

## DISCUSSIE OVER GEGEVENSBESCHERMING EN DE 'HOMO DIGITALIS'

### Repliek van Lokke Moerel en Corien Prins

Lokke Moerel & Corien Prins \*

**Samenvatting** | In de vorige aflevering van *NTM/NJCM-Bulletin* (jrg. 42, nr. 1, p. 3-25) ging Bart van der Sloot onder de titel 'Het gegevensbeschermingsrecht op de schop: noodzaak of afbraak?' in op het pre-advies 'Homo Digitalis' dat Lokke Moerel en Corien Prins schreven voor de Nederlandse Juristen Vereniging. In deze aflevering reageren beide auteurs.

**Trefwoorden** | Repliek, pre-advies Homo Digitalis, privacybescherming

**Kluwer Navigator** | NTM-NJCM Bull. 2017/03

Bart van der Sloot heeft een reactie geschreven op ons pre-advies over de vraag naar een wetgevend kader voor onze huidige gedigitaliseerde samenleving. Uit zijn reactie wordt duidelijk dat wij het onderling niet eens gaan worden over de wijze waarop de bescherming van onze persoonsgegevens werkbaar valt te reguleren voor de *homo digitalis*. Om deze observatie te verduidelijken, het volgende. Zoals ook Van der Sloot onderkent, staat vast dat het huidige regelgevend kader er onvoldoende in is geslaagd om onze privacy daadwerkelijk te beschermen. Tot deze vaststelling kwam ook de Europese Commissie op basis van diverse door de Commissie gefinancierde onderzoeken. De vaststelling vormde daarom mede aanleiding voor een herziening van dit kader die resulteerde in de Algemene Verordening Gegevensbescherming die volgend jaar mei in werking treedt (Verordening). De cruciale vraag die vervolgens voorligt, is of deze herziening daadwerkelijk gaat leiden tot een effectieve maar tegelijkertijd ook werkbare bescherming van persoonsgegevens. In het debat over deze vraag vallen grofweg drie standpunten te ontwaren, namelijk: 1. zij die betogen dat de Verordening inderdaad de nagestreefde bescherming gaat brengen (de reactie van Van der Sloot past bij deze benadering, maar ook die van onze mede NJV pre-adviseur M. Hildebrandt); 2. zij die menen dat een andere aanpak nodig is, maar dit wel binnen het bestaande regulerend kader willen realiseren (een benadering waar wij ons in herkennen) en 3. degenen die zich op het standpunt stellen dat we tot een geheel andere aanpak van privacybescherming moeten komen. Tot de laatste groep behoort bijvoorbeeld Nico van Eijck, zo valt af te leiden uit zijn bespreking van ons pre-advies in het NJB. Volgens van Eijck laten 'veel vraagstukken rond de verwerking van persoonsgegevens zich waarschijnlijk beter eerst framen als algemene vragen van productaansprakelijkheid, eerlijke handelspraktijken en consumentenbescherming, voordat privacy met een grote "P" aan de orde is'.<sup>1</sup> Hij verwijst ter illustratie naar de VS waar de *Federal Trade Commission* (FTC) de bescherming van persoons-

\* Prof. mr. E.M.L. Moerel is hoogleraar Global ICT Law aan de Universiteit van Tilburg, en advocaat bij Morrison & Foerster LLP te Berlijn. Prof. mr. J.E.J. Prins is hoogleraar Recht en Informatisering aan de Universiteit van Tilburg, en sinds 1 april voorzitter van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.

<sup>1</sup> N van Eijck, 'Een normatief toetsingskader voor gegevensverwerking', *Nederlands Juristenblad* 2016, afl. 22, p. 1533.

gegevens reguleert en handhaaft via het min of meer open normen-stelsel van oneerlijke handelspraktijken.<sup>2</sup>

Zoals gezegd, scharen wij het betoog van Van der Sloot onder de eerste benadering, zij die van oordeel zijn dat door de bank genomen het huidige privacy kader conceptueel goed in elkaar steekt en dat de strengere regels rondom toestemming gecombineerd met de zwaardere sancties, ook tot daadwerkelijke naleving van deze regels zal leiden. Uit het betoog van Van der Sloot maken wij op dat het huidige systeem naar zijn mening in grote lijnen goed werkt. Ook lijkt zijn insteek dat bedrijven en individuen het huidige regelsysteem voldoende begrijpen (het huidige systeem is niet complex maar juist gebaseerd op ‘voor de hand liggende principes’), wat impliceert dat in zijn beoordeling het niet nakomen van de regels niet voortkomt uit onbegrip, maar onwil. De verwachting van Van der Sloot is dat de nieuwe EU Verordening Gegevensbescherming de huidige problemen zal oplossen, door meer handhaving en hogere boetes. In ieder geval vindt hij dat we dit maar eerst moeten afwachten tot we verdere wijzigingen doorvoeren.

