

# Property Rights in Personal Data: A European Perspective

Proefschrift van mr. N. Purtova

*Prof. mr. E.J. Dommering\**

## 1 De inhoud van het boek

Op 16 februari 2011 promoveerde de schrijfster cum laude aan de Universiteit van Tilburg op deze dissertatie, die thans als handelseditie in de *Information Law Series* verschijnt. Het boek beoogt, tegen de gevestigde opinie in, een eigendomsregime voor persoonsgegevens een juridisch fundament te geven. Hoewel ik met de opvattingen van de schrijfster sympathiseer dat het recht om over je persoonsgegevens te beschikken een zelfbeschikkingsrecht is,<sup>1</sup> meen ik dat de schrijfster er niet in geslaagd is dat fundament op te trekken. Dat komt omdat naar mijn mening haar abstracte economische analyse van het eigendomsbegrip de vraag naar wat het object van dat recht in verband met persoonsgegevens is, niet onderzoekt. Voorts negeert zij de praktische en markttechnische complicaties van een eigendom van persoonsgegevens. Behalve de (door haar gestelde) vraag of eigendom op persoonsgegevens mogelijk is, is even belangrijk de vraag of een dergelijk eigendomsrecht praktisch te operationaliseren is. Als dat niet zo is, is er een marktfalen waarin de overheid moet voorzien.

Het helder en toegankelijk geschreven boek bevat, behalve de introductie van het probleem, een historische uiteenzetting (hoofdstuk 2) om te laten zien hoe staatsbureaucratieën steeds meer persoonsgegevens zijn gaan verzamelen om macht over onderdanen te gaan uitoefenen, en hoe diezelfde ontwikkeling valt waar te nemen bij ondernemingen op de markt die bewerkte persoonsgegevens steeds meer als een marketingtool zijn gaan gebruiken. Deze machtsaccumulatie bij het bestuur en de ondernemingen leidt tot toenemende intransparantie, discriminatie en manipulatie (hoofdstuk 3). Hoofdstuk 4 bevat een uiteenzetting van juridische, economische en pragmatische eigendomstheorieën. Hoofdstuk 5 geeft een goed overzicht van de ontwikkeling van het privacyrecht in de Verenigde Staten en de daaruit voortkomende, maar onbesliste, discussie in de juridische vakpers over de 'propertisation' van

persoonsgegevens. Hoofdstuk 6 mengt zich in die discussie en beoogt de in de ogen van de schrijfster bestaande tekortkomingen in de Amerikaanse theorievorming te ondervangen. De hoofdstukken 8 en 9 schetsen het Europese perspectief vanuit de EU-privacyrichtlijn en art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Deze hoofdstukken betogen dat een eigendomsregime heel goed is 'in te lezen' in de Europese regelingen en de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (dat het privacyrecht onder art. 8 geleidelijk heeft uitgebouwd tot een zelfbeschikkingsrecht, ook met betrekking tot persoonsgegevens). In de hoofdstukken 10 en 11 slijpt de schrijfster de messen om aan te tonen dat de bestaande publiekrechtelijke benadering van het dataproctectierecht en zelfregulering (die, als de tekenen niet bedriegen, met de voorstellen tot aanpassing waar de Commissie begin 2012 mee zal komen alleen maar zal toenemen) tekortschiet. Er is, aldus de schrijfster, een kanteling van het perspectief nodig naar een zelfbeschikkingsrecht, zoals het eigendomsrechtelijk door haar is geconstrueerd.

## 2 Beoordeling en kritiek

### 2.1 Het eigendomsobject

De schrijfster zoekt voor haar pragmatisch-economische benadering aansluiting bij de nieuwe rechtsobjecten in de stoffelijke wereld.<sup>2</sup> Het gaat hier dikwijls om economische gebruiksrechten met een absoluut gehalte ('erga omnes' werkend), zoals bijvoorbeeld frequenties en (vervuilde) lucht (emissierechten). Aangezien de 'rechtsobjecten' onderdeel vormen van publieke goederen, zoals het elektromagnetisch spectrum, de lucht of de openbare ruimte, wordt algemeen aangenomen dat het in tijd beperkte rechten zijn die gedurende de periode dat zij zijn gevestigd wel een absolute ('erga omnes') aanspraak geven. Een omroepinstelling die gedurende een periode over een radio-elektrische frequentie beschikt, kan deze als een eigendom exploiteren (dus ook overdragen). Omdat ze niet voldoen aan de definitie van eigendom in het Burgerlijk Wet-

\* Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam. De auteur dankt Frederik Zuiderveen Borgesius voor zijn waardevolle opmerkingen over een eerdere versie van deze recensie.

