.³⁰ De Richtlijn Burgerrechten wijzigt onder andere de Bijzondere Privacyrichtlijn. Met betrekking tot de cookiebepaling van artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn worden enkele redactionele wijzigingen voorgesteld (ten opzichte van de Bijzondere Privacyrichtlijn uit 2002). De essentie van de bepaling bleef hetzelfde: gebruikers moeten worden geïnformeerd over cookies en zij hebben het recht om ze te weigeren. In de uiteindelijke op 18 december 2009 in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerde Richtlijn Burgerrechten wordt echter gesproken over 'vooraf informeren over cookies en toestemming geven hiervoor'. Deze wijziging van artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn is door amendementen tot stand gekomen.

3.3.1 Amendement 128 van Europees Parlement om artikel 5 lid 3 Bijzondere Privacyrichtlijn te wijzigen (2008)

Op 18 juli 2008 publiceerde het Europees Parlement enkele voorgestelde amendementen naar aanleiding van het voorstel van de Richtlijn Burgerrechten (en de aanpassing van de Bijzondere Privacyrichtlijn). Met betrekking tot artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn wordt voorgesteld om voortaan:

- **vooraf** toestemming te vragen voor het plaatsen van cookies; en
- toe te staan dat deze toestemming ook kan worden gegeven door dit in de browserinstellingen in te stellen.

Het Europees Parlement meent dat als wordt gespecificeerd dat de gebruiker voor enige verwerking zijn of haar toestemming moet geven, de naleving van deze verplichting beter is gegarandeerd. De tekst van het amendement en de voorgestelde wijziging ten opzichte van de originele tekst uit het voorstel van de Richtlijn burgerrechten worden in tabel 3.2 **vetgedrukt en cursief** weergegeven.

³⁰ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming (COM(2007) 698 def.).

Tabel 3.2 Tekst van het amendement en de voorgestelde wijziging

Door de Europese Commissie voorgestelde tekst	Voorgestelde wijziging van het Europees Parlement (Amendement 128)
<p><u>Artikel 5 lid 3 Bijzondere Privacyrichtlijn</u> <i>“De lidstaten dragen ervoor zorg dat de opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker, alleen is toegestaan op voorwaarde dat de betrokken abonnee of gebruiker wordt voorzien van duidelijke en volledige informatie onder andere over de doeleinden van de verwerking, overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, en door de voor de verwerking verantwoordelijke het recht krijgt aangeboden om een dergelijke verwerking te weigeren. [...].”</i></p>	<p><u>Artikel 5 lid 3 Bijzondere Privacyrichtlijn</u> <i>“De lidstaten zorgen ervoor dat de opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker, hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks via welk opslagmedium ook, verboden wordt, tenzij de betrokken abonnee of gebruiker vooraf zijn toestemming heeft gegeven, rekening houdend met het feit dat specifieke browserinstellingen een voorafgaande toestemming vormen, en wordt voorzien van duidelijke en volledige informatie onder andere over de doeleinden van de verwerking, overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, en door de voor de verwerking verantwoordelijke het recht krijgt aangeboden om een dergelijke verwerking te weigeren. [...].”</i></p>

De Groep Gegevensbescherming artikel 29 (Artikel 29 Werkgroep) heeft geadviseerd over de amendementen. De Artikel 29 Werkgroep is een onafhankelijk advies- en overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders en heeft een raadgevend karakter. De Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens (AP, voorheen het College Bescherming Persoonsgegevens) is lid van de Artikel 29 Werkgroep. Als belangrijkste taak heeft de Artikel 29 Werkgroep het bevorderen van een uniforme toepassing van de principes uit de privacyrichtlijnen in alle staten door samenwerking tussen Europese toezichthouders.³¹

De Artikel 29 Werkgroep bleek een uitgesproken tegenstander van het bovenstaande amendement, dat inhoudt dat voorafgaande toestemming kan worden verkregen via de standaardinstellingen van de browser.³² De Artikel 29 Werkgroep was bezorgd over de uitholling van het begrip toestemming en het daaruit voortvloeiende gebrek aan doorzichtigheid.³³

Uit de interviews kwam een deels ander beeld naar voren. Terugkijkend op de situatie toen, wordt de herinnering aan de inbreng en de betrokkenheid van de

³¹ <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/over-het-cbp/internationale-samenwerking/artikel-29-werkgroep>.

³² Advies Artikel 29 Werkgroep, 10 februari 2009.

³³ Advies Artikel 29 Werkgroep, 10 februari 2009.

Artikel 29 Werkgroep vanuit Europees perspectief omschreven als “*not extremely focused on consent, or explicit consent. The bigger discussion was to educate the colleagues on the technical aspects.*”

Het cookiegerelateerde amendement werd niet overgenomen door de Europese Commissie.³⁴ Uit de geanalyseerde documenten bleek niet wie het amendement heeft ingediend of waarom de Europese Commissie het amendement niet heeft overgenomen.

3.3.2 Amendement van het Europees Parlement om artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn te wijzigen (2009)

Op 9 januari 2009 adviseerde de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming over het voorstel voor de Richtlijn Burgerrechten.³⁵ Het advies was gericht op het (mede) naar aanleiding van de amendementen van het Europees Parlement gewijzigde richtlijnvoorstel. In het advies wordt door de toezichthouder uiteengezet dat zij over het geheel genomen bezorgd is, met name omdat een aantal van de wijzigingen die waren voorgesteld in amendementen van het Europees Parlement niet is overgenomen (zoals het hiervoor in paragraaf 3.3.1 beschreven amendement). In dit kader merkt de toezichthouder het volgende op:

“In niet weinig gevallen heeft de Raad de in het gewijzigd voorstel en de amendementen van het EP voorgestelde bepalingen die de burgers garanties hadden moeten bieden, geschrapt of fors afgezwakt, met als gevolg dat natuurlijke personen in het gemeenschappelijk standpunt een aanzienlijk lager niveau van bescherming wordt geboden. Daarom brengt de EDPS nu een tweede advies uit, in de hoop dat, naarmate de e-privacyrichtlijn in het wetgevingsproces vordert, nieuwe wijzigingen worden aangenomen waarbij deze waarborgen met betrekking tot gegevensbescherming worden hersteld.”³⁶

Met betrekking tot artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn wordt het volgende gezegd:

“Voorts is artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn, waarbij onder meer verboden wordt informatie zoals cookies in de eindapparatuur van de gebruiker op te slaan, bindend, niet alleen voor aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten, maar voor iedereen die probeert informatie op te slaan of toegang te verkrijgen tot informatie die is opgeslagen in de eindapparatuur van natuurlijke personen. De Commissie heeft in het lopende wetgevingsproces zelfs voorgesteld de toepassing van artikel 5, lid 3, te verruimen, omdat dergelijke techno-

³⁴ Gewijzigd voorstel Richtlijn Burgerrechten (COM(2008)723 definitief), 6 november 2008, overweging 4.3 preambule.

³⁵ Tweede advies Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (Pb EU 2009/C 128/04).

³⁶ Tweede advies Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (Pb EU 2009/C 128/04), overweging 7 preambule.

logieën (cookies/spyware) niet alleen via elektronische communicatiesystemen verspreid worden, maar op alle mogelijke andere manieren (verspreiding door downloaden van het internet of via media voor externe gegevensopslag, zoals cd-roms, USB-sticks, flash drives enz.). Al deze positieve elementen moeten behouden worden, en vormen tegelijkertijd een nuttig precedent voor de lopende discussie over het toepassingsgebied.”³⁷

In een gemeenschappelijk standpunt van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie werd op 16 februari 2009 voorgesteld artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn te wijzigen, zodat er voortaan geïnformeerd moet worden en toestemming moet worden gevraagd.³⁸ Enkele maanden later – op 5 mei 2009 – vond een debat plaats in het Europees Parlement naar aanleiding van het aangepaste voorstel van de Richtlijn Burgerrechten. Tijdens dit debat wordt door Vivianne Reding, de toenmalige Eurocommissaris van Informatiemaatschappij en media, toegejuicht dat de regels omtrent het gebruik van cookies worden aangescherpt.³⁹

Per amendement liet het Europees Parlement op 6 mei 2009 blijken dat het artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn wilde aanpassen. In tegenstelling tot het oude artikel (uit de richtlijn van 2002) geldt er nu een ‘opt in’-systeem voor cookies. Deze regel wordt echter genuanceerd door een overweging. Uit randoverweging 66 blijkt dat de wijze waarop informatie wordt verstrekt en het recht van weigering wordt aangeboden zo gebruikersvriendelijk mogelijk moet zijn. Overweging 66 bepaalt dat, als het technisch mogelijk en doeltreffend is, en in lijn met de desbetreffende bepalingen van de Algemene Privacyrichtlijn, de toestemming van de gebruiker met verwerking kan worden uitgedrukt door gebruik te maken van de desbetreffende instellingen van een browser of een andere toepassing. De vereiste informatie en het recht van weigering hoeven bovendien slechts éénmaal per website te worden aangeboden. Uit de literatuur blijkt dat het opmerkelijk is dat randoverweging 66 wel regelt dat toestemming voor cookies geautomatiseerd (via browserinstellingen) kan worden verkregen, maar dat een dergelijke regeling voor het verschaffen van informatie ontbreekt.⁴⁰

Bij de stemming over de geamendeerde richtlijntekst in de Raad van de Europese Unie werd door verschillende Europese landen een gezamenlijke

³⁷ Tweede advies Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (Pb EU 2009/C 128/04), overweging 27 preambule.

³⁸ Gemeenschappelijk standpunt Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie, 16 februari 2009 (2009/C 103 E/02).

³⁹ Debat Europees Parlement 5 mei 2009 (CRE 05/05/2009-3).

⁴⁰ B. van der Sloot & F.J. Zuiderveen Borgesius, ‘De amendementen van de Richtlijn Burgerrechten op de e-Privacyrichtlijn’, *Privacy & Informatie* 2010-4, pp. 162-172.

stemverklaring afgegeven.⁴¹ Gelet op de ongewijzigde overweging 66 bij de richtlijn verklaarden deze landen hierin dat zij ook aan het gewijzigde artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn konden voldoen door vast te houden aan het voorschrift dat de bezoeker het recht moet hebben om het gebruik van cookies te weigeren. Nederland heeft zich niet aangesloten bij deze stemverklaring, omdat een dergelijke invulling niet zou voldoen aan de tekst van artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn, die nu op dit onderdeel bij amendement van het Europees Parlement was veranderd van 'recht op weigering' naar 'toestemming'.⁴²

De Europese Commissie besluit op 29 juli 2009 om de striktere bepalingen inzake de bescherming tegen spyware en het plaatsen van cookies in de systemen van de gebruikers te aanvaarden.⁴³ Op 18 december 2009 wordt de definitief vastgestelde Richtlijn Burgerrechten gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.⁴⁴ Voortaan moet er vooraf worden geïnformeerd en toestemming worden gegeven voor de cookies.

Uit de interviews kwam naar voren dat er toentertijd relatief weinig discussie was over de 'toestemmingsverplichting'. Vanuit Europa was vooral de eis van informeren uit artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn belangrijk: *"The intention was to give information regarding cookies. There was a majority common sense approach to give consent. **But the important thing was giving information.** This was the bigger discussion."*

Het tweede als-danmoment heeft net als het eerste als-danmoment betrekking op Europese cookiegerelateerde amendementen. Ditmaal ging het om de aanpassing van de Bijzondere Privacyrichtlijn in de periode 2008-2009. Opnieuw was er een amendement over uitdrukkelijke toestemming als een politieke uitdrukking van een ethisch principe. In de discussie zijn argumenten over de regeldruk voor burgers naar voren gebracht, door te verwijzen naar gebruikersvriendelijke oplossingen en toestemming via browserinstellingen. De Artikel 29 Werkgroep, onderdeel van de overheid, heeft zich nadrukkelijk in het debat gemengd en gepleit tegen de regelluwe oplossing via browserinstellingen. Dit laat zien dat belangen niet alleen door maatschappelijke groepen (buiten de overheid) naar voren worden gebracht. Verschillende lidstaten hebben aangegeven een regelluwe interpretatie te (blijven) hanteren. Uit de literatuur blijkt dit niet duidelijk, maar het is aannemelijk dat zij hiermee willen voorkomen dat belangen van de bedrijfstak worden geschaad en niet zozeer de regeldruk van de gebruiker centraal stond.

⁴¹ België, Duitsland, Estland, Finland, Ierland, Letland, Malta, Oostenrijk, Roemenië, Slowakije, Spanje en het Verenigd Koninkrijk (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, pp. 2-3 (MvT)).

⁴² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, pp. 2-3 (MvT).

⁴³ Advies van de Europese Commissie, 29 juli 2009 (COM(2009) 421 def.).

⁴⁴ Pb EU L 337/11.