Wij durven te betwijfelen dat de Verordening de beloofde verlossing gaat brengen en willen daarom *binnen het bestaande privacykader* verbeteringen doorvoeren. Wij behoren dus wat betreft de hervormingsdrift tot de tweede groep, de middenmoot. Waar Van der Sloot stelt dat we vinden dat het huidige privacy kader ‘radicaal op de schop moet’ en ‘moet worden vervangen door een systeem dat niet is gebaseerd op rechten, plichten en principes, maar op een afweging van belangen’ omdat ‘het juridische regime banen zou kosten en data-gedreven innovatie zou ontmoedigen’, gaat wat ons betreft dus wat ver als we kijken naar het totale spectrum van opvattingen over hoe het beste privacybescherming te reguleren en handhaven.

Om meer inhoudelijk de kritiek van Van der Sloot te kunnen plaatsen, is het goed hier kort de kern van ons pre-advies te herhalen: gegeven ontwikkelingen als big data en *internet of things* is in onze ogen het huidige vereiste van ‘doelbinding’ onvoldoende effectief om de (privacy)belangen van individuen en breder, de samenleving, te dienen. In plaats daarvan bepleiten wij de gerechtvaardigd belang-grondslag aan te wijzen als de centrale (en enige) toets voor de verschillende fasen van de levenscyclus van persoonsgegevens: verzamelen, verwerken, verder verwerken en vernietigen van gegevens. Wie ons pre-advies in meer detail naleest, stelt vast dat wij materieel de huidige rechten van individuen en verplichtingen van verwerkers onverminderd handhaven. Wij denken daarbij dat de door ons voorgestane toets (de gerechtvaardigd belang-toets) in veel gevallen strenger zal uitvallen dan het doelbindingsprincipe. Waar wij wijzigingen voorstellen (bijv. afschaffing van het beginsel van doelbinding en het speciale regime voor bijzondere categorieën gegevens) is dit niet omdat wij aan dit beginsel/regime geen belang zouden hechten. In tegendeel. Wij betogen dat de door ons voorgestelde toets het huidige regime volledig incorporeert en tegelijkertijd meer bescherming kan bieden. En bovendien: onze toets valt veel eenvoudiger toe te passen en is meer op de nieuwe digitale ontwikkelingen toegesneden. Ter onderbouwing van dit standpunt bevat ons pre-advies een uitputtende vergelijkende analyse van de twee toetsen. Duidelijk wordt daarbij dat de gerechtvaardigd belang-toets materieel alle elementen van het huidige doelbindingsprincipe omvat. Opvallend is dat Van der Sloot niets

2 Ook wij staan in ons pre-advies een regulering en handhaving via een open normen-stelsel voor, maar haken daarbij aan bij een bestaande norm binnen het huidige privacykader – ‘gerechtvaardigd belang’. Ter illustratie van het feit dat langs deze weg zeker werkbare stappen zijn te zetten wijzen wij in ons pre-advies ook al op de ervaringen met de regels rondom misleidende reclame.

over dit onderdeel van ons betoog zegt, maar tegelijkertijd wel claimt dat wij de privacybescherming die het doelbindingsbeginsel biedt overboord zetten. Wat ons betreft is het te kort door de bocht om te concluderen dat met een beschermingsregime gebaseerd op een objectieve bredere belangenafweging automatisch leidende beschermingsprincipes overboord zouden worden gegooid.

Het valt buiten het bestek van deze reactie om de bespreking door Van der Sloot in detail door te nemen. Wij willen ons standpunt, namelijk dat ook de nieuwe regels in de Verordening niet het gewenste beschermingsniveau zullen gaan bieden en dat daarom *binnen het bestaande privacykader* nog verbeteringen moeten worden doorgevoerd, illustreren met een voorbeeld dat voor iedere lezer herkenbaar zal zijn: de controle die wij als individuen hebben op de verwerking van onze persoonsgegevens. Het huidige beschermingsregime is gebaseerd op de aanname dat als burgers voldoende zijn geïnformeerd, zij ook hun rechten goed kunnen uitoefenen.<sup>3</sup> De Verordening gaat voort op deze weg en versterkt bovendien de informatieverplichtingen en toestemmingsvereisten. Dit vanuit de gedachte dat het bijdraagt aan de autonomie van het individu en hem/haar betere controle over gegevensverwerkingen biedt.<sup>4</sup> Wij betogen dat burgers ondanks deze toegekende rechten, nauwelijks in staat zijn hun informatieve zelfbeschikking daadwerkelijk vorm en inhoud te geven. Mensen blijken steeds transparanter te worden, behalve voor zichzelf. De realiteit van onze huidige data-gedreven samenleving is dat organisaties grote hoeveelheden gegevens over ons verwerken, terwijl wij veelal niet weten welke gegevens er door wie over ons worden verwerkt. Dat geldt zeker voor de gegevens en informatie die worden afgeleid uit eerder door ons verstrekte gegevens. Evenmin weten we hoe wij worden getypeerd, bijvoorbeeld in welke categorie bedrijven ons plaatsen bij hun marketingactiviteiten. En ook weten we niet wat voor ons de gevolgen zijn als op basis van een dergelijke typering voorspellingen worden gedaan aan de hand waarvan beslissingen over ons worden genomen.



