

Vergaderjaar 2013–2014

33 902

Wijziging van de Telecommunicatiewet (wijziging artikel 11.7a)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT ¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 20 februari 2014 en het nader rapport d.d. 24 maart 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 januari 2014, no.2014000043, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met artikel 11.7a, met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in een wijziging van artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), de zogenoemde cookiebepaling. Voorgesteld wordt een nieuwe, derde uitzondering in de Tw op te nemen op het uitgangspunt dat gebruikers van elektronische communicatienetwerken moeten worden geïnformeerd over – en om toestemming moeten worden gevraagd voor – de opslag van gegevens in hun randapparatuur en de toegang tot gegevens die in de randapparatuur zijn opgeslagen. De nieuwe uitzondering strekt ertoe het gebruiksgemak voor gebruikers van elektronische communicatienetwerken te vergroten. De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt daarbij de volgende kanttekeningen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 januari 2014, nr. 2014000043, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 20 februari 2014, nr. W15.14.0002/IV, bied ik U hierbij aan.

¹ De oorspronkelijke tekst van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

1. Nieuwe uitzondering

Artikel 11.7a van de Tw strekt ertoe de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker van elektronische communicatiemiddelen te beschermen. Het eerste lid van deze bepaling verplicht degene die via een elektronisch communicatienetwerk gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van een gebruiker of toegang wenst te verkrijgen tot opgeslagen gegevens in die randapparatuur, daarvoor vooraf toestemming moet hebben verkregen. Daartoe dient hij de gebruiker duidelijk en volledig te informeren over de doeleinden van die opslag of toegang.

Het derde lid van artikel 11.7a van de Tw verklaart de informatieverplichting en het toestemmingsvereiste buiten toepassing, voor zover het de technische opslag of toegang tot gegevens betreft met als uitsluitend doel:

- a. *de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren, of*
- b. *de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren en de opslag of toegang tot gegevens daarvoor strikt noodzakelijk is.*

Het voorgestelde artikel 11.7a, derde lid, kent dezelfde uitzonderingen, maar voegt in onderdeel b daaraan één toe. Deze uitzondering heeft evenals de bestaande uitzonderingen betrekking op de technische opslag en toegang tot gegevens en geldt indien is voldaan aan twee voorwaarden. Ten eerste moet het gaan om opslag of toegang die uitsluitend tot doel heeft informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij. Ten tweede mag de opslag of toegang geen of geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer hebben.

Blijkens de toelichting is de aanleiding voor de invoering van deze nieuwe uitzonderingen gelegen in het bestaan van ergernissen over de cookiebepaling bij gebruikers van elektronische communicatienetwerken.² Als eerste noemt de toelichting dat vormen van opslag en toegang die niet privacygevoelig zijn, toch onder de informatieverplichting en het toestemmingsvereiste van artikel 11.7a, eerste lid, van de Tw vallen. De tweede ergernis heeft betrekking op het gebrek aan vrije keuze die gebruikers ervaren, bijvoorbeeld wanneer websites gebruik maken van zogenoemde cookiemuren.

De voorgestelde nieuwe uitzondering beoogt aan de eerstgenoemde ergernis tegemoet te komen.

a. Effectiviteit

De Afdeling onderkent de ergernissen die in de praktijk van elektronische communicatie zijn gerezen en begrijpt de overwegingen die tot het wetsvoorstel aanleiding hebben gegeven. De vraag rijst evenwel of de voorgestelde formulering van de uitzondering, die spreekt van «geen of geringe gevolgen» voor de persoonlijke levenssfeer, een risico meebrengt voor de effectiviteit van het voorstel. Indien immers onduidelijk is wanneer de gevolgen al dan niet als gering moeten worden aangemerkt, kan dit leiden tot onzekerheid bij gebruikers.

De toelichting vermeldt in dit verband dat niet te vermijden is dat enige onzekerheid bestaat over de vraag of in andere gevallen dan die welke in de toelichting zijn besproken, sprake is van geen of geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer. Wel is getracht in de toelichting met concrete voorbeelden zo veel mogelijk richting te geven. De Autoriteit Consument

² Memorie van toelichting, § 2. Ervaringen met de cookiebepaling, blz. 3–4.

en Markt zal toezicht houden op de bepaling en zal in voorkomend geval beleidsregels kunnen vaststellen om de sector meer duidelijkheid te bieden, aldus de toelichting.³

Nu enige onzekerheid over de reikwijdte van de zinsnede «geen of geringe gevolgen» niet vermeden kan worden, bestaat het risico dat website-eigenaren het zekere voor het onzekere zullen nemen en daarom om toestemming blijven vragen ongeacht de mate waarin de opslag van gegevens of de toegang tot opgeslagen gegevens privacygevoelig zijn. Dan zou de beoogde gebruikersvriendelijkheid niet bewerkstelligd worden en zou het voorstel zijn doel voorbij schieten.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop nader in te gaan.

