

# HET MIJNENVELD VAN HET

In theorie lijkt de bescherming van persoonsgegevens op orde: internetbedrijven moeten mensen informeren over wat er met hun gegevens gebeurt, en doorgaans toestemming vragen voor ze die gegevens gebruiken. Maar in de praktijk schiet die 'geïnformeerde toestemming' als privacybeschermingsmaatregel tekort. Om privacy beter te beschermen moet volgens onderzoeker Frederik Borgesius de privacywetgeving beter worden nageleefd en gehandhaafd én op de schop. Hij pleit voor een breder privacydebat. "We móeten dat mijnenveld in."

DOOR ALIEKE BRUINS FOTO'S CHRIS VAN HOUTS

Jarenlang vloog Frederik Zuiderveen Borgesius (42) de hele wereld over. Als DJ draaide hij op vele grote dance festivals. Van Ibiza, Japan en de VS tot de Oekraïne en Mexico danste het publiek op de muziek die hij met Pako (Sekander Raisani) maakte. Hun singles werden gebruikt voor computergames, films en tv-series als *CSI Miami*.

Als eigenaar van verschillende platenlabels had Borgesius te maken met ingewikkelde platencontracten en dure advocaten. Hij besloot daarom in de avonduren rechten te gaan studeren. Wat begon als "een hobbyproject" werd steeds serieuzer. Een onderzoeksmaster Informatierecht volgde, aan het Instituut voor Informatierecht (IViR), dat deel uitmaakt van de rechtenfaculteit van de Universiteit van Amsterdam. Hij studeerde zes maanden aan de Hong Kong University. Tijdens zijn master vroeg hij zich af: waarom niet ook promoveren? Even overwoog hij dit in Hong Kong te doen, waar hij ook nog wel eens achter de draaitafel stond. "Maar vanwege de hoogstaande kwaliteit van het IViR, een van de grootste onderzoeksinstituten ter wereld op het gebied van informatierecht, koos ik toch voor Nederland. Hier werken is zó inspirerend."

## BEHAVIOURAL TARGETING

Meer dan 25 onderzoekers houden zich bij het IViR bezig met dit zich snel ontwikkelende rechtsgebied, dat gaat over regulering van productie, opslag, verspreiding, ontvangst en gebruik van informatie in de ruimste zin van het

woord. Ze richten zich op verschillende rechtsgebieden, waaronder auteursrecht, intellectueel eigendomsrecht en telecommunicatierecht en op fundamentele grondrechten als de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. Vooral voor dit privacyrecht heeft Borgesius een bijzondere belangstelling. Na drie jaar "keihard werken" promoveerde hij op 17 december 2014 op zijn onderzoek naar *behavioural targeting* en het Europese persoonsgegevensbeschermingsrecht. Een onderwerp dat hij zelf voorstelde aan zijn promotor Nico van Eijk, hoogleraar informatierecht, in het bijzonder het media- en telecommunicatierecht, aan de UvA, en directeur van het IViR.

Borgesius onderzoekt welke maatregelen de EU-wetgever kan nemen om de privacy van internetgebruikers beter te beschermen als het gaat om behavioural targeting, zonder daarbij onnodige lasten en regels op te leggen. Het is een juridisch proefschrift, maar met veel aandacht voor inzichten uit andere disciplines, zoals gedragseconomie.

## RECHT IN ONDERZOEK

In de rubriek Recht in onderzoek vertellen een of twee onderzoekers op een bepaald rechtsgebied waarmee zij bezig zijn. Een jurist uit de praktijk geeft vervolgens zijn mening over nut en belang van dit onderzoek.

# INFORMATIERECHT





“Bij het IViR werken behalve juristen ook onderzoekers uit andere disciplines, zoals een antropoloog en een econoom. Met hen heb ik veel kunnen sparren.”

Behavioural targeting is een vorm van marketing waarbij bezoekersgedrag op internet wordt gevolgd en waarbij van daaruit afgeleide belangstelsgebieden gerichte advertenties worden getoond. Veel mensen ervaren dit als een aantasting van privacy. Deze marketingmethode is voor een deel gereguleerd in Europese wetgeving. Uit de Europese e-Privacyrichtlijn volgt, kort samengevat, dat *tracking cookies* alleen geplaatst mogen worden als de betrokkene toestemming heeft gegeven, na duidelijk en volledig geïnformeerd te zijn. De Europese Richtlijn Bescherming Persoonsgegevens staat bedrijven slechts toe persoonsgegevens te verwerken als zij die verwerking kunnen baseren op toestemming of op een andere wettelijke grondslag. In Nederland zijn deze regels geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet en de Wet bescherming persoonsgegevens. Mensen kunnen zo zelf

beslissen of en in welke gevallen zij een deel van hun privacy opgeven, is het idee. *Empowerment* van het individu staat in de wetgeving centraal.