Dit is ook de constatering van de Commissie zelf onder de huidige Privacy Richtlijn.<sup>5</sup> Anders dan Van der Sloot, denken wij dat het versterken van de informatie- en toestemmingsvereisten

- 3 Zie Considerans 38 van de Privacy Richtlijn en U. Dammann & S. Simitis, *EG-Datenschutzrichtlinie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1979, p. 179.
- 4 Europese Commissie (2012), *Communication of the Commission to the European Council, the European Economical and Social Committee of the Regions, Safeguarding Privacy in a Connected World. A European Data Protection Framework for the 21st Century*, COM(2012) 9 final, p. 2: 'In this new digital environment, individuals have the right to enjoy effective control over their personal information.' Zie verder Considerans 6 van de Verordening: 'Individuals should have control over their own personal data'.
- 5 Commission Communication on the Proposed Regulation, n 10, p. 4, constateert dat Europese burgers 'feel they are not in control of their data. They are not properly informed of what happens to their personal information to whom it is transmitted and for what purposes. Often, they do not know how to exercise their rights online'.

voor individuen onder de Verordening hen geen betere positie zal gaan opleveren, laat staan een gevoel van controle over gegevensverwerkingen. De onderliggende logica van de gegevensverwerking en de doeleinden waarvoor deze worden toegepast, zijn immers dusdanig gecompliceerd dat het beschrijven daarvan niets anders dan ingewikkelde *privacy policies* oplevert. Deze zijn voor de gemiddelde burger wat betreft zowel inhoud als lengte gewoonweg niet 'behapbaar'. En dus is de realiteit van alledag dat de privacy verklaringen gewoon niet worden gelezen. Deze complexiteit maakt individuen machteloos en murw, met als resultaat dat velen bij online diensten klakkeloos op 'OK' klikken. Ieder van ons zal het herkennen. Het is een illusie te denken dat door individuen beter te informeren over welke gegevens voor wat voor doeleinden worden verwerkt, we ze in staat stellen rationele keuzes te maken en hun rechten uit kunnen oefenen. Wat ons betreft moeten we af van de gedachte dat verantwoordelijken rechtmatig handelen door individuen te informeren en hen te laten klikken op 'OK', als we tegelijkertijd vaststellen dat voor de betreffende gegevensverwerking geen zorgvuldige weging van de verschillende belangen heeft plaatsgevonden. Met Koops,<sup>6</sup> verbazen wij ons erover dat de meeste auteurs die constateren dat burgers de informatie niet begrijpen en klakkeloos toestemming geven, vervolgens niet de voor de hand liggende conclusie trekken dat de grondslag van toestemming dus moet worden afgeschaft. In tegendeel. Veelal worden juist voorstellen gepresenteerd om de informatievereisten te verbeteren en ook de toestemmingsvereisten te versterken of zelfs uit te breiden.

Van der Sloot geeft op ons bovenstaande betoog de volgende reactie:

'Er zijn slechts weinigen die inderdaad geloven dat het drukken op "OK" afdoende is voor legitieme gegevensverwerking. Belangrijker is dat dergelijke gegevensverwerking onder het huidige regime niet legitiem is, zowel daar deze vorm van toestemming niet vrij, specifiek en geïnformeerd is, en derhalve niet rechtmatig, alsook omdat er naast het vereiste van een legitiem doel tal van andere begrenzendende principes zijn, zoals het dataminimalisatieprincipe en het doelbindingsprincipe. Als er al verwerkers zijn die denken dat door datasubjecten mechanisch te laten klikken op "OK" zij rechtmatig handelen, dan zou beter zijn een voorlichtingscampagne te starten.'