3.4 Als-danmoment 3: wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen, 2012

Wetsvoorstel en consultatieronde Wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen

Op 8 november 2010 werden het ontwerp-wetsvoorstel en de memorie van toelichting van de wijziging van de Tw gepubliceerd waarin de cookiebepaling was opgenomen.⁴⁵ In de consultatieronde van het ontwerp-wetsvoorstel 'Wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen' zijn in totaal 142 reacties binnengekomen. Ruim 30 reacties hadden betrekking op de wijziging van de cookiebepaling. In de reacties is veel kritiek gegeven op de voorgestelde wijziging. De kern van de kritiek was dat het vereiste van ondubbelzinnige toestemming verder gaat dan de richtlijn voorschrijft en dat daarmee niet gehandeld wordt in de geest van de richtlijn-bepaling. In de versie van het concept van het oorspronkelijke wetsvoorstel dat via internet werd geconsulteerd, sprak het wetsvoorstel namelijk nog van ondubbelzinnige toestemming. De consequentie van het vereiste van ondubbelzinnige toestemming is volgens de ingezonden reacties dat het gebruik van het internet gebruiksonvriendelijk wordt, dat de gebruiker steeds toestemming zal verlenen zonder zich te realiseren waarvoor en dat juist meer persoonsgegevens geregistreerd moeten worden door de verantwoordelijke voor de cookies.⁴⁶

Om tegemoet te komen aan deze kritiek is het wetsvoorstel door de wetgever meer in lijn gebracht met de tekst en de bedoeling van de betreffende bepaling uit de Bijzondere Privacyrichtlijn. De richtlijn spreekt in artikel 5, derde lid, alleen van 'toestemming' en niet van 'ondubbelzinnige toestemming'. De eis van ondubbelzinnige toestemming kwam daarom te vervallen. De afweging van de wetgever was hiermee in beginsel hoofdzakelijk legalistisch/juridisch ingegeven. Hoewel de wetgever indertijd veronderstelde het wetsvoorstel na de consultatieronde meer in lijn te brengen met de richtlijntekst, is opgemerkt dat de discussie over het onderscheid tussen toestemming en ondubbelzinnige toestemming slechts een theoretische/semantische discussie betrof die werd gevoerd op basis van een onderbuikgevoel, waarbij het gevoel bestond dat Nederland met het vereiste van ondubbelzinnige toestemming verder zou gaan dan volgens de richtlijn noodzakelijk zou zijn.

Verschillende (grote) partijen die hun stem tijdens de consultatieronde hebben laten horen, hebben gehoor gegeven aan ons verzoek om mee te werken aan een interview. Een veelgehoord geluid tijdens deze interviews was dat "er door de markt niet één lijn is getrokken". Meerdere partijen zijn in gesprek gegaan met de overheid en er was een gefragmenteerde lobby. "Vanuit de hele industrie werd er niet met één mond gesproken", merkt een geïnterviewde op.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2010/11*, 32 549, nrs. 2 en 3.

⁴⁶ Consultatieverslag wetsvoorstel implementatie gewijzigd Europees regelgevend kader in de Telecommunicatiewet.

Het gevolg hiervan is geweest dat er een cookiebepaling is gekomen die eigenlijk voor niemand echt werkt. Een andere geïnterviewde zegt juist dat er bewust is gekozen om niet samen op te trekken tijdens de lobby: “Als je verschil wilt maken tussen marketing en onderzoek moet je juist niet met elkaar optrekken tijdens de lobby.” Lobbyen kan een behoorlijk intensief traject zijn. “Zelfs als je goed in de materie zit en weet wat je wilt, heb je al snel tien afspraken waar je een halve dag voorbereiding aan kwijt bent en een halve dag voor de meeting zelf nodig hebt. En bovendien ga je daar meestal met twee personen heen.”

3.4.1 Brief van CBP aan de TK en amendement van Van Bommel, Van Dam en Verhoeven

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de gewijzigde cookiebepaling in de richtlijn stuurde het CBP een brief aan de Tweede Kamer, waarin het betoogde dat het wetsvoorstel toch zou moeten spreken van ondubbelzinnige toestemming, in plaats van toestemming.

“De enige conclusie die uit beide richtlijnen (red. Richtlijn Burgerrechten en Algemene Privacyrichtlijn) getrokken kan worden is dat ondubbelzinnige toestemming is vereist voor het plaatsen en uitlezen van cookies, omdat dat in vrijwel alle gevallen leidt tot een verwerking van persoonsgegevens. (...) Voorkomen dient te worden dat er een situatie ontstaat waarin de Europese toezichthouders handhavend optreden op grond van het criterium ondubbelzinnige toestemming, terwijl de betrokken bedrijven menen te kunnen volstaan met ‘opt out’-constructies en een gemeenschappelijk icoontje als invulling van de informatieplicht.”⁴⁷

Verschillende brancheorganisaties hebben per brief op de brief van het CBP gereageerd. De brancheorganisaties concluderen – in tegenstelling tot de CBP – dat de Bijzondere Privacyrichtlijn geen ‘prior consent’ of ‘explicit consent’ vereist, maar vormvrije toestemming. Hierbij wordt verwezen naar een interview van de Privacy Rapporteur van de Europese Commissie, Alexander Alvaro, waarin hij aangeeft dat een cookie-‘opt in’ nooit de bedoeling was van het Europees Parlement:

“Had the Parliament intended [for example] the placing of all cookies on a user’s terminal to require ‘prior’ and/or ‘explicit’ consent, it would have adopted such language.”

De brief van het CBP werd door de politiek als zwaarwegend beschouwd en door de leden Van Bommel, Van Dam en Verhoeven werd een amendement ingediend waarin werd voorgesteld om toestemming in artikel 11.7a eerste lid, onderdeel b, te vervangen door ondubbelzinnige toestemming.⁴⁸ Opnieuw leek regeldruk niet in beeld en maakte het geen deel uit van de afweging. Volgens de indieners dient de internetgebruiker – wanneer het gaat om persoons-

⁴⁷ Brief van College Bescherming Persoonsgegevens aan leden van de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, d.d. 14 maart 2011.

⁴⁸ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 14.

gegevens – zelf een expliciete keuze te maken. Bovendien voorkomt de toevoeging ondubbelzinnig volgens de indieners van het amendement dat toestemming verkregen kan worden via standaardinstellingen van browsers die automatisch alle cookies accepteren. Dit amendement was daarmee de uitdrukking van een politiek belang, namelijk dat de gebruiker te allen tijde controle heeft en houdt over zijn of haar eigen gegevens. Volgens de wetgever bestond bij de politiek het gevoel dat Nederland met het oorspronkelijke wetsvoorstel niet ver genoeg zou gaan in de bescherming van de persoonsgegevens van internetgebruikers wanneer volstaan zou worden met toestemming. Op dit voorstel zijn de indieners van dit amendement vervolgens teruggekomen. Amendement nummer 14 is gewijzigd bij amendement nummer 34⁴⁹ en daaropvolgend is nummer 34 gewijzigd bij amendement nummer 39.⁵⁰ Wat de inhoudelijke wijziging was en of dit van invloed was op de regeldruk, komt in de volgende paragrafen aan bod.

3.4.2 Amendementen van Van Bommel & Van Dam

Amendement nummer 34 verduidelijkt ten eerste dat de cookiebepaling niet afdoet aan de Wbp. Hiermee werd volgens de wetgever voorkomen dat de cookiebepaling werd beschouwd als een *lex specialis* waarbij alleen voldaan moest worden aan het informatie- en toestemmingsvereiste uit de Tw. Met de zinsnede “onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens” wordt uitdrukking gegeven aan het feit dat de Tw en de Wbp naast elkaar bestaan, waarbij in situaties waarin persoonsgegevens worden verwerkt tevens voldaan moet worden aan de vereisten van de Wbp (in hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op de verplichtingen die hieruit voortvloeien voor de website-eigenaar). Daarnaast werd amendement 14 als volgt gewijzigd. Aan het eerste lid werd een volzin toegevoegd, luidende:

“Indien de desbetreffende handeling tot doel heeft gegevens te kunnen verzamelen over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de abonnee of gebruiker, dan wel het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of abonnee met elkaar in verband te brengen, dient deze toestemming ondubbelzinnig te zijn.”

Met dit amendement werd verduidelijkt dat de ondubbelzinnige toestemming alleen geldt voor tracking cookies en niet voor alle cookies (behoudens de uitzondering in lid 3 van artikel 11.7a Tw). Amendement nummer 39 wijzigde vervolgens dit voorstel. Amendement nummer 39 introduceerde een rechtsvermoeden dat bij het gebruik van tracking cookies persoonsgegevens worden verwerkt. Het rechtsvermoeden heeft tot gevolg dat tenzij de plaatser van tracking cookies aannemelijk maakt dat hij géén persoonsgegevens verwerkt, hij aan de eisen van de Wbp moet voldoen. Artikel 8 van de Wbp bepaalt dat alleen persoonsgegevens mogen worden verwerkt indien sprake is van een van de in dat artikel genoemde rechtvaardigingsgronden, waaronder (maar

⁴⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 34.

⁵⁰ Kametstukken II 2010/11, 32 549, nr. 39.

niet uitsluitend) ondubbelzinnige toestemming van degene wiens persoonsgegevens het betreft. Amendement nummer 39 is vervolgens aangenomen, waardoor het rechtsvermoeden voor tracking cookies uiteindelijk is opgenomen in artikel 11.7a, vierde lid, van de Tw. Het rechtsvermoeden houdt in dat als de website eigenaar cookies plaatst en uitleest om surfgedrag te volgen/om gebruiksprofielen te maken, vermoed wordt dat persoonsgegevens worden verwerkt. In het verlengde hiervan moet er om toestemming gevraagd worden aan de gebruiker van de website.

Tijdens een interview werd door een gesprekspartner aangegeven dat de indieners van de cookiegerelateerde amendementen indertijd (tot op zekere hoogte) wel rekening hebben gehouden met regeldruk. Zij vonden juist dat het instellen/aanpassen van de browserinstellingen (om toestemming te geven) (te) ingewikkeld was voor de gemiddelde internetgebruiker. (Eenmalig) toestemming geven via de website zou makkelijker moeten zijn. Echter, volgens de gesprekspartner is de cookiebepaling bewust slordig geïmplementeerd door veel partijen om irritatie op te wekken (in de hoop dat de cookiebepaling (op den duur) aangepast zou worden). Veel partijen hebben er zijns inziens bewust voor gekozen om niet eenmalig toestemming te vragen, maar om met cookiemuren te werken, en iedere keer weer om toestemming te vragen. Dit sluit aan bij hetgeen is aangedragen door de ACM, te weten de ondermijning van de beleidstheorie door de markt (zie paragraaf 2.5).

Over in hoeverre de introductie van het bewijsvermoeden verder gaat dan de Bijzonder Privacyrichtlijn vereist – en in wezen dus een kop op de richtlijn betekent – lopen de meningen uiteen. In een brief aan de Tweede Kamer stelt de toenmalige minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie dat door de introductie van het rechtsvermoeden de bewijslast wordt omgekeerd, wat het voor het CBP gemakkelijker maakt om effectief toezicht te houden op de naleving van de Wbp ten aanzien van tracking cookies.

“Het feit dat de Tweede Kamer bij amendement aan de cookiebepaling het rechtsvermoeden heeft toegevoegd dat met tracking cookies persoonsgegevens worden verwerkt als bedoeld in de Wbp bevordert een effectieve handhaving, maar verandert niets aan de in artikel 11.7a opgenomen Europese norm ten aanzien van cookies in het algemeen.”⁵¹

Het interview met een van de indieners van het amendement en navraag bij de wetgever maakt duidelijk dat het rechtsvermoeden in de wet is opgenomen om, langs een omweg, te expliciteren dat toestemming conform de Wbp nodig is voor het plaatsen van tracking cookies: cookies waarmee onderscheid gemaakt kan worden bij de behandeling van burgers.

⁵¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 549, nr. 47.

3.4.3 Onderzoek administratieve lasten en nalevingskosten ten gevolge van wijziging van de Tw ter herziening van de telecommunicatierichtlijnen

In opdracht van de minister van Economische Zaken is door EIM een quickscan uitgevoerd naar de administratieve lasten van de wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen.⁵² Bij de wijziging van de Tw is gekozen voor een quickscan om de volgende redenen:

- een eerste oppervlakkige inventarisatie gaf het beeld dat de wijzigingen in de Tw voor individuele bedrijven waarschijnlijk beperkte gevolgen hebben voor de administratieve lasten;
- de wijzigingen hebben geen gevolgen voor de administratieve lasten van burgers;
- de wetswijzigingen vloeien voort uit de een-op-een implementatie van de Europese richtlijnen, zonder nationale koppen.

De totale administratieve lasten worden in de QuickScan geraamd op circa € 277.454,- per jaar. Voor de quickscan is een beperkt aantal interviews gehouden met deskundigen aan de kant van de overheid en het bedrijfsleven. Een aantal wetswijzigingen is meegenomen in de quickscan, namelijk continuïteitsmeldingen veroorzaakt door verlies van integriteit en meldingen van inbreuken die leiden tot verlies of vrijkomen van persoonsgegevens. In de QuickScan is geen raming opgenomen van de administratieve lasten ten gevolge van de wijziging van de cookiebepaling. Volgens de wetgever werden indertijd alleen nalevingskosten voorzien en dat viel nog niet binnen de scope van regeldruk.

Het derde als-danmoment heeft betrekking op de Nederlandse wetgeving. Centraal staat hierbij de wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen (2012). In het bijzonder staan een brief van het CBP en enkele cookie-gerelateerde amendementen centraal. Rond dit als-danmoment hebben maatschappelijke groepen invloed proberen uit te oefenen in de consultatieronde; opvallend is ook de belangrijke rol van de toezichthouder CBP, die zich toen actief in het debat heeft gemengd. Er is sprake van politiek/ideologische factoren, die hun weerslag hebben gevonden in de amendementen op het wetsvoorstel. Van de zijde van de regering bestond de opvatting dat de Europese richtlijn een-op-een in Nederlandse wetgeving werd vertaald; de discussie over de verschillende bewoordingen van het toestemmingsvereisten laat zien dat daar toch verschillende interpretaties over bestonden. Het rechtsvermoeden, geïntroduceerd in een amendement, was aanvankelijk voor een specifieke vorm van gegevensverwerking bedoeld. Hij werd, waarschijnlijk vanwege juridisch/legalistische overwegingen, breder geformuleerd, met als argument dat het werk van de toezichthouder vergemakkelijkt zou worden (effectiviteit). Hij zorgde, mogelijk onbedoeld voor een vergroting van de regeldruk. Bij het amendement over 'ondubbelzinnige' toestemming speelde regeldruk een rol, niet zozeer gekwantificeerd, maar met het oog op de veronderstelde beperkte digitale vaardigheden van de gemiddelde internetgebruiker, voor wie het gemakkelijker zou kunnen zijn om toestemming te geven of te weigeren van een pop-upschermdan via het aanpassen van browserinstellingen.