### PRIVACYPROBLEMEN

In zijn onderzoek, waarvoor hij “vooral uit praktische overwegingen” heeft gekozen voor een Europees perspectief, laat Borgesius zien dat er in het gegevensbeschermingsrecht een spanning bestaat tussen empowerment en bescherming van mensen. Uit rechtseconomisch, gedragseconomisch onderzoek en empirisch onderzoek naar hoe mensen keuzes maken over privacy concludeert hij dat er in de praktijk problemen zijn met geïnformeerde toestemming die nagenoeg niet op te lossen zijn. “Bijna niemand leest privacyverklaringen of toestemmingsverzoeken. Veel mensen klikken ‘OK’ op elk verzoek dat zij online krijgen. Dat kun je ze ook niet kwalijk nemen: uit onderzoek blijkt dat het iemand enkele weken per jaar zou kosten om elke privacyverklaring te lezen. Bovendien zijn die verklaringen vaak ingewikkeld, vaag en te lang.” Zelfs als iemand een toestemmingsverzoek zou doornemen en begrijpen, is de kans groot dat hij toch instemt met een privacy-onvriendelijk verzoek. Websitehouders geven bezoekers vaak een take-it-or-leave-it keuze en de huidige regels verbieden dat niet expliciet. Onderzoek uit verschillende disciplines, schrijft Borgesius, laat zien dat mensen zeker waarde hechten aan hun privacy, maar het lastig vinden overeenkomstig hun privacyvoorkeuren te handelen. Bovendien vinden ze het moeilijk in te schatten wat de consequenties zijn van het gebruik van persoonsgegevens.

Interessant in dit kader vindt Borgesius het plan dat ING vorig jaar lanceerde voor een proef om betaalgegevens van klanten te exploiteren. ING liet weten dat zij onderzocht of er belangstelling was onder klanten om aan hen relevante aanbiedingen te doen van andere partijen. “De precieze plannen kennen we niet”, zegt Borgesius, “maar opvallend was dat ING aangaf dat klanten alleen meededen als ze expliciet toestemming gaven. Desondanks vonden mensen het schandelijk. Dit laat zien dat óók als er sprake is van toestemming de privacy nog niet voldoende gewaarborgd hoeft te zijn. Dit komt overeen met wat ik in mijn onderzoek laat zien.”

**“VEEL MENSEN  
KLIKKEN ‘OK’ OP ELK  
VERZOEK DAT ZIJ  
ONLINE KRIJGEN. DAT  
KUN JE ZE OOK NIET  
KWALIK NEMEN”**

In zijn proefschrift bekijkt Borgesius hoe behavioural targeting werkt en hij analyseert verschillende privacyproblemen die er het gevolg van zijn. Een belangrijk probleem vormen de zogenoemde *chilling effects*. Een chilling effect kan optreden als gevolg van grootschalige gegevensverzameling: mensen passen hun gedrag aan als zij

weten dat hun activiteiten worden gevolgd. Als iemand vreest dat zijn gegevens aan zorgverzekeraars worden doorverkocht, zal hij kunnen nalaten op internet te zoeken naar informatie die relevant is voor zijn medische klachten. Een ander privacyprobleem is een gebrek aan controle over persoonlijke informatie: mensen weten niet welke informatie over hen wordt verzameld, hoe die informatie gebruikt wordt, en met wie deze gedeeld wordt. Ook is er het risico van discriminatie en manipulatie.

“Tijdens mijn onderzoek was ik verbaasd – en dat ben ik nog steeds – over de enorme hoeveelheid data die verzameld, opgeslagen en verwerkt wordt.” Borgesius verwijst naar het fenomeen *real-time bidding*. “Wist je dat er dagelijks in zogeheten flitsveilingen miljarden gegevens verkocht worden op online advertentieplatforms? Iedereen die surft of smartphone-apps gebruikt, krijgt via deze veilingwijze dagelijks tientallen advertenties te zien van allerlei advertentieplatforms. Daarvoor worden onze data continu gebruikt, maar eigenlijk weten we nauwelijks door wie en hoe. Fascinerend.”

