

Ignacio Nicolás Cofone, *Privacy Tradeoffs in Information Technology Law*

*Diss. Rotterdam, promotoren
prof. dr. K. Heine en
dr. A.M.I.B. Vandenberghe,
Rotterdam: Erasmus
University 2015.*

1. Inleiding

Er is nogal wat kritiek op de wetgeving die beoogt waarborgen te bieden voor de bescherming van onze persoonsgegevens en onze persoonlijke levenssfeer – verkort aangeduid als ‘de privacywet’. Er zijn er die vinden dat die privacywet lang niet ver genoeg gaat, en, gelet op de risico’s die in de informatiesamenleving opkomen, te weinig waarborgen biedt. Uit deze hoek horen we dat er veel strengere regels nodig zijn om te vermijden dat we terecht komen in de dystopische werelden van Orwell, Kafka, Eggers of zo u wilt *Minority Report*.¹ Daartegenover staat de kritiek dat de privacywet haar doel voorbijschiet of in de weg staat aan uiteenlopende toepassingen die nuttig of zelfs noodzakelijk zijn, in het bijzonder nu big data ons gouden bergen belooft. Als we, om een willekeurig voorbeeld te noemen, de gezondheidszorg betaalbaar willen houden en werk willen maken van het tegengaan van zorgfraude, moeten we misschien ermee leren leven dat gezondheidsgegevens worden geanalyseerd op trends en

anomalieën. En als we terroristische aanslagen willen voorkomen moeten we ons er volgens sommigen mee verzoenen dat inlichtingendiensten kunnen beschikken over telecomgegevens en gebruikmaken van sleepnettechnieken (het Hof van Justitie van de Europese Unie is echter nog steeds druk doende de rechtsstatelijkheid daarvan af te bakenen.)²

Dit privacydebat is niet erg vruchtbaar. Er wordt over en weer weinig moeite gedaan om elkaar te begrijpen of om tot elkaar te komen. Het proefschrift, dat Ignacio Nicolás Cofone op dinsdag 8 december 2015 om 12.00 uur in Rotterdam succesvol verdedigde, is een poging om wél verder te komen in dat debat, door eens een andere invalshoek te kiezen dan ‘privacy versus veiligheid’. Dit op zichzelf verdient al onze waardering. In het proefschrift probeert de auteur antwoord te geven op de vraag in hoeverre de privacywetgeving vanuit een economisch perspectief kan worden gerechtvaardigd. In dat kader probeert hij bijvoorbeeld de privacy-paradox te verklaren

(waarom verstrekken mensen soms veel persoonlijke informatie in ruil voor een geringe tegenprestatie, terwijl ze zeggen veel waarde te hechten aan hun privacy?). Met deze economische benadering kunnen, zo stelt de auteur wellicht wat overmoedig, de heersende beleidsconclusies over het heersende gedragsmodel onderuit worden gehaald en trends worden verklaard – het gaat hem dan vooral om de trends met betrekking tot het recht om te worden vergeten en de regels voor online tracking en cookies.

Het proefschrift is daarmee een voorbeeld van onderzoek waarin de bescherming van persoonsgegevens nu eens niet wordt gezien vanuit het perspectief van fundamentele rechten en vrijheden. Het gekozen economisch perspectief is interessant en nuttig, vooral in de context van ‘big data’, omdat het de aandacht richt op de kosten en baten van de nieuwe, soms experimentele en daardoor ook wel controversiële wet- en regelgeving. We denken dan niet alleen aan de Algemene verorde-

ning gegevensbescherming, die op 25 mei 2018 van toepassing gaat zijn, maar ook aan de ePrivacyverordening die onder andere gaat over cookies, spam en verkeersgegevens. Ook denken we aan de voorgestelde richtlijn betreffende contracten voor de levering van digitale inhoud, waar de verstrekking van persoonsgegevens door consumenten als tegenprestatie wordt erkend.³