⁵² Quickscan effecten AL-bedrijven wijziging Telecommunicatiewet. Implementatie van Richtlijn Burgerrechten en Richtlijn betere regelgeving.

3.5 Als-danmoment 4: wijziging van de Tw (wijziging artikel 11.7a), 2015

3.5.1 Uitbreiding uitzonderingsgronden artikel 11.7a Tw

Met de wijziging van de Tw in 2015 heeft een uitbreiding plaatsgevonden van de uitzonderingsgronden genoemd in lid 3 van artikel 11.7a Tw. Op grond van de oude bepaling moest voor alle typen cookies – de functionele cookies uitgezonderd – toestemming worden verkregen. Deze beperkte uitzonderingsgrond heeft in de praktijk veel ergernis opgeroepen, omdat er ook cookies zijn die, hoewel technisch niet noodzakelijk, wel nuttig zijn en tegelijkertijd nauwelijks nadelige gevolgen hebben voor de privacy van de gebruiker. Er is dan wel sprake van regeldruk, maar de privacy is niet in het geding, met een contrair effect tot gevolg. Het gaat hierbij om cookies die uitsluitend worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij, de zogenoemde analytische cookies.

Eind 2012 heeft de minister van EZ aan het college van OPTA (thans ACM) gevraagd of het 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 destijds geconstateerd dat zij onder de huidige regelgeving vooralsnog geen ruimte ziet om de analytische cookies als functioneel te beschouwen. De minister van EZ heeft toen besloten tot het doen van een wetsvoorstel tot aanpassing van de uitzonderingsgronden.⁵³

De minister van EZ heeft in het wetsvoorstel overwogen dat gebruikers beter in staat worden gesteld om hun privacy te beschermen als hun alleen in gevallen waarin dit hun persoonlijke levenssfeer raakt, om toestemming wordt gevraagd. De ratio achter deze redenering is dat als ook om toestemming wordt verzocht voor cookies die de privacy niet schenden, het verzoek om toestemming aan betekenis inboet. In de bestrijding van dit averechtse effect werd daarom een rechtvaardiging gezien om een extra uitzondering op de informatieplicht en het toestemmingsvereiste in te voeren. De verwachting was dat met deze wijziging het aantal gevallen waarin de internetgebruiker bij het plaatsen en het lezen van cookies moet worden geïnformeerd en toestemming zal moeten verkrijgen, zal verminderen.⁵⁴

Deze wijziging was daarmee pragmatisch van aard, namelijk als middel om de effectiviteit van de cookiebepaling te vergroten. Als cookies worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of de effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij, dan vallen deze cookies sinds maart 2015 ook onder de uitzonderingsbepaling, mits dit geen of geringe

⁵³ Brief van OPTA aan de minister van Economische Zaken, d.d. 17 oktober 2013.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3.

gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken gebruiker. De ACM heeft in de uitvoeringstoets wel een kanttekening geplaatst bij het te verwachten effect voor websites met gratis content. Websites met gratis content maken gebruik van cookies en zullen deze blijven gebruiken volgens de ACM, omdat zij immers afhankelijk zijn van advertentie-inkomsten waarbij veelal tracking cookies worden gebruikt die niet onder de verruimde uitzonderingsbepaling vallen.⁵⁵ Ook Sanoma maakt eenzelfde opmerking in het kader van de internetconsultatie van het concept wetsvoorstel. Sanoma merkt op dat in theorie het verwachte effect daadwerkelijk zal worden bereikt, ervan uitgaande dat de cookiebepaling door elke website-eigenaar wordt nageleefd. In de praktijk, stelt Sanoma, is dat in veel gevallen nog niet het geval. Met name kleine websites die nu met de wetswijziging worden geholpen, voldeden in veel gevallen nog niet aan de wettelijke eisen.

De wetgever heeft met de wetswijziging in 2015 tevens van de mogelijkheid gebruikgemaakt om in de Memorie van Toelichting de onduidelijkheid over het begrip toestemming weg te nemen. Voor de definitie van toestemming wordt verwezen naar de definitie in artikel 1, onderdeel i van de Wbp. De definitie van toestemming is:

“Elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.”

Daarnaast wordt verwezen naar de Opinie⁵⁶ over de definitie van toestemming van de Artikel 29 Werkgroep waarin wordt bevestigd dat toestemming niet hetzelfde is als het recht om te weigeren zoals dat in de vorige versie van de Bijzondere Privacyrichtlijn stond (de ‘opt out’-bepaling). Door de website-eigenaar moet toestemming worden verkregen voordat het plaatsen en lezen van cookies plaats mag vinden. Voorts moet het volgens de Artikel 29 Werkgroep gaan om een handeling en kan toestemming niet worden afgeleid uit het uitblijven van een handeling. Dit kan ook blijken uit minder expliciete handelingen dan het klikken op een button ‘ik geef toestemming’ in een pop-up, bijvoorbeeld uit het aanklikken van overige onderdelen van de website, als bij aanvang van het bezoek aan de website duidelijk is aangegeven dat het aanklikken van een link om gebruik te maken van overige delen van de website wordt beschouwd als toestemming voor het gebruik van cookies.⁵⁷

3.5.2 Verbod op cookiemuur bij websites van publieke instellingen

De term ‘cookiemuur’ duidt op de situatie waarin alleen toegang wordt gegeven tot een (deel van) een website als de gebruiker toestemming geeft voor het plaatsen en lezen van cookies. Artikel 11.7a lid 5 Tw is bij amende-

⁵⁵ Uitvoeringstoets wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 11.7a Tw, brief van ACM aan de minister van EZ, d.d. 17 oktober 2013.

⁵⁶ Artikel 29 Werkgroep. Opinion 15/2011 on the definition of consent (01197/11/EN). 13 July 2011.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3.

ment in de wet opgenomen en verbiedt dat websites van publieke instellingen, zoals de Nederlandse Publieke Omroep of NPO, gebruikmaken van een cookiemuur.⁵⁸ De gebruikers van deze websites moeten dus altijd toegang kunnen krijgen tot deze websites, ook indien zij bepaalde privacygevoelige cookies niet accepteren. Omdat deze websites met overheidsgeld zijn gefinancierd en dus reeds zijn betaald, kan de internetgebruiker volgens de wetgever niet worden gedwongen om nogmaals met zijn privacy voor toegang tot deze websites te betalen (deze redenering lijkt overigens niet te worden toegepast op reclame bij de publieke omroep; reclame is juist een veelvoorkomend doel van cookies). De gebruiker dient in deze gevallen dus te allen tijde een keuzemogelijkheid te hebben om privacygevoelige cookies niet te accepteren. Om deze reden is een verbod op cookiemuren voor websites van publieke instellingen gerechtvaardigd volgens de wetgever.

3.5.3 Onderzoek administratieve lasten en nalevingskosten ten gevolge van wijziging artikel 11.7a Tw

Volgens de wetgever leidde het wetsvoorstel tot een vermindering van de administratieve lasten en de uitvoeringslasten. De verwachting was dat vooral non-profitwebsites van de wetswijziging zouden profiteren, omdat commerciële websites vaak ook gebruikmaken van cookies die wel gevolgen hebben voor de privacy. De lastenvermindering is door het ministerie van EZ berekend op basis van onder andere de gegevens van SIDN over het aantal nieuwe websites dat er per jaar bijkomt. De schatting was dat er ongeveer 100.000 nieuwe non-profitwebsites per jaar bijkomen. Daarnaast kostte het circa anderhalf uur (tegen een uurtarief van 70 euro) om te voldoen aan de cookiebepaling. De vermindering van de inhoudelijke nalevingskosten is daarmee geschat op 10,5 miljoen euro per jaar.⁵⁹

Het vierde als-danmoment heeft net als het derde als-danmoment betrekking op Nederlandse wetgeving. Bij het vierde moment gaat het over de wijziging van de Tw in 2015 en de uitbreiding van de uitzonderingsgronden van artikel 11.7a Tw. Door de uitbreiding van de uitzonderingsgronden is beoogd de effectiviteit te vergroten en regeldruk (met name bij internetgebruikers) terug te dringen. Signalen uit de maatschappij waren daarvoor belangrijk, zowel vanuit de lobby van bedrijven als, breed en diffuus, van burgers via verschillende organisaties. De regeldruk is gekwantificeerd door website-exploitanten. Dat is niet gebeurd voor burgers – de regeldruk valt niet onder het standaard kostenmodel. Er werd wel gerefereerd aan de effectiviteit: de gedachte was dat het grote aantal cookiemeldingen een bewuste omgang van burgers met de informatie en de keuzes zou belemmeren. Het terugdringen ervan zou dit passieve gebruik misschien kunnen verminderen.

⁵⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 8.

⁵⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 20.

3.6 Overzicht: bronnen van regeldruk

De beschrijving van de totstandkoming van de cookiebepaling laat zien dat op verschillende momenten invloed is geweest van politiek gearticuleerde ethische overtuigingen over de wijze waarop met cookies moet worden omgegaan. Daarbij is weinig of geen aandacht besteed aan regeldruk voor de adressanten (met name het bedrijfsleven) en geleidelijk wel aan de regeldruk voor internetgebruikers (door het benadrukken van gebruikersvriendelijkheid). Algemeen gesteld zijn politieke overtuigingen in de context van de cookiebepaling een bron van regeldruk gebleken. Belangen van maatschappelijke groepen komen met name tot uitdrukking in de inbreng van het bedrijfsleven, gericht op beperking van de gevolgen voor het business model en de concurrentiepositie, enigszins secundair ook voor de regeldruk. Er zijn ook belangen van organisaties die zich richten op de bescherming van persoonsgegevens. Opvallend is echter dat standpunten van dien aard in het debat door een van de toezichthouders, te weten het CBP, zijn ingebracht; met een aanzienlijke invloed op de uitkomst en een toename van de regeldruk.

De juridische/legalistische werkwijze bij de uitwerking van plannen en besluiten is een bron van regeldruk gebleken, met name bij de implementatie van de Europese richtlijn in de Nederlandse wetgeving. Meer in het algemeen geldt dat het politieke debat in de Kamer in een beperkte tijd op een aantal hoofdpunten wordt gevoerd. In de latere ambtelijke uitwerking rest dan alleen een juridisch/legalistische werkwijze, die technisch gezien klopt met de afspraken, maar waarvan niet altijd duidelijk is of oplossingen effectief zijn en rekening houden met regeldruk. De omkering van de bewijslast/het rechtsvermoeden, in reactie op een amendement uit de Tweede Kamer, wordt door de betrokken beleidsmakers gezien als een wetsonderdeel dat in de praktijk vrijwel geen betekenis heeft. Het zorgt echter wel voor regeldruk.

Het vierde als-danmoment, de wijziging van Tw in 2015, laat voortschrijdend inzicht zien, naar aanleiding van standpunten vanuit de branche en signalen vanuit de maatschappij. De keerzijde is dat de politiek en de beleidsmakers destijds onvoldoende inzicht hadden in de betekenis en de reikwijdte van de eerder geformuleerde cookiebepaling en dat zij de ongewenste uitwerking van de cookiebepaling in de praktijk niet konden voorzien. Hierdoor was er te weinig dan wel geen onderscheid tussen verschillende soorten cookies en hun invloed op de privacy, hetgeen de regeldruk heeft verhoogd.

Tabel 3.3 geeft een overzicht.

Tabel 3.3 Overzicht bronnen van regeldruk op als-danmomenten

BRONNEN	GERICHT OP (OF LEIDEND TOT)
1: Amendementen Europees Parlement Bijzondere Privacyrichtlijn (2001)	
Politiek: politiek gearticuleerde ethische overtuiging over omgang met cookies	Toename NK Toename R buiten SKM
Belangen/sociologisch: inbreng belangen bedrijfsleven vanwege business model en concurrentiepositie	Vermindering NK
Effectiviteit: Informatieverstrekking als logische voorwaarde (effectiviteit)	Toename NK
Aandacht voor regeldruk	Vooraf bij bedrijfsleven
Effect op regeldruk	Toename NK
2: Amendementen Europees Parlement Richtlijn Burgerrechten (2008-2009)⁶⁰	
Politiek: politiek gearticuleerde ethische overtuiging over omgang met cookies	Toename NK Toename R buiten SKM
Belangen/sociologisch: inbreng toezichthouder	Toename NK Toename R buiten SKM
Belangen/sociologisch: stemverklaring landen over afwijkende interpretatie	Toename R buiten SKM (door verschillen tussen landen)
Aandacht voor regeldruk	Aandacht voor R buiten SKM
Effect op regeldruk	Toename NK Toename R buiten SKM
3. Wijziging van de Tw ter implementatie van de herziene Telecommunicatierichtlijnen, 2012	
Belangen/sociologisch: gefragmenteerde lobby bedrijfsleven	Beperking NK
Belangen/sociologisch: inbreng toezichthouder	Toename NK Toename R buiten SKM
Politiek: inbreng thema's met maatschappelijke aandacht	Beperking NK Beperking R buiten SKM Toename NK
Legalistisch/juridisch (uitwerking bewijslast)	Toename NK
Legalistisch/juridisch (discussie toestemmingsvereiste)	Toename R buiten SKM
Aandacht voor regeldruk	Aandacht voor R buiten SKM
Effect op regeldruk	Toename NK Toename R buiten SKM

⁶⁰ In amendement 128 van het EP (2008) werd geregeld dat vooraf toestemming gevraagd moest worden voor cookies, en dat deze toestemming ook via de browserinstellingen gegeven kan worden. Het amendement werd niet aangenomen. Een jaar later (2009) kwam het EP met een nieuw amendement. In dit amendement werd weer voorgesteld om vooraf toestemming te vragen voor cookies en om artikel 5 lid 3 van de Bijzondere Privacyrichtlijn te wijzigen. De mogelijkheid om deze toestemming via de browserinstellingen te geven kwam in een randoverweging terecht. Dit amendement werd wel aangenomen. De verandering van 'opt out' naar 'opt in' heeft voor meer regeldruk gezorgd.