b. Verhouding tot de Bijzondere privacyrichtlijn

Het geldende artikel 11.7a van de Tw vormt de implementatie van artikel 5, derde lid, van richtlijn 2002/58/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG (hierna: de Bijzondere privacyrichtlijn).⁴ De Afdeling merkt op dat de toelichting wel ingaat op de vraag hoe de voorgestelde uitzondering zich verhoudt tot de doelstelling van de Bijzondere Privacyrichtlijn, maar niet ingaat op de verhouding tot artikel 5, derde lid, in het bijzonder.⁵ Naar haar oordeel behoeft de toelichting in zoverre aanvulling.⁶ De Afdeling merkt voorts op dat een wijziging van artikel 11.7a van de Tw ingevolge artikel 17, tweede lid, van de Bijzondere privacyrichtlijn aan de Europese Commissie moet worden medegedeeld. Bij de motivering van die mededeling kan overweging 66 van de Bijzondere privacyrichtlijn worden betrokken, waarin onder meer wordt ingegaan op de gebruikersvriendelijkheid van de wijze waarop informatie wordt verstrekt en het recht van weigering aan gebruikers wordt aangeboden.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

2. Niveau van regelgeving

Ingevolge het voorgestelde vijfde lid van artikel 11.7a van de Tw kunnen niet alleen bij maar ook krachtens algemene maatregel van bestuur in overeenstemming met de Minister van Veiligheid en Justitie nadere regels worden gegeven met betrekking tot de vereisten van informatie en toestemming alsook de uitzonderingen die daarop mogelijk zijn.

³ Memorie van toelichting, § 9. Consultatie, blz. 17.

⁴ De tweede volzin van artikel 5, derde lid, van richtlijn 2002/58/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG, bevat de uitzonderingen op de informatieverplichting en het toestemmingsvereiste. Deze volzin luidt als volgt: Zulks vormt geen beletsel voor enige vorm van technische opslag of toegang met als uitsluitend doel de uitvoering of vergemakkelijking van de verzending van een communicatie over een elektronische-communicatienetwerk, of, indien strikt noodzakelijk, voor de levering van een uitdrukkelijk door de abonneegebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij.

⁵ Memorie van toelichting, § 3. Uitzondering voor cookies met geringe privacy-gevolgen, blz. 5.

⁶ Verwezen zij naar het advies van de zogenoemde Artikel 29-werkgroep, dat deze werkgroep uitbracht over de vrijstelling van de toestemmingsverplichting (advies van 7 juni 2012, nr. 04/2012, blz. 10–11). De Artikel 29-werkgroep is het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van Europese privacy-toezichthouders.

De Afdeling merkt op dat de delegatiegrondslag in het geldende artikel 11.7a, vierde lid, zich beperkt tot het stellen van nadere regels bij algemene maatregel van bestuur.⁷ De toelichting gaat niet in op de noodzaak om thans te voorzien in een grondslag voor subdelegatie.⁸

De Afdeling adviseert de voorgestelde grondslag voor subdelegatie te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt daarbij enkele kanttekeningen.

De Afdeling adviseert ten eerste in de toelichting nader in te gaan op het effect van het gebruik van de open norm «geen of geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer». De Afdeling merkt op dat er, ondanks de voorbeelden in de toelichting waarmee is getracht richting te geven, in de praktijk onduidelijkheid kan zijn over de vraag wanneer de gevolgen al dan niet als gering moeten worden aangemerkt. Hierdoor zou het wetsvoorstel aan effectiviteit kunnen inboeten, als partijen die cookies plaatsen en lezen hierdoor voor de zekerheid alsnog toestemming vragen waar dat niet vereist is. De regering onderkent dat het belangrijk is zo veel mogelijk rechtszekerheid te bieden, en heeft daarom uitgebreid toegelicht aan de hand van welke criteria de gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer worden beoordeeld. Ik verwacht dat dit de betrokken partijen voldoende duidelijkheid zal bieden. Daarnaast zal ik in goed overleg met de toezichthouder de ontwikkelingen nauw in de gaten houden. Indien daartoe aanleiding is zal in beleidsregels, dan wel bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, meer duidelijkheid worden geboden over de vraag wanneer sprake is van «geen of geringe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer».

De Afdeling merkt op dat de toelichting wel ingaat op de vraag hoe de voorgestelde uitzondering zich verhoudt tot de doelstelling van de Bijzondere Privacyrichtlijn, maar niet ingaat op de verhouding tot artikel 5, derde lid, van die richtlijn in het bijzonder. Hierop is conform het advies van de Afdeling de toelichting op dit punt aangevuld.

Tot slot adviseert de Afdeling de voorgestelde grondslag voor subdelegatie in het vijfde lid van artikel 11.7a te motiveren. In de toelichting is hieraan gevolg gegeven.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

⁷ Zulks in lijn met het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 3 september 2010 over het voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 4, blz. 5.

⁸ Zie ook aanwijzing 26 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.