2. Onderzoekopzet

Cofone schetst eerst het spanningsveld tussen de bescherming van persoonsgegevens en het maximaliseren van economisch nut. Op basis van het economische begrip van de 'trade-off' (d.w.z. uitruil van de ene waarde tegen de andere) constateert hij dan dat voor privacybescherming economische analyse van de alternatieve kosten zinnig is (p. 2-5). Het boek is gericht op de beantwoording van vier vragen (p. 30):

1. Bestaat er een algemene economische rechtvaardiging voor de wettelijke bescherming van persoonsgegevens?
2. Kunnen we er voor de toepassing van juridische instrumenten voor de bescherming van persoonsgegevens van uitgaan dat datasubjecten rationeel handelen?
3. Wat betekent het antwoord op deze vragen voor de beleidsontwikkeling op het gebied van bescherming van persoonsgegevens?
4. In hoeverre sluit het huidige debat over de bescherming van persoonsgegevens aan bij de eventuele economische rechtvaardiging van die bescherming?

Na de inleiding volgen twee hoofdstukken waarin de economische theorie wordt toegepast op de bescherming van persoonsgegevens. De twee daaropvolgende hoofdstukken passen dit theoretische kader toe op twee concrete kwesties waarvoor de afgelopen jaren veel aandacht was. De eerste betreft het recht om vergeten te worden.⁴ De tweede kwestie betreft de regeling die in de ePrivacyrichtlijn (2002/58/EG en 2009/136/EG) is getroffen voor het gebruik van cookies en vergelijkbare technologieën.

3. Economische theorie

De hoofdstukken 2 en 3 behandelen respectievelijk de kwalificatie van het recht op bescherming van privacy en persoonsgegevens in economische termen, en een beschouwing van het gedrag van datasubjecten in het licht van de economische rationale-keuzetheorie.

Voor hoofdstuk 2 neemt Cofone (net als de Europese wetgever) aan dat vrije uitwisseling van persoonsgegevens economische meerwaarde heeft. Een recht op bescherming van hun gegevens zal datasubjecten⁵ dan aanmoedigen meer van deze gegevens beschikbaar te maken, omdat deze regels voldoende vertrouwen geven dat er een remedie voorhanden is als deze gegevens worden misbruikt. De vraag is dan welke remedie de meeste maatschappelijke baten zou kunnen opleveren. Op basis daarvan wordt het recht van het datasubject dan gekwalificeerd. Het hoofdstuk eindigt met een economische verklaring van de huidige opzet van het recht op bescherming van persoonsgegevens. Cofone stelt dat de bescherming die een datasubject zou moeten genieten groter moet zijn dan een (relatieve) aansprakelijkheidsregel kan bieden, maar kleiner zou moeten zijn dan een (absoluut) eigendomsrecht, en ook kleiner dan de bescherming die het auteursrecht biedt (p. 86-87).

Hoofdstuk 3 zoekt naar een economische verklaring van de al genoemde 'privacy-paradox'. Cofone stelt uiteindelijk dat dit niet zozeer te maken heeft met een gebrek aan zelfbeheersing (het datasubject neemt zich het ene gedrag voor, maar vertoont in de praktijk het andere gedrag). In plaats daarvan maakt hij aannemelijk dat dit gedrag het beste past bij de economische theorie van de 'unknown hazard rate': het komt voort uit de grote mate van onzekerheid over het toekomstige gebruik van persoonsgegevens. Hij illustreert dit aan de hand van de feitelijke wensen van consumenten en datasubjecten: hij citeert onderzoek waaruit blijkt dat zij niet zozeer op zoek zijn naar manieren om het verzamelen van persoonsgegevens op voorhand uit te sluiten, als wel naar manieren om achteraf alsnog bepaalde persoonsgegevens

te kunnen onttrekken aan verwerking (p. 112-114).