## GEDRAGSSTUDIES

Vernieuwend aan zijn onderzoek is volgens Borgesius dat hij verschillende relevante gedragsstudies in kaart heeft gebracht en daarvan de juridische implicaties heeft geanalyseerd. “Op het gebied van privacy heeft de wetgever tot nu toe weinig aandacht voor empirische studies naar menselijk gedrag. Mijn onderzoek maakt duidelijk dat de huidige privacywetgeving ontoereikend is. We kunnen menselijk gedrag niet negeren. Transparantie en geïnformeerde toestemming bieden slechts beperkte privacybescherming. We moeten de wetgeving anders inrichten en bepaalde behavioural targeting-praktijken misschien helemaal verbieden.”

Borgesius pleit voor een gecombineerde aanpak van empowerment en bescherming. Hij geeft “voorzichtige suggesties” voor maatregelen die de EU-wetgever zou kunnen nemen. Allereerst pleit hij voor striktere naleving en handhaving van de huidige gegevensbeschermingswetgeving. ‘Wie zwijgt stemt toe’ zou niet geaccepteerd mogen worden. Als de wetgeving voor gegevensbescherming volledig nageleefd zou worden, zouden mensen volgens hem redelijke bescherming genieten, ook als zij instemmen met elk online toestemmingsverzoek. Ook als iemand toestemming heeft gegeven, moeten bedrijven voldoen aan de overige eisen uit het gegevensbeschermingsrecht. “Het gaat immers om dwingend recht”, schrijft hij. Zo eist de wet dat bedrijven persoonsgegevens beveiligen en dat bedrijven geen disproportio-

**“TRANSPARANTIE EN  
GEÏNFORMEERDE  
TOESTEMMING  
BIEDEN SLECHTS  
BEPERKTE PRIVACY-  
BESCHERMING”**

nele hoeveelheden gegevens verzamelen en verwerken, ook niet na toestemming.

## AFTRAP

Borgesius heeft gemengde gevoelens over de uitspraak van 11 maart 2015 van de kortgedingrechter in Den Haag (C/09/480009/KG ZA 14/1575), waarin werd geoordeeld dat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens per direct buiten werking moet worden ge-

steld. Deze wet verplicht aanbieders van telefoon- en internetdiensten de verkeers- en locatiegegevens van gebruikers op te slaan. De rechtbank oordeelde dat de wet in haar huidige vorm een inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens. “Ik ben blij dat de wet buiten werking is gesteld. Wel vind ik het jammer dat de rechter niet heeft geoordeeld dat zulke massale opslag van persoonsgegevens de kern van het recht op privacy aantast en daarom in het algemeen onwenselijk is.”

Om de informatieasymmetrie in de context van behavioural targeting te verminderen, zou het transparantiebeginsel volgens Borgesius beter gehandhaafd moeten worden. De wetgever zou moeten afdwingen dat toestemmingsverzoeken simpel, kort en gemakkelijk te begrijpen zijn. Ook zijn aanvullende regels nodig. De huidige wetgeving kent te veel algemene regels en open normen, met begrippen als ‘eerlijk’, ‘noodzakelijk’, en ‘niet bovenmatig’, die te veel ruimte laten voor interpretatie.

## FREDERIK BORGESIUS IN JAARTALLEN

- 1991 - 2009: DJ, met optredens in onder meer Japan, de VS en Europa
- 1991 - 2009: uitgever, eigenaar van platenlabels, producer. Samen met Sekander Raisani (als Pako & Frederik) twee albums en veel singles en remixen gemaakt, en opgetreden over de hele wereld
- 2000 - 2008: bachelor rechten Open Universiteit
- 2009: studie aan Hong Kong University
- 2008 - 2011: master informatierecht aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) en *paralegal* bij SOLV advocaten, gespecialiseerd in technologie, media en communicatie
- 2012: onderzoek aan New York University
- 2011 - 2014: promotieonderzoek *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting* (verschijnt binnenkort bij Kluwer Law International in de Information Law series)
- 2014 - heden: onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam

IT- EN PRIVACY-ADVOCAAT EMRE YILDIRIM: 'DUIDELIJK INZICHT IN SPANNINGSVELD'