Hij stelt verder dat 'door velen juist [wordt] aangenomen dat er bij dataverwerkingsbedrijven vaak eerder sprake is van onwil dan van onbegrip' en geeft aan dat als wij dit anders zien, we 'met meer dan anekdotisch bewijs moeten komen'. Hier wijzen wij Van der Sloot erop dat de essentie van ons betoog is dat het huidige regime in de hand werkt dat verantwoordelijken bewust de regels ondermijnen. Op p. 21 verwoorden we het als volgt:

'De realiteit is verder dat verantwoordelijken soms welbewust de regels ondermijnen, door op een ondoorgrondelijke manier aan de informatievereisten te voldoen, of het verkrijgen van benodigde toestemmingen zo in te richten dat individuen worden ontmoedigd om hun echte voorkeuren te bepalen en veelal zijn genoodzaakt op OK te klikken. We moeten daarom af van het huidige systeem waarbij de veronderstelling is dat handhaving toch primair door individuen zelf zal moeten plaatsvinden (vanuit het uitgangspunt dat ze zijn geïnformeerd en rechten hebben). Natuurlijk hebben individuen de mogelijkheid zelf voor hun privacybelangen op te komen en dient het transparantiebeginsel hen daartoe te faciliteren. Maar zoals wij in het navolgende zullen betogen: ten onrechte ligt de handhavingsopdracht momenteel primair bij

6 B.J. Koops, 'The trouble with European Data Protection Law', *International Data Privacy Law* 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2505692](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2505692), p. 3.

individuen. De realiteit van onze data-gedreven samenleving is dat zij hier, ondanks de hen toegekende rechten, nauwelijks toe in staat zijn. We zullen de verantwoordelijkheid voor handhaving daarom op andere manieren moeten beleggen en andere instrumenten moeten implementeren.'

Simpel gezegd: als individuen teveel keuzes krijgen voorgelegd en teveel ingewikkelde informatie tot zich moeten nemen om tot die keuzes te komen, dan stoppen mensen met het maken van keuzes (iedereen die klikt op 'accept cookies' zal dit herkennen). De wet geeft mensen dan wel autonomie om hun eigen keuzes te maken, maar door de veelheid aan keuzes wordt deze autonomie juist ondermijnd. Mooier dan Cass Sunstein in zijn nieuwe boek *The Ethics of Influence* (2016) kunnen we het niet zeggen:

'Autonomy does not require choices everywhere; it does not justify an insistence on active choosing in all contexts. People should be allowed to devote their attention to the questions that, in their view, deserve attention. If people have to make choices everywhere, their autonomy is reduced, if only because they cannot focus on those activities that seem to them most worthy of their time. To the extent that default rules relieve people of unwanted burdens, and do not force them to make choices, they increase autonomy and do not compromise it.'

Het voorgaande geldt volgens Sunstein met name in situaties waar de zogenaamde 'invisible hand' van Adam Smith niet leidt tot het behartigen van het consumentenbelang. En dat is precies wat er in de huidige informatiesamenleving aan de hand is. Nobelprijswinnaars George Akerlof en Robert Shiller formuleren het als volgt: 'In free markets "phisherman" prey on the ignorance and biases of "phools"' en 'Companies that do not prey on ignorance or biases will be at a competitive disadvantage'.<sup>7</sup> Met andere woorden, zolang we bedrijven verplichten om voor alle verwerkingen van persoonsgegevens toestemming te vragen, zullen ze de toestemmingen zo inrichten dat iedereen wel gedwongen wordt om op 'OK' te klikken. De bedrijven die dit niet doen, hebben een nadeel in de concurrentiestrijd. De vrije markt zal hier niet goed werken. Een systeem waarbij we afstappen van het vragen van toestemming voor ieder gebruik, maar bepaalde verwerkingen toestaan (omdat daartoe een gerechtvaardigd belang aanwezig is) en tegelijkertijd andere vormen van gebruik expliciet verbieden (omdat die niet zijn te baseren op een gerechtvaardigd belang) pakt dan veel beter uit. Dit lijkt op het eerste gezicht voor individuen minder autonomie op te leveren. Maar bij nadere beschouwing is dit veelal niet het geval. Immers, deze autonomie is momenteel een wassen neus en beschermt in het geheel niet tegen de verwerkingen waar men werkelijk bezwaar tegen heeft.

In haar boek *In Search of Criminal Responsibility* (2016) spreekt Nicola Lacey – overigens voor een geheel andere thematiek – de ambitie uit om te kijken vanuit de kern van de rechtsbeginselen en vanuit die houding open te staan voor een aanpassing van niet alleen regels maar ook begrippen. Wij vertalen deze ambitie als: durf overtuigingen los te laten om wie weet tot een beter resultaat te komen. Het is deze uitdaging die wij in ons pre-advies voor het domein van het gegevensbeschermingsrecht hebben willen oppakken.

7 G. Akerlof & R. Shiller, *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton: Princeton University Press 2015.