4. Twee juridische casus

Hoofdstuk 4 gaat in op het vergeetrecht. Het behandelt de economische aspecten van twee varianten van dit recht: de uitspraak in de *Google Spain*-zaak en het recht zoals dat werd gedefinieerd in het in januari 2012 bekendgemaakte voorstel voor een Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). In de inmiddels in werking getreden finale tekst van de verordening is de tekst van de desbetreffende bepaling ingrijpend gewijzigd, maar de economische stimuli die Cofone identificeert lijken echter grotendeels in stand te zijn gelaten in de definitieve redactie ervan. Zijn aanbeveling voor het vergeetrecht zijn dan ook onverminderd relevant. Om de economische risico's van een te ruim gedefinieerd vergeetrecht te beperken pleit hij voor twee verschillende regimes: een voor het verwerken van persoonsgegevens die het datasubject zelf openbaar heeft gemaakt, en een ander voor gegevens geopenbaard door derden. Daarvoor is veel te zeggen.

Hoofdstuk 5 vergelijkt de verschillende nationale regels over 'tracking cookies' en soortgelijke technieken. Het doel van de cookieregels was dat websiteaanbieders beter duidelijk zouden maken in welke mate gebruik werd gemaakt van mogelijkerwijs privacy-ondermijnende technieken (zoals tracking cookies). Dit moest de gebruikers die geen prijs stellen op het gebruik van dergelijke technieken de mogelijkheid geven om ervoor te kiezen daarvan vrijwaard te blijven. De wettelijke voorschriften bereiken deze doelstellingen slechts gedeeltelijk, omdat aanbieders van websites en online-diensten de mogelijkheid hebben om hun website ontoegankelijk te maken voor iedereen die niet wil instemmen met het gebruik van cookies (met behulp van een 'cookiewall' of een andere overeenkomst). Voor veel gebruikers betekent dit dat ze geen andere keus hebben dan akkoord te gaan. De informatie-asymmetrie die de regel hoopt te bestrijden blijft daardoor grotendeels in stand.

'Data subjects did not end up being more informed about the functions

of cookies after clicking away the banners in the countries that applied the directive more strictly. Due to the high number of data subjects per product, entering individual negotiations that would induce them to opt into the tracking system would have high transaction costs, and it is difficult to determine if such provision of information about the characteristics of cookies would induce them to opt in.'

Cofone bespreekt dit aan de hand van de economische concepten van policy defaults en penalty defaults, en stelt vast dat de cookieregels in Nederland een voorbeeld zijn van ondoordacht gebruik van penalty defaults (p. 230):

'penalty default rules were applied outside their scope and their design was trusted to agents with incentives to undermine them'.

Ook het onderscheid maken naar de aard van de cookies (tijdelijk, permanent, functioneel, tracking etc.) kan bijdragen aan het bereiken van de doeleinden van de cookiewet. Sterker nog: als alle soorten van cookies op eenzelfde wijze worden gereguleerd, kan dat juist afdoen aan wat de wetgever beoogt te bereiken:

'If websites can install fewer cookies, and they can choose which cookies to install because all of them are treated equal, they will install those that are most profitable for them. Therefore, a regulation that treats all cookies equally reduces the payoff of cookie diversification. By setting incentives for websites to install only the most invasive cookies, it shifts the relative prices towards cookies that are more costly from a privacy perspective.'

In de Nederlandse cookiewet zien we enige mate van differentiatie die verder gaat dan de Europese regels verlangen. Van de informatieplicht en het toestemmingsvereiste zijn uitgezonderd de technische en functionele cookies, en de cookies die de effectiviteit van de website meten en geen gevolgen hebben in termen van privacybescherming (art. 11.7a lid 3 onderdeel a en b Tw). Voor tracking cookies, die over verschillende websites gebruiksgegevens vastleggen,

geldt dat deze worden vermoed persoonsgegevens te zijn, wat betekent dat daarop in beginsel ook de regels van de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing zijn (art. 11.7a lid 4 Tw).