1. E.J. Dommering, *Recht op persoonsgegevens als zelfbeschikkingsrecht*, in: C. Prins e.a. (red.), *16 miljoen BN'ers? Bescherming van persoonsgegevens in het digitale tijdperk*, Leiden: NJCM-Boekerij 2010, p. 83-99.

2. Voor een uiteenzetting van de systematiek van het BW verwijs ik naar J.C. van Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003 (serie *Recht en Praktijk* nr. 124), hoofdstuk 2.

boek (BW), zijn het overdraagbare ‘vermogensrechten’. Economisch zijn het wel degelijk eigendomsrechten. In het strafrecht en het belastingrecht worden afwijkende objectbegrippen gehanteerd, zodat ook elektriciteit en andere energievormen als een te stelen ‘goed’ of een te belasten lichamelijke zaak worden aangemerkt.<sup>3</sup>

Een persoonsgegeven kan meermalen en tegelijkertijd worden gebruikt. De schrijfster meent dit vanuit haar ‘stoffelijke’ uitgangspunt te kunnen oplossen door een vruchtgebruik of huur aan te nemen (hoofdstuk 10), zodat opvolgende of gelijktijdige gebruikers over mindere (beperkte) eigendomsrechten beschikken. Mijns inziens is dit een misverstand. Bij de beperkt zakelijke rechten gaat het om meer gebruikers van hetzelfde stoffelijke object. Persoonsgegevens vormen echter ‘informatie’ (volgens bepaalde conventies geïnterpreteerde of interpreteerbare data) en het gebruik daarvan bestaat in, zoals de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) het (in navolging van de richtlijn) in art. 1 noemt: ‘verwerking’ (verzamelen, vastleggen, ordenen, raadplegen, gebruiken, ter beschikking stellen, enzovoort). Dit zijn handelingen die vergelijkbaar zijn met die welke wij als exploitatiehandelingen uit het recht van intellectuele eigendom kennen. Het stoffelijke object is dus steeds een ander, het representeert (het is semantische informatie) de geestelijke entiteit waarvoor het staat, in het recht van intellectuele eigendom soms nog aangeduid met de negentiende-eeuwse term ‘corpus mysticum’. Het is daarvan een (bewerkte) *reproductie*, dus telkens een ander (stoffelijk) object. Of zoals we ook wel zeggen: anders dan bij stoffelijke voorwerpen raakt informatie nooit ‘op’. De gebruikslicenties die je op informatie kunt geven, kun je wel als ‘huur’ bestempelen, mits maar in het oog wordt gehouden dat het om een ander soort ‘huur’ gaat dan bij stoffelijke objecten. Een gebruikslicentie op bijvoorbeeld een film kan voor een gebied exclusief zijn (en dan bestaat er voor dat gebied maar één licentie), maar ook niet-exclusief en dan bestaan er tegelijkertijd meer. Tegelijkertijd kunnen er voor meer gebieden exclusieve gebiedslicenties zijn. Daarbij wordt wel een object ‘verhuurd’ (een filmband) of informatie langs andere weg elektronisch tijdelijk ter beschikking gesteld. Dit is allemaal toch iets anders dan timesharing van een vakantieflat, omdat er tegelijkertijd maar één time sharer van de flat gebruik kan maken. Daarom zijn wij in de systematiek van de eigendom gaan onderscheiden tussen rechten op stoffelijke en op ‘geestelijke’ objecten. In de analyse van de schrijfster vinden we dit fundamentele onderscheid niet terug. Ook op het niveau van abstractie dat de schrijfster voor haar analyse kiest, zul je het onderscheid tussen materiële en immateriële objecten moeten maken.

Het gaat dus om tot de persoon herleidbare informatie, die loopt van de uiterlijke kenmerken (gelaat, lichaamskenmerken, adres, woonplaats) tot de meest intieme (geheime lichaamsdelen, privéhandelingen en privéopvattingen). Is deze verzameling van tot de persoon herleidbare informatie een

‘corpus mysticum’ (een geestelijk rechtsobject) dat op een wijze die vergelijkbaar is met het recht van intellectuele eigendom (hierna: IE) is te exploiteren? Dat stuit mijns inziens op bezwaren.