Vervolg tabel 3.3

BRONNEN	GERICHT OP (OF LEIDEND TOT)
4: Wijziging van de Tw (wijziging artikel 11.7a), 2015	
Massapsychologie/media	Beperking R buiten SKM Beperking NK
Belangen: lobby bedrijfsleven	Beperking NK
Effectiviteit	Beperking R buiten SKM Beperking NK
Aandacht voor regeldruk	Aandacht voor R buiten SKM
Effect op regeldruk	Afname NK Afname R buiten SKM

NK: nalevingskosten; R buiten SKM: regeldruk buiten SKM

In de interviews is verder gewezen op beperkte naleving van de Bijzondere Privacyrichtlijn uit 2002, die in Nederland in het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen is geïmplementeerd. De branche is niet in staat gebleken om zelf goed vorm te geven aan het informeren van internetgebruikers om hen op de hoogte te brengen van de functies en de toepassing van cookies en de gevolgen voor de privacy. Dit gemis is door verschillende respondenten aangemerkt als een bron van regeldruk: door het ontbreken van initiatieven om aan de regelgeving te voldoen werd de druk groter om met nieuwe wettelijke regels te komen, die de internetgebruikers controle zouden moeten geven over het gebruik van hun gegevens. Het is bovendien goed denkbaar dat internetgebruikers in deze periode zijn gaan wennen aan “gratis” diensten zonder dat zij zich realiseerden dat zij met hun persoonsgegevens betaalden. Dit kan de bewuste omgang met het nieuwe regime frustreren, in die zin dat internetgebruikers niet graag hun “verworvenheden” opgeven en leidt tot regeldruk. Kortom: onvolledige naleving en handhaving kunnen een bron van regeldruk zijn.

4 REGELDRUK

4.1 Inleiding

De regeldruk die voortvloeit uit de cookiebepaling is niet in zijn geheel gekwantificeerd. Bij wijziging van de Tw in 2012 ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen was het nog niet nodig om de nalevingskosten in kaart te brengen. Bij de wijziging van de Tw in 2015 is de totale regeldruk van de wijziging wel in kaart gebracht. De wijziging hield in dat geïnformeerde toestemming alleen nog voor bepaalde typen cookies (waaronder de tracking cookies) gold. De lastenvermindering werd op circa € 10,5 miljoen geschat, waarvan € 0,5 miljoen voor (websites van) de overheid en € 10 miljoen voor ondernemingen.

In het voorliggende onderzoek voeren we geen gedetailleerde berekening van de regeldruk uit. De vraag luidde om een indruk (*educated guess*) te geven van de orde van grootte van de regeldruk. We maken daarvoor aannames over de verschillende grootheden, zoals het aantal bedrijven dat de regels moet naleven en het aantal websites waarvoor de regels gelden. We gebruiken gegevens uit interviews met vertegenwoordigers van mediaondernemingen en brancheorganisaties over de omvang van de werkzaamheden en de kosten die met de naleving gepaard gaan. In totaal zijn twaalf personen geïnterviewd.

Voor de ramingen gebruiken we de volgende uitgangspunten:

- Aantal media- en advertentieondernemingen > 1000
 - Schatting aantal (relevante) websites > 1.000.000
 - Schatting aantal (nieuwe, relevante) websites per jaar > 100.000
 - Uurtarief regeldruk programmeren etc. € 45, uurtarief (intern) juridisch advies € 60, uurtarief hoger management € 91
 - Uurtarief gespecialiseerd extern juridisch advies € 200 - € 400
 - Benodigde tijd voor burgers om informatie over cookies op een website te lezen en een beslissing te nemen over toestaan of weigeren 5 minuten
 - Verloren tijd voor burgers door weggelijken cookiemeldingen 5 seconden
 - Aantal nieuw bezochte websites per jaar per burger > 100
 - Uurtarief regeldruk burgers € 15
 - Aantal internetgebruikers in Nederland 14 jaar of ouder 13,1 miljoen
- In de bijlage worden de uitgangspunten nader toegelicht.

4.2 Administratieve lasten

De administratieve lasten zijn kosten die moeten worden gemaakt om te voldoen aan informatieverplichtingen aan de overheid. Bij de cookiebepaling gaat het om de volgende typen verplichtingen:

- de meldplicht bij de AP over de verwerking van gegevens;
- het voeren van een registratie met betrekking tot het bewijsvermoeden;
- toezichtslasten.

Meldplicht bij de AP

Bedrijven die persoonsgegevens verwerken, zijn in een aantal gevallen verplicht dit te melden bij de AP. De AP houdt deze meldingen in een (openbaar) register bij. Deze verplichting geldt ook voor exploitanten van websites. Als zij persoonsgegevens verwerken – door bijvoorbeeld met behulp van tracking cookies persoonsgegevens te verzamelen – zijn zij verplicht om dit bij de AP te melden. Ten behoeve van deze meldplicht worden door de AP drie stappen onderscheiden:

- het maken van een inventarisatie van alle verwerkingen van persoonsgegevens;
- het maken van een beoordeling voor elke gegevensverwerking of deze gemeld moet worden;
- het doen van een melding met behulp van het Wbp-meldingsprogramma of het Wbp-meldingsformulier.

We ramen de kosten op vier tot acht uren werk per exploitant. Dit betekent dat de kosten per exploitant € 240 - € 480 bedragen; voor de branche gaat het om tenminste € 240.000 tot € 480.000. Dit zijn structurele kosten met een lage frequentie: ze hoeven niet jaarlijks te worden gemaakt.

Vermoeden van verwerking van persoonsgegevens (artikel 11.7a lid 4 Tw)

Om te voldoen aan de wettelijke eisen moet een website-exploitant aan kunnen tonen dat hij geen persoonsgegevens verwerkt, dan wel dat hij zich aan de Wbp houdt.⁶¹ De exploitant kan hiervoor verschillende methoden kiezen. We onderscheiden drie varianten:

- het ontwikkelen of aankopen van een geavanceerd systeem waarmee gegevens over bezoeken en wijze van toestemming worden bijgehouden. Dit is in een van de interviews genoemd. De kosten bedragen € 40.000 per jaar per exploitant;
- het zorgvuldig documenteren en loggen van de werkwijze bij het plaatsen van cookies en eventuele technische en inhoudelijke aanpassingen. De daarmee gemoeide tijd ramen we op vier uren per website, deels eenmalig

⁶¹ Deze eisen vloeien voort uit de regelgeving. Of ze in de praktijk invloed hebben, wordt betwijfeld. De ACM geeft aan dat de AP de bewijslast in de praktijk zelf draagt en niet eist dat een bedrijf zelf aantoont dat met een tracking cookie geen persoonsgegevens verwerkt worden.

(twee uren, documenteren systematiek), deels jaarlijks terugkerend (twee uren, bijhouden aanpassingen).

- voor websites die wel gebruikmaken van Google Analytics (of een soortgelijke analytics-applicatie), maar geen persoonsgegevens willen verwerken: eenmalig de juiste instellingen kiezen en dat vastleggen. De daarmee gemoeide tijd ramen we op een half uur per website.

In de eerste variant bedragen de kosten € 40.000 per exploitant. In de tweede en de derde variant lopen de kosten, door het grote aantal websites, snel op tot tientallen miljoenen euro's, zelfs als het bedrag per website erg laag wordt. We gaan ervan uit dat slechts enkele (grote) bedrijven binnen de branche voor de systeemoplossing kiezen en dat de meerderheid de werkwijze inzichtelijk maakt door documenteren en loggen.

Het bewijsvermoeden leidt daarmee tot een eenmalige regeldruk van meer dan € 10 miljoen (hierbij gaan we ervan uit dat een derde van de in totaal een miljoen websites tracking cookies gebruikt, maar geen persoonsgegevens verwerkt; aanpassingen in de instellingen van een analytics-applicatie à een half uur tegen een uurtarief van € 60; en meer dan 990 bedrijven die twee uur à € 60 besteden aan documentatie).

De structurele regeldruk kwantificeren we op meer dan € 1 miljoen (hierbij gaan we ervan uit dat een derde van de 100.000 (nieuwe) websites tracking cookies gebruikt, maar geen persoonsgegevens verwerkt; aanpassen van instellingen in een analytics-applicatie à een half uur tegen € 60; meer dan 990 bedrijven die twee uur per jaar à € 60 besteden aan het bijhouden van aanpassingen en 10 bedrijven met systeemoplossingen à € 40.000).

Toezichtslasten

Toezichtslasten vloeien voort uit de handhaving van wet- en regelgeving en dat houdt in het verplicht toestaan van toezicht en controle voor de handhaving van de wet. Meer concreet betekent dit dus dat exploitanten van websites verplicht zijn om toezicht en controle door de ACM en de AP toe te staan ten behoeve van de handhaving van de cookiebepaling.

In de praktijk is de capaciteit voor toezicht en handhaving beperkt. De ACM schreef in 2015 veertig uitgevers achter websites aan in verband met het toezicht op de cookiebepaling (jaarverslag ACM, 2015).⁶² Door de geringe capaciteit zijn de lasten relatief beperkt; bij veertig exploitanten per jaar en een tijdbesteding van acht uren bedragen ze ca. € 25.000 voor de branche als geheel.⁶³

⁶² De ACM heeft aangegeven dat het bereik in websites en gebruikers veel groter was. Het betrof hier namelijk uitgeverijen die een zeer groot bereik aan gebruikers hadden en een totaal van duizenden domeinnamen/websites beheerden. Het effect van dit aanschrijven was volgens de ACM dan ook veel groter dan het getal van veertig doet voorkomen.

⁶³ Bij de keuze voor deze veertig uitgevers door de ACM is gestreefd naar een zo groot mogelijke effectiviteit door rekening te houden met hun belang in de sector (aantal domeinnamen en gebruikers).

4.3 Inhoudelijke nalevingskosten

Inhoudelijke nalevingskosten zijn de overige kosten die moeten worden gemaakt (bovenop de *business as usual*-kosten) om aan wet- en regelgeving te voldoen. Bij de cookiebepaling gaat het om het verplicht informeren van en vragen van toestemming aan websitebezoekers door exploitanten van websites.

Informatieplicht en toestemmingsvereiste

Om te voldoen aan de informatieplicht van artikel 11.7a Tw dient de gebruiker door de website/eigenaar geïnformeerd te worden over de doeleinden waarvoor de plaatser van de cookies gegevens wenst op te slaan en/of toegang tot gegevens wil. Deze informatie moet op een direct zichtbare plek op de website getoond worden en opgesteld zijn in een bij de doelgroep van de website aansluitend taalgebruik. De exploitant van de website dient de taalkeuze van de uitleg over cookies dus af te stemmen op de doelgroep van de website. Informeren door middel van een globale verwijzing naar de algemene voorwaarden van de website is onvoldoende. Wanneer via de website gegevens van derden worden geplaatst op randapparatuur van gebruikers en/of gegevens worden uitgelezen, dan dient de eigenaar van de website ook voor deze derden te voldoen aan de informatieplicht.

Om te voldoen aan het toestemmingsvereiste moet een ieder die gegevens op de randapparatuur van een gebruiker plaatst of uitleest daarvoor toestemming vragen die op grond van de Wbp bestaat uit een 'vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting'. De wilsuiting vereist dat de gebruiker een handeling verricht tot het geven van toestemming. De plaatser van de cookies kan de website-eigenaar zijn, maar het kan ook een derde zijn die met de eigenaar van de website is overeengekomen dat hij via de website cookies mag plaatsen of uitlezen. Het is aan deze partijen om te bepalen of er meerdere malen toestemming wordt verkregen of dat de website-eigenaar ervoor kiest om namens alle partijen de toestemming te verkrijgen.

Concreet houden de nalevingskosten voor website-eigenaren dus in: het inrichten en onderhouden van hun website, opdat de gebruiker conform artikel 11.7a Tw wordt geïnformeerd over het gebruik van cookies en al dan niet toestemming verleent voor het plaatsen of uitlezen van cookies. De inhoudelijke nalevingskosten vallen uiteen in:

- inhoudelijke, juridische en/of beleidsmatige werkzaamheden die aan de technische werkzaamheden voorafgaan, in het bijzonder in verband met onzekerheden en onduidelijkheden;
- technische werkzaamheden om te voldoen aan de informatieplicht en het toestemmingsvereiste.

Inhoudelijke, juridische en beleidsmatige voorbereidingswerkzaamheden

Na de inwerkingtreding van de cookiebepaling heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan over de wijze waarop exploitanten hun websites 'cookiebepaling-proof' konden inrichten. Zij zochten daarbij naar invullingen die hun business-model zo veel mogelijk intact zouden laten. De implementatie vond plaats in een nieuw juridisch domein waarvoor nog geen precedentwerking had plaatsgevonden en bovendien in een context van internationale verschillen in interpretatie van Europese regelgeving. Bij de wetswijziging in 2015 heeft de minister van EZ deze onduidelijkheid willen wegnemen door een uitgebreide memorie van toelichting te schrijven waarin ook werd ingegaan op aspecten die met de wetswijziging onveranderd bleven. Zo is in de memorie van toelichting uitgebreid stilgestaan bij de wijze waarop door de markt kan worden voldaan aan het toestemmingsvereiste van de cookiebepaling.