Een ander, overtuigend onderdeel van de analyse in het proefschrift is dat het doel van de cookieregels beter kan worden bereikt door de wettelijk gewenste functionaliteit niet in te bouwen in websites, maar in webbrowsers (zoals Google Chrome of Internet Explorer, Firefox, etc.). Het verdienmodel van een browser ondervindt, anders dan dat van een website, weinig hinder van een cookiebeleid dat met zich kan brengen dat er minder cookies worden geplaatst. Ook de kosten van de regelgeving, met inbegrip van de handhavingskosten, zullen veel minder zijn doordat het overgrote deel van al het internetverkeer gericht op websites verloopt via niet meer dan een handvol typen browsers.

5. Bespreking

We zeiden het al: Cofone heeft verdienstelijk werk verricht door de juridische werkelijkheid te toetsen aan economische theorie. Daarmee verbreedt zijn proefschrift de discussies over de privacywetgeving en dat is op zichzelf al nuttig. Daaraan doet niet af dat Cofone af en toe een wat slordige schrijfstijl hanteert en niet altijd helemaal juist citeert. Ook zijn interpretatie van het Europese auteursrecht lijkt niet geheel aan te sluiten op de heersende opvattingen. Soms is dat ergerlijk, maar het doet op zichzelf nauwelijks af aan de waarde van het onderzoek.

Wezenlijker is dat Cofone soms uitgaat van aannames die zonder nadere onderbouwing aanvechtbaar kunnen zijn. Zo hanteert hij als uitgangspunt dat de verwerking van persoonsgegevens minder schadelijk wordt naarmate die gegevens langer geleden zijn gegenereerd (p. 85). De vraag is of dat zonder meer houdbaar is in een maatschappij waarin steeds geavanceerdere algoritmes almaar nieuwe verbanden kunnen ontdekken in historische data (big data). Als het erom gaat een profiel van een datasubject op te stellen zal toegang tot historische gegevens de accurates-

se ervan in belangrijke kunnen verbeteren, waardoor een datasubject wel degelijk na langere tijd nog effecten van dergelijke historische persoonsgegevens zou kunnen ondervinden. Het is onder andere om deze reden dat het vergeetrecht controversieel is.

Ook wezenlijk is dat het vrije verkeer van persoonsgegevens waarschijnlijk niet alleen tegen het recht op privacy moet worden afgewogen. We kunnen ons er iets bij voorstellen dat dit buiten het bestek van de onderzoeksvragen valt, maar vermoeden dat bijvoorbeeld ook misbruik van economische machtsposities en andere mededingingsrechtelijke concepten van grote betekenis (gaan) zijn bij het beoordelen van privacywet- en regelgeving.⁶ Voor de problemen rond het vergeetrecht worden de oplossingen ook wel gezocht op het terrein van wederkerigheid en het verkleinen van machtsverschillen, en niet alleen in het nastreven van economische nutsmaximalisatie.⁷ Van andere orde maar niettemin van belang, lijkt het door Levy geduide 'information wants to be free-begin-sel'.⁸

We ronden af. Voor ons ligt de meerwaarde van het proefschrift van Cofone in twee belangrijke vaststellingen. In de eerste plaats stelt hij overtuigend waarom het, althans in economische termen, onwenselijk en misschien ook onzinnig is om datasubjecten een absoluut (d.w.z. met eigendom vergelijkbaar) recht met betrekking tot de hen betreffende persoonsgegevens toe te kennen (p. 65-71) – een suggestie die met enige regelmaat opduikt en dan nog wel eens zonder nadere onderbouwing wordt gepresenteerd als de maatschappelijk wenselijke situatie.⁹ In de tweede plaats biedt het in zijn onderzoek gebruikte afwegingskader inzichten die bruikbaar zijn bij het bepalen van wat heeft te gelden als een goed en passend beschermingsniveau van persoonsgegevens (p. 238). Wat onbevredigend is daarbij dan wel hoe wordt omgegaan met het verschijnsel dat persoonsgegevens nogal eens als bijproduct van een andere activiteit of een ander proces worden gegenereerd. Het wordt wel genoemd maar in het afwegingskader is het niet als zodanig