**Emre Yildirim (IT- en privacy-advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek):**

“Het promotieonderzoek van Frederik Zuiderveen Borgesius begeeft zich op een hoogst actueel terrein dat de wetgever nog altijd bezighoudt. Het onderzoek geeft duidelijk inzicht in het spanningsveld dat bestaat tussen het doel van de wetgever om de persoonlijke levenssfeer van individuen te beschermen en het daartoe ingezette instrument van toestemming. Met inzichten uit *behavioural economics* geeft het onderzoek aan dat de huidige opzet van dit toestemmings-instrument – waarbij de wetgever als doel heeft dat individuen worden *empowered* – zijn doel voorbijschiet. De wetgever lijkt dit inzicht te delen. Uit het gewijzigde artikel 11.7a Telecommunicatiewet dat op 11 maart van dit jaar in werking is getreden blijkt ‘less is more’: kort samengevat zijn cookies die geen of geringe gevolgen hebben voor de persoonlijke levenssfeer van individuen uitgezonderd



van het toestemmingsvereiste. “Om de bescherming van individuen te vergroten, pleit de auteur enerzijds voor een combinatie van empowerment en bescherming van individuen en anderzijds voor actieve handhaving door toezichthouders. Dat laatste is inmiddels realiteit, zoals blijkt uit recente handhavingsonderzoeken door het College Bescherming Persoonsgegevens. Sterker nog, het adequaat informeren en verkrijgen van toestemming in het kader van profiling is een speerpunt in de toezichtsagenda voor 2015

van het College.

“Ook de Autoriteit Consument en Markt heeft in een persbericht bij de inwerkingtreding van het gewijzigde artikel 11.7a Telecommunicatiewet aangegeven tot actieve handhaving over te zullen gaan. Wat mij betreft zou deze handhaving zich moeten richten op de kern van het privacyrecht: de eerlijke behandeling van individuen.”

Met betere handhaving en explicitering van de huidige normen kan de wetgever volgens hem een deel van de grote privacyproblemen oplossen. Toch zijn we er dan nog niet. Als de samenleving beter af is zónder bepaalde behavioural targeting-praktijken, moet de wetgever een verbod overwegen. Borgesius denkt onder meer aan gevallen waarin het gaat om de gezondheid van mensen. “Met mijn onderzoek hoop ik een aftrap te geven voor een bredere privacydiscussie. We móeten dat mijnenveld in.”

Wetgeving op mondiale schaal zou volgens hem uiteindelijk het mooiste zijn. “Maar de Europese wetgeving wordt door grote spelers als Google en Microsoft niet genegeerd.” Die Europese wetgeving is intussen in beweging. Zo is er een wijziging van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens in de maak. Gehoopt wordt dat de nieuwe regels in 2015 in werking treden, maar Borgesius noemt dit “erg optimistisch”. Ook de Nederlandse wetgeving is ontwikkeling. Bij de Eerste Kamer ligt een wetsvoorstel dat aan de Wet bescherming persoonsgegevens een meldplicht toevoegt voor ‘datalekken’. Ook is men in Den Haag bezig met een nieuwe Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens.

**“MET MIJN ONDERZOEK HOOP IK EEN AFTRAP TE GEVEN VOOR EEN BREDERE PRIVACY-DISCUSSIE”**

**GEPERSONALISEERDE SITES**

Momenteel is Borgesius onder meer bezig met een onderzoek naar open data versus privacy. En in mei begint hij als onderzoeker in het ‘Personalised Communication’ project, waarbij juristen van het Instituut voor Informatierecht samenwerken met communicatiewetenschappers van de Amsterdam School of Communication Research. “We weten dat met alle persoonsgegevens die een

bedrijf heeft diensten gepersonaliseerd kunnen worden. Een krant als *The Huffington Post* bijvoorbeeld kan daardoor jou online een andere voorpagina laten lezen dan je buurman. Stel dat je drie keer heb geklikt op een artikel van een conservatieve columnist en je krijgt daarna vooral conservatief getinte artikelen te lezen, zou dit je wereldbeeld kleuren? We weten dat websites gepersonaliseerd worden, maar niet in welke mate dit gebeurt en of mensen hiervan op de hoogte zijn. Dat gaan we nu onderzoeken. Een empirisch onderzoek gecombineerd met juridisch onderzoek: precies wat ik zo leuk vind.”

Maar eerst staan onder meer presentaties in Hong Kong en San Francisco op de agenda. Achter de draaitafel zal hij daar dit keer niet staan. “Voor muziek maken tot in de vroege ochtenduren heb ik helaas weinig tijd meer.” ■