In de tussenliggende periode (en ook daarna nog) hebben exploitanten kosten gemaakt voor de juridische en beleidsmatige voorbereiding.

Als hiermee gemiddeld veertig uur beleidsmatige voorbereiding en acht uur extern juridisch advies is gemoeid, komen de kosten per exploitant op € 2.400 (interne kosten) en € 1.600 tot € 3.200 aan externe juridische kosten. Voor de branche als geheel is dat ten minste vier miljoen tot 5,6 miljoen euro. Deze kosten zijn eenmalig.

Technische werkzaamheden aan websites

Websitebouwers hebben in de interviews opgemerkt dat de kosten om een website 'cookieproof' te maken laag zijn in verhouding tot het bouwen van een website. Afhankelijk van de wensen van de website-eigenaar over de wijze waarop hij wil voldoen aan de cookiebepaling (cookiewall of de gebruiker de mogelijkheid geven tot gedifferentieerde toestemming) en de vormgeving, kost het volgens de gesprekspartners circa een uur werk. Bij de wetswijziging is onderzocht in welke mate de beoogde wijziging zou leiden tot een vermindering van de administratieve lasten en de inhoudelijke nalevingskosten (zie paragraaf 3.5.3). In deze berekening werd uitgegaan van een tijdsinvestering van circa anderhalf uur om te voldoen aan de cookiebepaling. De bevindingen uit interviews ondersteunen deze schatting. De kosten voor het voldoen aan de cookiebepaling ramen we op € 68 per website.⁶⁴ Door het grote aantal websites lopen de kosten snel op tot meer dan € 68 miljoen euro. Dit zijn eenmalige kosten. Voor nieuwe websites schatten we de kosten op tenminste € 6,8 miljoen per jaar.

4.4 Regeldruk buiten het SKM

Naast de regeldruk volgens het standaard kostenmodel veroorzaakt de cookiebepaling irritaties bij websitebouwers, exploitanten, beheerders en

⁶⁴ Bij de wetswijziging is de vermindering van de regeldruk berekend met een uurtarief van € 70. Dit is gebaseerd op navraag bij websitebouwers. In onze berekening gebruiken we tarieven uit het Handboek meting regeldruk, versie 1-7-2014.

websitebezoekers. De irritaties hebben betrekking op de cookiewalls, het wegglikken van de meldingen en het meerdere keren opnieuw krijgen van dezelfde vraag. Er bestaan bij websitebouwers, -exploitanten en -beheerders veel onduidelijkheden over wat wel en niet mag. Het gaat dan om de vragen:

- hoe een cookietoestemming kan worden gevraagd en gegeven zonder eerst een cookie te plaatsen;
- waar de grens ligt tussen de verschillende soorten cookies;
- waar de grens ligt tussen verschillende soorten persoonsgegevens;
- wat het verschil is tussen het plaatsen en weer uitlezen bij het bezoeken van andere websites (gebruik door derden).

Bij websitebezoekers kan irritatie ontstaan doordat zij meerdere keren en soms telkens opnieuw cookiemeldingen moeten wegglikken en niet begrijpen waarvoor precies toestemming wordt gevraagd.

Deze regeldruk is er doordat exploitanten merken dat de regeldruk in andere EU-lidstaten lager is dan in Nederland, terwijl de Europese richtlijn voor alle lidstaten geldt.

Regeldruk voor burgers

Burgers die websites bezoeken, besteden tijd aan het lezen van informatie over het cookiebeleid, oordeelsvorming, het kiezen van opties en het wegglikken van de cookiemelding – of, in veel gevallen, alleen aan de laatste handeling. De tijd die zij hieraan besteden is, per website, meestal eenmalig.⁶⁵ Als een internetgebruiker honderd keer per jaar vijf minuten besteedt aan het zorgvuldig beoordelen van een cookiemelding, is hij of zij daar bijna acht uur per jaar aan kwijt. Voor alle Nederlandse internetgebruikers komt dat op ruim 109 miljoen uur uit. Als een internetgebruiker de meldingen zonder de achterliggende informatie te lezen wegglikt, is daar wellicht een vertraging van enkele seconden mee gemoeid; bij 100 (voor de eerste keer bezochte) websites komt dat neer op in totaal ruim 1,8 miljoen uren. Als we de tijd tegen een uurloon van € 15 waarderen bedragen de kosten tussen de € 27 miljoen (minimumvariant met alleen weggkijkende burgers) en ruim 1,6 miljard euro (hoge variant met burgers die actief met de bescherming van hun gegevens bezig zijn).

4.5 Overige lasten

Een verbodsbepaling geldt niet als regeldruk in het standaard kostenmodel. Echter, in de interviews zijn wel twee vormen van lasten als gevolg van de cookiebepaling naar voren gekomen:

- schade aan het businessmodel van exploitanten van websites;

⁶⁵ Het komt voor dat cookies periodiek gewist worden, bij sommige browserinstellingen en cloudoplossingen. Voor de schatting van de inhoudelijke nalevingskosten voor burgers laten we dit verschijnsel buiten beschouwing. Als we het zouden meenemen, zou het voor een toename van de inhoudelijke nalevingskosten zorgen.

- een verslechtering van de concurrentiepositie ten opzichte van websites die gebruikers kunnen 'tracken' zonder om toestemming voor cookies te hoeven te vragen.

Schade aan het businessmodel

In de interviews met exploitanten is de schade aan het businessmodel veelal als de grootste kostenpost voor het bedrijfsleven aangemerkt.

- Dit betekent dat exploitanten de cookiebepaling ten minste voor een deel van de websitebezoekers als potentieel effectief beschouwen. Als hun websitebezoekers cookies weigeren, komt hun businessmodel onder druk te staan omdat ze advertentie-inkomsten mislopen. Dit zijn geen inhoudelijke nalevingskosten, maar bedrijven zien dit wel als kosten die voortvloeien uit de nieuwe regelgeving.
- Er is een geval bekend van een exploitant die vanwege de Nederlandse cookiebepaling naar een ander Europees land is uitgeweken, waar de regels en/of de handhaving minder streng zijn en het businessmodel, anders dan in Nederland, toegelaten wordt.

Met name de laatste categorie, vertrek van bedrijven die vanuit andere landen dezelfde diensten blijven aanbieden, leidt tot een schadepost voor de Nederlandse economie. Als een procent van de omzet verdwijnt, gaat dat al snel om enkele tientallen miljoenen euro's. Naarmate de regels effectiever zijn (i.c. een groter deel van de internetgebruikers toestemming voor het plaatsen van cookies weigert) en er geen Europees/internationaal level playing field is, zal de neiging om activiteiten naar het buitenland te verplaatsen groter zijn.

4.6 Nalevingstekort en -overschot

In de interviews is een aantal keren gewezen op een nalevingsoverschot:

- Meer doen dan nodig door onzekerheid over de interpretatie van de wet- en regelgeving en de wens van exploitanten om onvolledige naleving te voorkomen;
- Meer doen dan nodig om onduidelijkheid bij en vragen van websitebezoekers te voorkomen. De aanname is dat burgers soms niet goed begrijpen waarom zij bij de ene website wel een cookiemelding krijgen en bij de andere niet, terwijl in beide gevallen (verschillende typen) cookies worden geplaatst.

Vaker is er echter ook gewezen op een nalevingstekort. Veel exploitanten van websites laten bewust na om het plaatsen van cookies te melden, omdat zij verwachten dat de kans om daar problemen mee te krijgen klein is. Zij geven aan dat zij pas actie ondernemen als ze merken dat de kans op een sanctie aanmerkelijk groter wordt.

4.7 Overzicht kwantificering regeldruk

In dit onderzoek is geen meting uitgevoerd maar hebben we wel geprobeerd om, met behulp van gegevens uit interviews en statistieken, indicaties van de orde van grootte van de regeldruk te krijgen (*educated guesses*). Dit leidt tot het volgende overzicht (tabel 4.1).

Tabel 4.1 Kwantificering regeldruk

Regeldruk		€	Frequentie
Administratieve lasten	Melding bij de AP	> 100.000	structureel met lage frequentie
	Rechtsvermoeden	> 10 miljoen > 1 miljoen	eenmalig structureel
	Toezichtslasten	> 20.000	Structureel
Inhoudelijke nalevingskosten	Beleidsmatige en juridische werkzaamheden	> 4 miljoen	Eenmalig
	Technische maatregelen	> 60 miljoen > 6 miljoen	eenmalig structureel
	Toezichtslasten	> 20.000	Structureel
Regeldruk buiten het SKM	Kosten voor burgers	> 27 miljoen > 1,60 miljard	lage variant, structureel hogere variant, structureel

Aan de kant van de bedrijven vinden we de hoogste regeldrukkosten dus bij het nemen van technische maatregelen voor het kunnen voldoen aan het informeren van burgers en de gelegenheid om toestemming voor het plaatsen van cookies te geven of te weigeren.

Aan de kant van de burgers zijn er potentieel hoge kosten als zij intensief en serieus gebruikmaken van de mogelijkheden die de cookiebepaling hen biedt; als burgers weinig aandacht aan de cookiemeldingen schenken, zijn hun kosten aanmerkelijk lager.

4.8 Regeldruk en wettelijke regimes

In dit hoofdstuk is een beeld gevormd van de orde van grootte van de integrale regeldruk die met de wetgeving rondom de cookies gepaard gaat.

De regeldruk vloeit voort uit twee wettelijke regimes, de Wbp en de Tw. Dit betekent dat de regeldruk deels aan de Wbp moet worden toegeschreven en deels aan de Tw en bovendien dat er met de wijzigingen van de Tw rond de cookiebepaling slechts in beperkt mate nieuwe regeldruk is gekomen. Er was voor de wijziging van de Tw immers al een wet (de Wbp) die tot informatievoorziening, toestemming en melding van de verwerking van persoonsgegevens verplicht. IP-adressen, MAC-adressen en andere device-identifiers waarmee de cookies zijn verbonden, worden door de AP en haar voorganger

het CBP sinds 2007/2008 altijd als persoonsgegevens beschouwd (en voorheen in veel gevallen).⁶⁶

Bovendien moesten exploitanten ook vóór de cookiebepaling krachtens het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen al invulling geven aan een vorm van informatie en instemming ('opt out'). Deze verplichting werd echter niet nageleefd en ook niet echt gehandhaafd. Daardoor wordt de regeldruk door de markt als nieuw ervaren, hoewel hij formeel niet als zodanig hoeft te worden aangemerkt.

⁶⁶ Zwenne G.-J. (2011) Over IP-adressen en persoonsgegevens, en het verschil tussen individualiseren en identificeren. *Tijdschrift voor Internetrecht*, blz. 4-9.

5 EFFECTIVITEIT EN PROPORTIONALITEIT

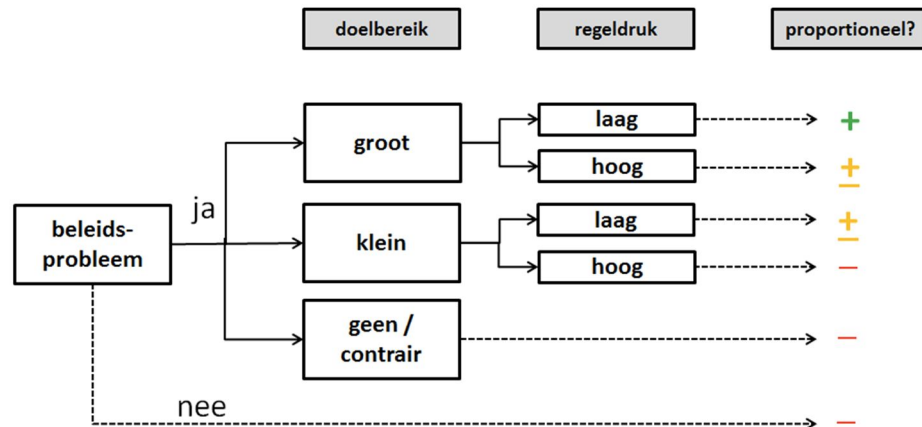
Een van de vragen in het onderzoek naar de regeldruk van de cookiebepaling is in hoeverre de regeldruk proportioneel is gelet op het doel van de cookiebepaling.

Het begrip proportionaliteit operationaliseren we aan de hand van drie begrippen:

- Beleidsprobleem: wordt er een beleidsprobleem aangepakt met de cookiebepaling?
- Effectiviteit: de mate waarin de cookiebepaling bijdraagt aan het voorkomen of oplossen van het (beleids)probleem.
- Regeldruk: de omvang van de regeldruk die de cookiebepaling meebrengt voor burgers en bedrijven.

De cookiebepaling is proportioneel als er sprake is van een beleidsprobleem (als er geen probleem is, dan is de cookiebepaling per definitie disproportioneel) en als er een goede balans is tussen de effectiviteit en de regeldruk. Het afwegingskader is in figuur 5.1 schematisch weergegeven.