goed terug te vinden. Het criterium lijkt te zijn ‘wie de kosten voor het genereren van de persoonsgegevens heeft gedragen’. Voor de persoonsgegevens die als bijproduct zijn gegenereerd lijkt dat echter ongeschikt, omdat de kosten die gepaard gaan met het genereren van de gegevens veelal zijn verdisconteerd in de prijs van de dienst of het product dat de gegevens voortbrengt.

Wetgevers in Den Haag en Brussel,¹⁰ en rechters in bijvoorbeeld Luxemburg of Straatsburg, doen er al met al verstandig aan om in elk geval de conclusies uit het proefschrift ter harte te nemen. Een goed zaak- en trefwoordenregister met paginaverwijzingen zou de bruikbaarheid van het boek daarbij ten goede komen.

*Michiel Rhoen en Gerrit-Jan Zwenne*¹¹
Leiden/Geneve, mei 2017

1. B. van der Sloot, ‘The practical and theoretical problems with “balancing”’: Delfi, Coty and the redundancy of the human rights framework’, *Maastricht journal of European and comparative law* (23) 2016, afl. 3, p. 439-459.
2. H. Modderkolk, ‘Dreiging is in jaren nog niet zo groot geweest – interview Rob Bertholee, hoofd van veiligheidsdienst AIVD, *De Volkskrant* 17 september 2016, p. 7. Zie ook HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 Sverige AB/Post-och Telestyrelsen* en *Secretary of State for the Home Department/Tom Watson e.a.*)
3. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Brussels: European Commission 2015, ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-634-EN-F1-1.PDF; N. Aipassa, G. Homburg & W. Smit, *Onderzoek naar bronnen van regeldruk bij de Cookiebepaling*, Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek 2016, www.actal.nl/wp-content/uploads/Eindrapport-Regeldruk-cookiewetgeving-Regioplan.pdf.
4. HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.
5. In de Nederlandse wetgeving wordt voor de term ‘datasubject’ het begrip ‘betrokkene’ gebruikt. Dat betreft de geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon op wie de persoonsgegevens betrekking hebben (zie art. 4 onderdeel 1 AVG, art. 1 onderdeel f Wbp).

6. De Duitse mededingingsautoriteit doet daar op dit moment onderzoek naar. *Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße*, 3 maart 2016, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.
7. Zie bijvoorbeeld J. Zittrain, ‘Don’t force Google to “forget”’, *The New York Times* 14 mei 2014, www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html en M. Rhoen, ‘Beyond consent: improving data protection through consumer protection law’, *Internet Policy Review* (5) 2015, afl. 1, DOI: 10.14763/2016.1.404.
8. S. Levy, ‘The definitive story of “information wants to be free”’, *Backchannel* 21 november 2014, backchannel.com/the-definitive-story-of-information-wants-to-be-free-a8d95427641c#ok50hjrsi.
9. K. Verhoeven e.a., ‘Techvisie D66’, d66.nl/content/uploads/sites/2/2016/06/Techvisie-online.pdf, p. 51.
10. Op 10 januari 2017 kwam de Europese Commissie met haar voorstel voor een nieuwe ePrivacy-verordening, met daarin ook een voorstel voor een nieuwe regeling van cookies. Zie EC Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), 10 januari 2017, COM(2017)10 final.
11. **Prof. mr. G-J. Zwenne is hoogleraar recht en de informatiemaatschappij in Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. ing. M. Rhoen is specialist brandpreventie bij de Veiligheidsregio Utrecht en bereidt in Leiden een proefschrift voor over consumentencontracten en bescherming van persoonsgegevens in de context van big data.**