Het voornaamste bezwaar is dat het object moeilijk valt te omlijnen. In het IE-recht moet de informatie die het object vormt bepaalde unieke kenmerken hebben om zich als object van IE-recht te kwalificeren: het moet gaan om een ‘werk’ (voortbrengsel van scheppende arbeid), een ‘onderscheidings-teken’ of een ‘uitvinding’. Er zijn weinig persoonsgegevens die daaraan kunnen voldoen, namelijk alleen die persoonsgegevens die door gebruik in het maatschappelijke en economische verkeer een waarde kunnen krijgen, zoals het portret en het adres in de reële wereld of in cyberspace. Dan is het vermogensobject niet zozeer de biologische fysionomie of het feitelijke of elektronische adres, maar de informatie met betrekking tot het gezicht (de afbeelding) of het adres (de handelsnaam, de domeinnaam of het ‘mooie’ telefoonnummer). Deze gegevens gaan aldus behoren tot de familie van het merkenrecht.<sup>4</sup> De overige gegevens hebben onvoldoende onderscheidend karakter of het is onduidelijk van wie ze nu eigenlijk zijn (adressen en persoonsnummers zijn ordeningskenmerken die door de overheid worden toegekend). Op informatie *as such* valt moeilijk een eigendomsrecht te vestigen, nog afgezien dat dit moeilijk te verenigen valt met het beginsel van de *free flow of information*.<sup>5</sup> Dit is misschien anders voor bewerkte profielen of verzamelingen daarvan. Het eventuele auteursrecht of databankrecht<sup>6</sup> op een profiel of een verzameling daarvan zal echter niet bij het datasubject maar bij de bewerker berusten. Het datasubject heeft – in de meeste gevallen zonder dit te weten – slechts grondstof geleverd. Overigens is ook in dit geval de omlijning van het objectbegrip problematisch, omdat de vraag is hoeveel van de informationele context van een ‘bewerking’ nog tot een persoonsgegeven valt te herleiden.<sup>7</sup> Voor de verzameling van persoonsgegevens die wel als eigendomsobject valt te kwalificeren, is er ten slotte in het Nederlandse recht nog het probleem dat wij een gesloten systeem

3. Van Steur 2003, par. 2.4.

4. Zie daarover E.J. Dommering, *Adresses in Cyberspace Have No Physical Place*, in: J. Kabel & G. Mom (red.), *Intellectual Property and Information Law*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 299-315. Dit moet niet worden verward met adresschaarste die kan ontstaan als gevolg van een ontwerp van een nummerplan (telefoonnummers, IP-nummers). Daardoor kan handel in adresblokken ontstaan. Dit is vergelijkbaar met radio-elektrische frequenties, met dit verschil dat de schaarste niet ‘in de natuur’, maar in de ‘mathematische ruimte’ optreedt, zodat in zoverre van eigendom op informatie(nummers) sprake is. Op dit niveau gaat het niet om persoonsgegevens.

5. Zie over deze vraag: Van Steur 2003, p. 183-190 en het proefschrift van P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer: Kluwer 1989, i.h.b. hoofdstuk III.4. De Hoge Raad is overigens in het arrest betreffende de Endstra-tapes (‘de achterbankgesprekken’) heel ver gegaan in het toelaten van een auteursrecht op informatie, zie HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering. Zie overigens de opmerkingen in noot 4 over schaarste van adressen. Daarbij kan van eigendom op informatie worden gesproken.

6. Het op grond van Richtlijn 96/9/EC ingevoerde recht dat substantiële investeringen in databanken beschermt.

7. Deze vraag was aan de orde in de Dexia-arresten, HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638 en 639 m.nt. E.J. Dommering.

van IE-rechten kennen.<sup>8</sup> Daardoor is het bijvoorbeeld moeilijk een 'eigen' recht op portretten juridisch te operationaliseren.<sup>9</sup>

Naar mijn mening is een economische eigendomsaanspraak op zowel de uiterlijke als de intieme persoonsgegevens alleen via het geheim te construeren.<sup>10</sup> Mijn uitgangspunt is dat het geheim de grondslag vormt voor een economische zelfbeschikking van persoonsgegevens.<sup>11</sup> Dit valt goed te demonstreren met de klassieke definitie van privacy van Allan Westin in *Privacy and Freedom*:

'Privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others. Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical or psychological means, either in a state of solitude or small-group intimacy or, when among larger groups, in a condition of anonymity or reserve.'<sup>12</sup>