Figuur 5.1 Afwegingskader proportionaliteit cookiebepaling



5.1 Beleidsprobleem

De wijziging van de cookiebepaling in 2012 stond niet op zichzelf, maar was onderdeel van een pakket aan wijzigingen dat werd doorgevoerd met de implementatie van een tweetal Europese richtlijnen en een nieuwe verordening (zie ook hoofdstukken 2 en 3). Het doel van de Richtlijn Burgerrechten (die wijzigingen aanbrengt in de Bijzondere Privacyrichtlijn, waaronder de cookiebepaling) is het waarborgen van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker op een verantwoord niveau. De aanleiding

hiervoor was gelegen in de ontwikkeling waarin de elektronische communicatienetwerken en -diensten steeds meer een (onmisbaar) onderdeel zijn geworden van het dagelijkse leven. Daarbij maken technologische ontwikkelingen het mogelijk dat verschillende persoonsgegevens worden verwerkt, waardoor deze ontwikkelingen van invloed zijn op de persoonlijke levenssfeer van gebruikers en bescherming daarvan. De wijzigingen die de Richtlijn Burgerrechten aanbrengt in de Bijzondere Privacyrichtlijn⁶⁷ beogen daarom tegemoet te komen aan de gevaren waaraan gebruikers door toenemend gebruik van internet – onopgemerkt en veelal zonder daar zelf invloed op te hebben – worden blootgesteld. In de interviews is dit aan de zijde van de wetgever en toezichthouders geduid als een groot beleidsprobleem.

De grondslag voor de cookiebepaling moet in deze context worden gezien. Het beleidsprobleem waar de cookiebepaling op is gericht kan worden opgevat als het beschermen van de persoonlijke levenssfeer van gebruikers, waarbij inbreuken veelal zonder medeweten en buiten het zicht van gebruikers plaatsvinden. De gedachte hierachter is dat de eindapparatuur van gebruikers van netwerken voor elektronische communicatie, zoals een computer of smartphone, en in die apparatuur bewaarde informatie, deel uitmaken van de persoonlijke levenssfeer van gebruikers die bescherming vereist. Als iemand zonder medeweten en buiten het zicht van de gebruiker toegang krijgt tot persoonlijke informatie van een gebruiker kan dit ernstige inbreuk maken op zijn privacy. Het doel van de cookiebepaling is verwoord als de gebruiker controle geven over de cookies die op zijn apparatuur worden geplaatst of gelezen door het mechanisme van geïnformeerde toestemming, als onderdeel van de bredere controle over alles wat op het randapparaat van de gebruiker geplaatst kan worden, bescherming tegen heimelijke inzage van informatie die de gebruiker daar zelf heeft opgeslagen en bescherming tegen spyware, virussen, et cetera.

Door geïnformeerde toestemming bepaalt de gebruiker zelf of, en zo ja welke, cookies worden geplaatst of gelezen op zijn apparatuur en is de gedachte dat de gebruiker beter wordt beschermd tegen het verwerken van zijn persoonsgegevens zonder zijn medeweten (zie beleidstheorie cookiebepaling, hoofdstuk 2).

In interviews is een derde doelstelling genoemd, namelijk het bewust maken van internetgebruikers van het plaatsen en uitlezen van cookies door middel van informatievervalsing. Deze doelstelling beschouwen we, in lijn met de beleidstheorie uit hoofdstuk 2, als een intermediaire doelstelling: een voorwaarde om de achterliggende doelstelling, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, te kunnen realiseren. In de interviews is door verschillende respondenten aangegeven dat het belang van bewustwording in de loop van de tijd is toegenomen en zij wordt ook wel als een zelfstandige doelstelling

⁶⁷ Naast de wijziging van de cookiebepaling is dit onder meer de invoering van een meldplicht als bij een aanbieder een veiligheidsinbreuk plaatsvindt die leidt tot het verlies, ongewild vrijkomen, diefstal of misbruik van persoonsgegevens.

aangemerkt. In het licht van de beleidstheorie spreken we toch eerder van een intermediaire (of voorwaardelijke) doelstelling.

Op basis van het voorgaande kunnen we spreken van een hiërarchie van beleidsdoelen:

1. Een achterliggend (meta)doel: het beschermen van de persoonlijke levenssfeer van internetgebruikers;
2. Een geoperationaliseerde beleidsdoelstelling: het beschermen van de persoonlijke levenssfeer van internetgebruikers door geïnformeerde toestemming voor het plaatsen cookies die gevolgen kunnen hebben voor de persoonlijke levenssfeer;
3. Een *intermediaire* beleidsdoelstelling: het bewust maken van internetgebruikers over het plaatsen en uitlezen van cookies en de consequenties daarvan voor de persoonlijke levenssfeer.

Verschuivende doelstellingen kunnen een bron van regeldruk zijn als maatregelen ingevoerd worden met het oog op het hogere, meer ambitieuze doel, maar feitelijk vooral bijdragen aan intermediaire doelen. Daarnaast heeft verschuiving van doelstellingen gevolgen voor de afweging van de proportionaliteit van de cookiebepaling, omdat de effectiviteit van de cookiebepaling hoger wordt ingeschat bij de intermediaire doelstelling (zie paragraaf 5.4 afweging proportionaliteit).

5.2 Effectiviteit

In de interviews met exploitanten en websitebouwers is naar voren gekomen dat de naleving van de cookiebepaling door de markt niet volledig is en dat dit niet zozeer wordt ingegeven door de technische kosten van het cookieproof maken van websites. Klaarblijkelijk merken of vermoeden exploitanten dat ten minste een deel van de gebruikers toestemming voor het plaatsen van cookies weigert. Dit zou betekenen dat de cookiebepaling bijdraagt aan het geven van controle aan de gebruiker over het plaatsen en uitlezen van cookies, tenminste voor een deel van de gebruikers.

In de interviews met beleidsmakers is de vraag gesteld in hoeverre naar hun oordeel de cookiebepaling bijdraagt aan het geven van controle aan de gebruikers over de cookies die op zijn apparatuur worden uitgelezen en geplaatst. Formeel-juridisch heeft de gebruiker door het geven van geïnformeerde toestemming controle over zijn persoonlijke informatie, maar in de praktijk heeft de toestemming volgens de gesprekspartners een relatieve betekenis. Gebruikers geven doorgaans toestemming voordat zij de informatie hebben gelezen. Exemplarisch is een experiment van ICTRecht met een cookiemelding waarin – zonder dat iemand het opmerkte – de volgende zin

was opgenomen: 'Tevens geeft u toestemming €100 van uw bankrekening te laten afschrijven.'⁶⁸

De algemene opvatting is dat de meerderheid van de gebruikers in de praktijk snel toegang wil krijgen tot de website en geen afweging maakt over het al dan niet toestemming geven voor het plaatsen van cookies – en zeker ook niet over het uitlezen en gebruiken door de exploitant of derden van de informatie. Dit geldt temeer voor websites die gebruikmaken van een cookiewall. Bij een zogenoemde cookiewall staat de 'vrije toestemming' onder druk, omdat bezoekers alleen dan toegang krijgen tot de website als zij toestemming hebben gegeven voor het uitlezen en plaatsen van cookies. Wanneer de effectiviteit van de cookiebepaling dus wordt beschouwd in het licht van de beoogde doelstelling van de (Europese) wetgever, dan zijn de gesprekspartners het er unaniem over eens dat deze klein is.

Een onderzoek in opdracht van de Europese Commissie⁶⁹ onderschrijft het beperkte doelbereik:

"The study [...] considers that the rules on cookies and similar techniques may have not entirely achieved their objectives, given that users receive too many warning messages which they do not properly consider. Therefore, the study recommends maintaining the current opt in approach to cookies, but limiting it only to situations where there is an interference with users' privacy (including websites serving third party cookies for behavioural advertising purposes, excluding analytics cookies). This result may be achieved, for example, by broadening the exceptions to the cookie consent rule (which allows the placing of cookies in the users' terminal equipment or equivalent web-tracking techniques only with the users' prior and informed consent)."

Wanneer het doelbereik echter geformuleerd wordt in termen van de bewustwording van de gebruiker (de intermediaire doelstelling), dan luidt het oordeel over de effectiviteit van de cookiebepaling anders. Door de gesprekspartners wordt aangegeven dat de cookiebepaling heeft bijgedragen aan bewustwording van de internetgebruiker over het bestaan en de werking van cookies en de mogelijke inbreuken op de privacy. Tegelijkertijd handelt de gebruiker er in de praktijk niet naar. TNO heeft onderzoek gedaan naar de beleving van privacy onder Nederlanders, in het bijzonder op het internet en bij online dienstverlening waar persoonsgegevens gedeeld worden. Uit het onderzoek blijkt dat de Nederlandse bevolking veel belang hecht aan privacy en de bescherming van persoonsgegevens, maar daar niet naar handelt. Dit wordt ook wel omschreven als de privacyparadox: mensen zeggen privacy belangrijk

⁶⁸ <https://ictrecht.nl/ictrecht/ictrecht-incasseert-e8200-dankzij-cookiepopup-met-incassotoestemming/>.

⁶⁹ ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation" (SMART 2013/0071).

te vinden, maar handelen er niet naar. Gedachten en gedrag komen dan niet overeen.⁷⁰

5.3 Regeldruk

De omvang van de jaarlijkse regeldruk voor ondernemingen in termen van administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten schatten we in de orde van grootte van tien miljoen euro. De eenmalige kosten voor het cookieproof maken van alle bestaande websites zijn aanmerkelijk hoger, in de orde van grootte van honderd miljoen euro, met name door de kosten van technische maatregelen. De omvang van de inhoudelijke nalevingskosten voor burgers ramen we op 1,6 miljard euro als zij actief gebruikmaken van het recht op geïnformeerde toestemming. De omvang is veel lager, rond de 27 miljoen euro, als zij niet actief van dit recht gebruikmaken en cookiemeldingen routinematig weggklikken.

Naarmate burgers actiever gebruikmaken van de verstrekte informatie en de toestemmingsprocedure is de cookiebepaling effectiever in termen van de geoperationaliseerde doelstelling (geïnformeerde toestemming) en de metadoelstelling (voorkomen inbreuken op de persoonlijke levenssfeer). De keerzijde is dat de regeldruk voor burgers oploopt.

Naarmate de wet effectiever is, heeft dit ook andere effecten. Als exploitanten merken dat relatief veel websitebezoekers het uitlezen en plaatsen van cookies weigeren, verliezen ze omzet en kunnen zij besluiten om bedrijfsactiviteiten naar andere landen te verplaatsen waar de wetgeving minder stringent is en/of de handhaving soepeler. In de praktijk blijkt de Bijzondere Privacyrichtlijn in verschillende EU-lidstaten op verschillende manieren te zijn geïmplementeerd.

5.4 Afweging proportionaliteit

In de interviews met beleidsmakers is het beleidsprobleem als substantieel en relevant gekwalificeerd. Door de technologische ontwikkelingen worden nieuwe grootschalige en niet-transparante vormen van gegevensverwerking geïntroduceerd die ingrijpen op de privacy van burgers.

Het breed gedeelde beeld over het doelbereik onder de beleidsmakers is dat de cookiebepaling weinig effectief is in het voorkomen van inbreuken in de persoonlijke levenssfeer en het geven van controle over de gegevensverwerking aan internetgebruikers. Reacties vanuit de branche wijzen erop dat de cookiebepaling bij een deel van de internetgebruikers tot gedragsaanpassing leidt, volgens de branche blijkt dat uit het (vaker) weigeren van

⁷⁰ Roosendaal, A., e.a. (2015), Privacy beleving op het internet in Nederland, TNO.

cookies. Hierover hebben we geen onafhankelijke onderzoeken gevonden. Vanuit het perspectief van de intermediaire doelstelling van bewustwording van internetgebruikers over het plaatsen van cookies, wordt de effectiviteit hoger gewaardeerd.

In het afwegingskader voor proportionaliteit (figuur 5.1) kwalificeren we de cookiebepaling als niet proportioneel, omdat het doelbereik van de cookiebepaling, te weten het beschermen van de persoonlijke levenssfeer van gebruikers door geïnformeerde toestemming, als klein wordt gekwalificeerd. Dat de regeldruk van de cookiebepaling niet proportioneel is, komt dus niet omdat de kosten als zodanig zeer hoog zijn (bijvoorbeeld in relatie tot de bouw en het onderhoud van websites), maar omdat de effectiviteit gering is, en daarmee ook de baten.

De onderdelen van de regeldruk die specifiek aangemerkt kunnen worden als niet-proportioneel, zijn het rechtsvermoeden (regeldruk meer dan 10 miljoen euro eenmalig en 1 miljoen euro per jaar, praktische betekenis nauwelijks aanwezig) en de technische maatregelen voor bedrijven (tenminste 60 miljoen euro eenmalig en 6 miljoen euro per jaar, met een zeer beperkte effectiviteit).

Als het doelbereik groot (of groter) zou zijn, zou de cookiebepaling evenmin als proportioneel worden gekwalificeerd, omdat de kosten van de regeldruk ook toenemen. Burgers maken dan immers actiever gebruik van geïnformeerde toestemming, met als gevolg dat hun ervaren kosten hoger zijn door het veelvuldig lezen van de informatie, het beoordelen ervan en het nemen van beslissingen.

Wanneer we uitgaan van de intermediaire doelstelling van de cookiebepaling, het genereren van bewustwording onder gebruikers, zouden we de proportionaliteit van de cookiebepaling hoger beoordelen. De effectiviteit wordt dan als hoger ingeschat (in vergelijking met de beoogde doelstelling), terwijl de nalevingskosten, met name voor burgers, beperkt zijn. Zij kunnen zich immers ook bewuster worden van de cookies en de werking ervan zonder dat zij elke keer de informatie hoeven te lezen.

Als het beleidsdoel op deze wijze wordt geformuleerd, doet zich wel de vraag voor of hetzelfde effect niet met minder ingrijpende maatregelen bereikt zou kunnen worden. Dit is de afweging van subsidiariteit. In de interviews is het alternatief van een bewustwordingscampagne genoemd, die burgers ook bewuster kunnen maken van het gebruik van cookies en de werking ervan, zij het tegen lagere kosten.

5.5 Alternatieven

Tijdens het parlementaire proces is als alternatief voorgesteld de browser-instellingen bepalend te laten zijn voor de vraag of de gebruiker de vereiste

toestemming voor het plaatsen en lezen van cookies heeft gegeven. Uit de memorie van toelichting bij de wijziging van de Tw in 2015 volgt dat als een browser een internetgebruiker in staat stelt via een actieve aanpassing van de instellingen van de browser aan te geven dat hij toestemming geeft voor bepaalde typen cookies van bepaalde partijen, de Nederlandse wet toestemming in de vorm van aanpassing van de browserinstellingen toestaat. Het is aan de ACM om te beoordelen of een browser geschikt is om uit de instellingen toestemming af te leiden die aan de voorwaarden voldoet.⁷¹ Respondenten geven aan dat de huidige mogelijkheden binnen veel gebruikte browsers niet aan de eisen voldoen. In Zweden kan bijvoorbeeld wel toestemming worden gegeven via de browserinstellingen, maar dit moet dan voor iedere afzonderlijke website worden gedaan. Er kan hier niet worden volstaan met 'een algemene toestemming' voor alle websites en cookies die in de toekomst bezocht gaan worden. In het kader van de informatieverplichting is het in Zweden mogelijk om te verwijzen naar een door marktpartijen ingerichte website met informatie over cookies.

In de interviews zijn voorts twee alternatieven genoemd om de persoonlijke levenssfeer in een elektronische omgeving te beschermen. Het eerste alternatief heeft betrekking op de bewustwording onder gebruikers en is een campagne gericht op het informeren van burgers.

Het tweede alternatief maakt onderscheid tussen verschillende vormen van gegevensverwerking. De gedachte is dat de huidige cookiebepaling tot routinematige cookiemeldingen en eveneens routinematig weggklikgedrag leidt, waardoor er nauwelijks onderscheid bestaat tussen verschillende vormen van gegevensverwerking/misbruik.

Het gebruikmaken van een profiel ten behoeve van het tonen van gerichte advertenties voor consumptiegoederen is minder ingrijpend van aard dan gebruikmaken van een profiel door een bank bij de beoordeling voor het al dan niet verstrekken van een hypotheek. Een verbod op meer ingrijpende vormen van gegevensverwerking/misbruik zou de persoonlijke levenssfeer van internetgebruikers beter kunnen beschermen. In de expertmeeting werd in dit verband het gebruik van cookies bij websites van ziekenhuizen genoemd. De aanpassingen van de cookiebepaling die in 2015 zijn doorgevoerd (meer onderscheid tussen verschillende soorten cookies) passen in deze gedachtegang, maar gaan minder ver.

⁷¹ MvT, p. 16.

6 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

6.1 Conclusies

Beperkte effectiviteit, niet-proportionele regeldruk

In dit onderzoek is in kaart gebracht hoe de cookiebepaling tot stand is gekomen en wat de bronnen van de daaruit voortvloeiende regeldruk zijn. Er zijn verschillende momenten geïdentificeerd waarop de wetgever, na consultaties van maatschappelijke groepen en na politieke debatten, besluiten in wet- en regelgeving heeft vastgelegd.

Na de implementatie van de cookiebepaling in 2012 wordt de cookiebepaling in 2015 gewijzigd. Erkend wordt dat de effectiviteit van de wet- en regelgeving geschaad wordt door de gemaakte keuzes en wellicht ook door de maatschappelijk-technologische ontwikkelingen rond het gebruik van internet en de toepassing van cookies. Ook in een onderzoek in opdracht van de Europese Commissie wordt een kanttekening geplaatst bij de effectiviteit van de cookiebepaling.

Twijfel aan de effectiviteit van de cookiebepaling in termen van het geven van controle aan websitebezoekers over hun persoonsgegevens bestaat al langer, ook bij beleidsmakers en toezichthouders. We leiden daaruit af dat er onnodige regeldruk is ontstaan die, gezien het gebrek aan effectiviteit van de wet- en regelgeving, niet proportioneel is. Een nadere analyse van de regeldruk laat zien dat het niet alleen de formele regeldruk, gedefinieerd in het standaard kostenmodel (SKM), is die kosten voor de samenleving met zich meebrengt, maar zeker ook de regeldruk daarbuiten en de ergernissen voor burgers en bedrijven die uit de wet- en regelgeving voortvloeien.

De cookiebepaling is niet effectief en leidt daardoor tot niet-proportionele regeldruk.

Gebrekkige naleving als bron van regeldruk

Een nadere beschouwing van de bronnen van regeldruk begint bij de discussie over de Bijzondere Privacyrichtlijn, op Europees niveau en in Nederland neergelegd in het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (Bude). De regeldruk die hiervan uitging, was lager dan die van de latere wet- en regelgeving. Dit komt vooral door de 'opt out'-formulering (de mogelijkheid om cookies te weigeren in plaats van de vereiste om toestemming voor het plaatsen van cookies te geven).

Het bedrijfsleven heeft nagelaten om actief, consistent en op een regelluwe manier invulling aan de regels te geven, door uiteenlopende belangen, verdienmodellen, marktposities en concurrentieverhoudingen. De tekortschietende naleving werd overigens mede in de hand gewerkt door een gebrek aan handhaving.

Het nalevingstekort, mede mogelijk gemaakt door zeer beperkte handhaving, is in de context van de cookiewet- en regelgeving een bron van regeldruk.

Een niet onderbouwde beleidstheorie

In de wetsgeschiedenis van de cookiebepaling neemt het principe van geïnformeerde toestemming uit de wetgeving over de bescherming van persoonsgegevens een centrale positie in. De gedachte is dat geïnformeerde toestemming een goede manier is om ervoor te zorgen dat burgers controle houden over het gebruik van hun gegevens in een internetomgeving. Er bestaat echter een breed gedeelde opvatting dat cookiemeldingen veelal ongelezen worden weggeklikt, dat de achterliggende informatie niet wordt gelezen, dat het belang van het bezoeken van een website in de praktijk zwaarder weegt dan een beoordeling van de consequenties van de verwerking van persoonsgegevens en dat de cookiebepaling dus niet leidt tot controle van internetgebruikers over hun persoonsgegevens.

Dat houdt in dat de beleidstheorie van de cookiebepaling niet goed houdbaar is en dat het beleid op verkeerde aannames is gestoeld. Een van de centrale mechanismen uit de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de geïnformeerde toestemming, werkt niet goed, in ieder geval niet in de internetomgeving. Er zijn inmiddels initiatieven ondernomen om de reikwijdte van het toestemmingsvereiste te beperken om de effectiviteit te vergroten, maar het is onbekend of de beleidstheorie vervolgens wel opgaat.

De niet onderbouwde beleidstheorie is een bron van regeldruk.

Belangen van maatschappelijke organisaties en bestuursorganen

Zowel op Europees als op Nederlands niveau hebben maatschappelijke organisaties (zowel uit het bedrijfsleven als privacyvoorvechters) invloed proberen uit te oefenen op de discussies over wet- en regelgeving. Dit deden ze in consultatierondes en zonder twijfel ook in allerlei andere lobbycontacten. Het bedrijfsleven richtte zich vooral op de bescherming van het verdienmodel en de concurrentiepositie ten opzichte van niet-Europese of niet-Nederlandse ondernemingen; privacyvoorvechters wilden voorkomen dat persoonsgegevens massaal en ongemerkt gebruikt zouden worden voor allerlei commerciële (en ook niet-commerciële) doelen.

In de eerste fase van de discussie gaven de belangen van het bedrijfsleven uiteindelijk de doorslag; later hebben privacybelangen een groter stempel kunnen drukken. De vertaling van hun standpunten in wet- en regelgeving heeft tot regeldruk geleid. Privacybelangen werden niet alleen door maatschappelijke organisaties ingebracht, maar ook door de privacytoezichthouder en de toezichthouder is in het debat zeker gehoord.

Standpunten van maatschappelijke organisaties en de toezichthouder CBP hebben invloed op de besluitvorming gehad en voor regeldruk gezorgd.

De dynamiek op het beleidsterrein

Cookies worden toegepast in een omgeving waarin zich snelle technologische en commerciële ontwikkelingen voordoen. Het is voor de politiek en de beleidsmakers lang niet altijd te overzien wat die ontwikkelingen precies zijn en wat de uitwerking van wettelijke bepalingen zou kunnen zijn. Dit kan in de maatschappelijke en politieke arena zorgen voor spraakverwarring en soms onbegrip die in de context van een politiek debat niet altijd opgelost kunnen worden. De implicatie is dat er regels worden ingevoerd waarvan niet precies duidelijk is welke gevolgen ze hebben en in hoeverre ze bijdragen aan het doelbereik. Bij de cookiebepaling wordt het toepassingsgebied geleidelijk aan beperkt. Dat betekent dat er eerder te veel regels waren.

De voortdurende dynamiek op het beleidsterrein en het daarmee gepaard gaande beperkte zicht op de technologische ontwikkelingen en uitwerking van regels in de praktijk vormen een bron van regeldruk.

De juridisch/legislatieve uitwerking van besluiten

Politieke en bestuurlijke beslissingen moeten in wetgeving omgezet worden en daarbij gelden uiteraard juridische regels. De focus op correcte juridische formuleringen en uitgangspunten kan ertoe leiden dat de achterliggende doelen en de regeldruk minder aandacht krijgen. De tekortschietende beleids-theorie van de geïnformeerde toestemming is hiervan een voorbeeld: een uitwerking die in overeenstemming is met de privacywetgeving, maar die het doel mist.

In de wetsgeschiedenis van de cookiebepaling zien we ook een ander voorbeeld, het rechtsvermoeden uit artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet. Het is ingevoerd om, enigszins via een omweg, te bewerkstelligen dat voor het plaatsen van tracking cookies toestemming conform de Wbp vereist is. Maar het effect is dat exploitanten ook bij het plaatsen van andere cookies moeten kunnen aantonen dat zij geen persoonsgegevens verwerken. In de praktijk van de handhaving heeft het rechtsvermoeden in de ogen van beleids-makers weinig betekenis, omdat in de handhaving de AP de bewijslast altijd zelf heeft gedragen. Maar formeel bestaat bewijslast wel en zorgt deze voor regeldruk, alleen al omdat veel exploitanten niet goed weten of en hoe zij hier vorm aan moeten geven.

De juridisch/legislatieve uitwerking van besluiten is een bron van regeldruk.

Formele regeldruk en regeldruk buiten het SKM

In de wetgeschiedenis hebben administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten geen grote rol gespeeld. Voor het bedrijfsleven waren vooral de bedreiging voor het verdienmodel en de concurrentiepositie belangrijke argumenten om tegen voorstellen voor geïnformeerde toestemming te pleiten. Regeldruk (in termen van beperking van de benodigde acties van internet-gebruikers, al dan niet in samenhang met een beperkt doelbereik) is wel verschillende malen in de discussie aan de orde gekomen.

Bij het bedrijfsleven is de regeldruk buiten het SKM groter dan de formele regeldruk. Dat komt onder andere doordat een deel van de regeldruk (zoals de meldingsplicht en uiteindelijk ook het toestemmingsvereiste) niet uit de cookiebepaling in de Tw voortvloeit maar uit de Wbp, niet nieuw is en daarom niet als regeldruk meegewogen hoefde te worden. Ook speelt een rol dat er aanvankelijk geen regeldruk werd ervaren doordat regelgeving niet werd nageleefd en beperkt werd gehandhaafd.

Formele regeldruk speelt geen grote rol in de discussies, regeldruk buiten het SKM op gezette tijden wel. Dit pleit voor een verbreding van de definitie van regeldruk.

Europa en Nederland

De Nederlandse wet- en regelgeving over cookies is een implementatie van Europese regels (die mede met Nederlandse inbreng tot stand zijn gekomen). In Nederland is gekozen voor een een-op-een implementatie van de Europese regels. Mogelijk is er sprake van een “nationale kop” op de Europese regels door de introductie van het rechtsvermoeden op initiatief van de Tweede Kamer. Toch bestaat bij veel bedrijven de indruk dat de regeldruk in Nederland hoger is dan in een aantal andere EU-lidstaten. Dit lijkt volgens gesprekspartners in het onderzoek aan de zijde van beleidsmakers en bestuursorganen echter eerder te wijten aan onderimplementatie in sommige andere landen dan aan overimplementatie in Nederland.

Of dergelijke verschillen op termijn stand kunnen houden, hangt mede af van rechterlijke beslissingen als er procedures worden aangespannen door burgers of maatschappelijke organisaties. In de praktijk blijkt er ruimte te bestaan voor nationale verschillen in implementatie. Onzeker is of deze verschillen juridisch houdbaar zijn. Intussen wordt de regeldruk als gevolg van de cookiebepaling in Nederland door bedrijven als relatief hoog ervaren.

Verschillen in regeldruk ontstaan niet alleen door overimplementatie in Nederland, maar ook door onderimplementatie in andere landen.

Alternatieven binnen de kaders van de Europese regels

In het onderzoek zijn door verschillende experts alternatieven voor de huidige cookiebepaling genoemd.

Een eerste alternatief bestaat uit een verruiming van het type cookies dat onder de uitzonderingsbepalingen valt en dus geplaatst kan worden zonder dat om uitdrukkelijke (‘opt in’) toestemming wordt gevraagd. Deze verruiming zou moeten worden gecombineerd met een verbod op andere verwerkingen. Het verbod zou dan betrekking kunnen hebben op het feitelijk onderscheid maken in de behandeling van personen, anders dan het aanbieden van (overigens gelijkkluidende) advertenties. Te denken valt aan het aanbieden van hogere ticketprijzen naarmate iemand vaker naar bepaalde vliegbestemmingen zoekt (een voorbeeld dat in de discussie in de Tweede Kamer aan de orde is geweest). Een tweede alternatief is het regelen van toestemming via browserinstellingen in combinatie met goede informatievoorziening (het Zweedse model).

Een derde alternatief gaat niet uit van regelgeving, maar vertrouwt op nieuwe technologieën die internetgebruikers zouden kunnen beschermen tegen ongebreidelde verwerking van hun persoonsgegevens. Voorstanders vertrouwen erop dat dergelijke technologieën beschikbaar komen, al is dat nu nog niet zo, zeker niet voor het grote publiek.

Het eerste en het tweede alternatief zouden onder de huidige Europese regels wellicht mogelijk zijn, het derde niet. Met name bij de tweede alternatief is het de vraag wat de consequenties voor de regeldruk zijn in het licht van de technologische en commerciële ontwikkelingen.

6.2 Aanbevelingen

Betrek de beleidstheorie bij de beoordeling van de regeldruk

De reconstructie van de wetsgeschiedenis en de geschatte regeldruk laat zien dat de niet-proportionaliteit van de regeldruk bij de cookiebepaling niet primair wordt veroorzaakt door hoge kosten van (formele) regeldruk, maar door een gebrekkige effectiviteit als gevolg van een niet goed onderbouwde beleids-theorie.

Aanbeveling 1: betrek de kwaliteit van de beleidstheorie bij het oordeel over de (proportionaliteit van de) regeldruk.

Houdt rekening met de regeldruk naast de regeldruk van het SKM

In de wetsgeschiedenis van de cookiebepaling heeft de regeldruk voor burgers op verschillende momenten een rol gespeeld, terwijl de formele regeldruk veel minder aandacht heeft gekregen. Gekwantificeerd is de regeldruk buiten het SKM van dezelfde orde van grootte of in theorie zelfs aanmerkelijk groter dan de formele regeldruk en daardoor erg belangrijk voor de ontvangst van de wet in de samenleving.

Aanbeveling 2: betrek de regeldruk buiten het SKM bij het oordeel over de (proportionaliteit van de) regelgeving.

Het rechtsvermoeden: wetsonderdeel zonder veel betekenis

De onderdelen met de grootste regeldruk binnen de cookiewet- en regelgeving zijn het rechtsvermoeden en de nalevingskosten door technische maatregelen. Het rechtsvermoeden heeft in de praktijk nauwelijks betekenis, terwijl het wel regeldruk met zich meebrengt. De AP heeft de bewijslast in de handhaving immers zelf gedragen, maar door de markt is/wordt wel geanticipeerd op het rechtsvermoeden.

Aanbeveling 3: het rechtsvermoeden kan zonder gevolgen voor de effectiviteit uit de cookiebepaling in de Telecommunicatiewet worden verwijderd.

Alternatieven voor de huidige cookiebepaling

In de Nederlandse wet werden bij de wijziging in 2015 meer typen cookies van het toestemmingsvereiste uitgesloten teneinde de effectiviteit te vergroten. En

passant neemt de regeldruk af. Het is vooralsnog onbekend of de effectiviteit echt vergroot wordt en de regeldruk proportioneel wordt.

Aanbeveling 4: de beleidstheorie van de (aangepaste) cookiebepaling moet worden getoetst om te bezien of de (beoogde) wijzigingen effectief kunnen zijn.

In de EU-richtlijn is het geven van toestemming via browserinstellingen in de randoverwegingen meegenomen. In Nederland is indertijd niet voor deze weg gekozen omdat geoordeeld werd dat hiermee niet voldoende aan het toestemmingsvereiste van de richtlijn kon worden voldaan.

Gezien de beperkte effectiviteit is het goed om te onderzoeken of inmiddels aan het toestemmingsvereiste van de richtlijn kan worden voldaan door middel van het verlenen van toestemming door instellingen in de browser. Hiervoor is echter de actieve medewerking van de branche nodig en daar heeft het in het verleden aan geschorst. Bezien moet worden of de effectiviteit groter kan worden dan bij de huidige cookiebepaling; ook als dat niet het geval is, wordt de proportionaliteit hoger door een lagere regeldruk.

Aanbeveling 5: onderzoek of aan het toestemmingsvereiste van de richtlijn kan worden voldaan door het verlenen van toestemming door instellingen in de browser; ga na of de branche bereid is om hier actief en positief aan mee te werken.

In het onderzoek is een tweede alternatief naar voren gekomen dat de effectiviteit kan vergroten en de regeldruk verminderen. Dit is een verbod op bepaalde verwerkingen die het meest schadelijk voor de persoonlijke levenssfeer worden geacht (bijvoorbeeld het gebruik van tracking cookies op basis waarvan gebruikers diensten worden onthouden), in combinatie met minder stringente bepalingen voor overige typen cookies die minder schadelijk zijn voor de persoonlijke levenssfeer (meer uitzonderingen in de cookiebepaling dus). Dit kan de regeldruk voor burgers en bedrijven verminderen. Het laatste is afhankelijk van de mate waarin een helder onderscheid tussen verboden en niet-verboden verwerkingen kan worden gemaakt.

Aanbeveling 6: onderzoek of een combinatie van verbodsbepalingen en verruiming van uitzonderingen de effectiviteit van de cookiebepaling en de proportionaliteit van de regeldruk kunnen vergroten. Betrek daarin met name vraagstukken van afbakening.

BIJLAGEN

BIJLAGE 1

Wettekst artikel 11.7a Tw

Artikel 11.7a

- 1 Onverminderd de Wet bescherming persoonsgegevens is het via een elektronisch communicatienetwerk opslaan van of toegang verkrijgen tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker, alleen toegestaan op voorwaarde dat de betrokken gebruiker:
 - a. is voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt, en
 - b. daarvoor toestemming heeft verleend.
- 2 De in het eerste lid, onder a en b, genoemde vereisten zijn ook van toepassing in het geval op een andere wijze dan door middel van een elektronisch communicatienetwerk wordt bewerkstelligd dat via een elektronisch communicatienetwerk informatie wordt opgeslagen of toegang wordt verleend tot op het randapparaat opgeslagen informatie.
- 3 Het bepaalde in het eerste lid is niet van toepassing indien het de opslag of toegang betreft:
 - a. met als uitsluitend doel de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren,
 - b. die strikt noodzakelijk is om de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren of – mits dit geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker – om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij.
- 4 Een handeling als bedoeld in het eerste lid, die tot doel heeft gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij door de gebruiker of de abonnee te verzamelen, combineren of analyseren zodat de betrokken gebruiker of abonnee anders behandeld kan worden, wordt vermoed een verwerking van persoonsgegevens te zijn, als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet bescherming persoonsgegevens.
- 5 De toegang van de gebruiker tot een dienst van de informatiemaatschappij die wordt geleverd door of namens een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon wordt niet afhankelijk gemaakt van het verlenen van toestemming als bedoeld in het eerste lid.

- 6 Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen in overeenstemming met Onze Minister van Veiligheid en Justitie nadere regels worden gegeven met betrekking tot de in het eerste lid, onder a en b, genoemde vereisten en de in het derde lid genoemde uitzonderingen. Het College bescherming persoonsgegevens wordt om advies gevraagd over een ontwerp van bedoelde algemene maatregel van bestuur.

BIJLAGE 2**Overzicht instanties/respondenten**

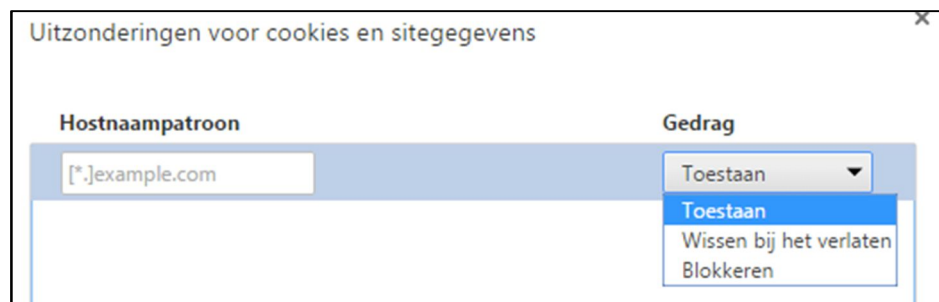
Instanties	
1.	Ministerie van EZ**
2.	Autoriteit Consument & Markt**
3.	Tweede Kamer
4.	Europees Parlement
5.	DDMA
6.	Yieldr
7.	Mirabeau
8.	Waxtrapp
9.	Coolblue
10.	HolwerdaDeWit
11.	Swerk Online
12.	Bits of Freedom
13.	Thuiswinkel.org
14.	ID&T
15.	Alex Vermogensbeheer/Binckbank
16.	MOA (Center for Marketing Intelligence & Research)

** aanwezig bij expertmeeting

BIJLAGE 3

Uitleg browserinstellingen voor toestemming cookies

In Nederland zijn Google Chrome, Internet Explorer en Mozilla Firefox de meest gebruikte browsers. Op de hulp- en supportpagina's van de providers wordt uitgelegd hoe de internetgebruiker kan regelen hoe de betreffende browser om dient te gaan met (toekomstige) cookies. Via de browserinstellingen van Google Chrome bijvoorbeeld kan worden ingesteld voor welke website de cookies moeten worden toegestaan, geblokkeerd, of gewist na het verlaten van de website (zie afbeelding hieronder). Uitzonderingen voor verschillende websites dienen hier afzonderlijk te worden ingesteld. Via de browserinstellingen van Internet Explorer en Mozilla Firefox kunnen cookies op een soortgelijke manier worden geregeld.



BIJLAGE 4

Toelichting uitgangspunten voor ramingen

Aantal media- en advertentieondernemingen

Aantal ondernemingen die gegevens over zoek- en surfgedrag van internetgebruikers met tracking cookies in kaart brengen en dat als belangrijk onderdeel van hun business model gebruiken

Bron: schatting door brancheorganisatie DDMA

Gebruikte schatting: > 1000

Aantal (relevante, commerciële) websites

In Nederland zijn 5,6 miljoen domeinnamen uitgegeven (stand per 31 december 2015). Het is onbekend hoeveel van deze domeinnamen actief zijn (op internet circuleren schattingen zonder bronvermelding in de orde van grootte van 2 miljoen) en hoeveel websites cookies plaatsen waar een toestemmingsvereiste voor geldt.

Bron: SIDN

Gebruikte schatting: > 1.000.000

Aantal nieuwe (relevante, commerciële) websites per jaar

Het aantal domeinnamen in Nederland nam in 2015 met 72.619 toe. Dit is het saldo van nieuwe namen en vervallen domeinnamen. Het aantal nieuwe domeinnamen was 875.893. Het is onbekend hoeveel van deze domeinnamen actief in gebruik worden genomen en hoeveel actieve websites cookies plaatsen waar een toestemmingsvereiste voor geldt.

Bron: SIDN

Gebruikte schatting: > 100.000

Uurtarieven werkzaamheden

Uurtarieven werkzaamheden in ondernemingen bestaan uit het bruto uurloon, vermeerderd met werkgeverslasten (47%) en overhead (25%).

Het bruto uurloon voor programmeringswerkzaamheden is € 24,40, voor hoogopgeleide kenniswerkers (waaronder juridisch advies) € 33,00 en voor hoge managers € 49,00. Inclusief opslagen leidt dit tot uurtarieven van resp. € 45, € 60 en € 91.

Bron: CBS (Banen en lonen werknemers naar persoonskenmerken en beroepsniveau, bedrijfstak Informatie en communicatie, niveau 3); Handboek meting regeldruk versie 1-7-2014.

Gebruikte uurtarieven: programmeur € 45, juridisch adviseur € 60, hoge manager € 91.

Omvang regeldruk burgers

Benodigde tijd voor burgers om informatie over cookies op een website te lezen en een beslissing te nemen over toestaan of weigeren 5 minuten
Verloren tijd voor burgers door wegklikken cookiemeldingen 5 seconden
Aantal nieuw bezochte websites per jaar per burger > 100

Bron: In Amerikaans onderzoek uit 2008 werd de tijd voor het lezen van privacy policies van websites gemeten op gemiddeld 10 minuten en werd gemeten dat internetgebruikers jaarlijks 111 nieuwe websites met een privacy policy voor het eerst bezoeken. Bij gebrek aan andere en meer recente gegevens kiezen we voor een lees- en beoordelingstijd van 5 minuten, omdat de informatietekst voor cookies compacter is dan die voor het privacybeleid. Voor het aantal nieuw bezochte websites, waarvoor een tekst gelezen kan worden, nemen we een minimum van 100. Voor de verloren tijd door het zonder verdere aandacht wegklikken van cookiemeldingen houden we, zonder dat daar onderbouwing voor bestaat, 5 seconden aan.

Zie: McDonald, A.M. & L.F. Craner (2008). The cost of reading privacy policies. A Journal of Law and Policy for the Information Society 2008.

Uurtarief regeldruk burgers

Het uurtarief voor regeldruk van burgers is € 15

Bron: Handboek meting regeldruk versie 1-7-2014.

Gebruikt uurtarief € 15.

Aantal internetgebruikers

Volgens CBS-gegevens heeft 91,6% van de Nederlanders ouder dan 12 jaar toegang tot het internet, voor het overgrote deel (bijna) dagelijks of ten minste wekelijks. Voor regeldrukberekening wordt een grens bij de leeftijd van 14 jaar gelegd. Als het gebruikersaandeel van Nederlanders van 12 jaar en ouder wordt toegepast op alle Nederlanders van 14 jaar en ouder, zijn er ruim 13,1 miljoen internetgebruikers.

Bron: CBS Statline

Gebruikt aantal: 13,1 miljoen burgers

Regioplan Beleidsonderzoek

Jollemanhof 18 (6^e etage)

1019 GW Amsterdam

T 020 531 531 5

E info@regioplan.nl

I www.regioplan.nl