'When, how and to what extent communicated to others', 'temporary withdrawal' en 'anonymity': het zijn termen die duiden op afscherming. Of om bij het voorbeeld van het adres te blijven: het gaat niet zozeer om de vraag wie eigenaar is van het fysieke adres (straatnaam en nummer), als wel om de vraag dat ik geheim wil houden dat ik daar woon. Geheimen zijn alleen door contractuele constructies of onrechtmatige daad te beschermen, naar analogie van de bescherming van knowhow en bedrijfsgeheimen.<sup>13</sup> Wie een persoonsgegeven van de buitenkant of de binnenkant wil gebruiken, moet óf zonder toestemming van de betrokkene binnendringen óf zonder toestemming van de betrokkene de buitenkant aan de anonimiteit onttrekken c.q. het beroemde (uit de anonimiteit getreden) persoonsgegeven (het beroemde portret, de domeinnaam) zich toeëigenen. Weliswaar scheidt dit geen juridische eigendomsaanspraak van dien aard dat elk (openbaar) gebruik van een persoonsgegeven zonder toestemming automatisch inbreuk vormt, maar in een procedure zal de derde-gebruiker de rechtmatige herkomst moeten stellen en bewijzen. Dit geeft het datasubject bijvoorbeeld een goede startpositie in een geschil over de aanmaak en exploitatie van zijn profiel zonder zijn toestemming.

8. Daarover Van der Steur 2003, par. 2.3.2 en 4.1.3.

9. D. van Engelen, Het portretrecht als vermogensrecht: een schaaap zonder poten, in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht*, Amstelveen: deLex 2009, p. 97-113.

10. Zie Dommering 2010, p. 91 e.v.

11. E.J. Dommering, Van 'Ja zuster, nee zuster' naar 'Discodans': de lange weg naar commerciële informatie privacy, in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht*, Amstelveen: deLex 2009, p. 259-273.

12. A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, Londen: The Boldly Head 1967, p. 7.

13. Van der Steur 2003, p. 186-190.

## 2.2 Geen onderscheid tussen persoonsgegevens en privéleven; eigendomsrechtelijke aanspraken en grondrechten

De schrijfster volgt niet (hoofdstuk 8) het door haar Tilburgse oud-collega's Blok en Cuijpers<sup>14</sup> geponeerde onderscheid tussen persoonsgegevens en privéleven. Het gevolg van dit onderscheid is dat de omgang met persoonsgegevens iets anders is dan de bescherming van het privéleven en dat over persoonsgegevens vrijer kan worden gecontracteerd. Terecht drijft zij in paragraaf 3.1 van hoofdstuk 9 een wig in het Tilburgse kamp. Het onderscheid tussen privéleven en persoonsgegevens is, dunkt mij, theoretisch niet houdbaar, praktisch dikwijls ondoenlijk<sup>15</sup> en juridisch niet in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM rond art. 8 EVRM. Persoonsgegevens zijn typisch data die door bewerking van een ogenschijnlijk neutraal kenmerk in context een licht kunnen werpen op het intieme privéleven. Bovendien (en de schrijfster maakt dat duidelijk): het gaat over beperking van de macht van de overheid of ondernemingen. Privacy is een vrijheidsrecht, waarmee je de macht kunt begrenzen. Persoonsgegevens zijn bij uitstek middelen om macht te kunnen uitoefenen over individuen. Door er zelf over te kunnen beschikken kunnen individuen macht beperken. Zo heeft ook de jurisprudentie van het EHRM zich ontwikkeld, zoals de schrijfster duidelijk in haar boek laat zien.

Ook de analyse van het kunnen samengaan van een grondrechtelijk perspectief deel ik geheel. Vrijwel alle eigendomsrechten hebben naast een economische ook een morele component. Dat betekent inmiddels wel dat de vrijheid om over je persoonsgegevens te contracteren aan grondrechtelijke beperkingen en de dwingende publiekrechtelijke dataproctieregels is onderworpen.

In dit deel van het proefschrift (hoofdstuk 8) reduceert de schrijfster het eigendomsrecht overigens tot een retorisch instrument in de discussie. In de conclusie van hoofdstuk 8 stelt zij:

'Indeed, in view of the extreme flexibility of the concept of property in law defined by the *erga omnes* effect of relevant rights, almost any system of rights that provides a degree of control (i.e. including data protection) can be translated into the language of property.'

## 2.3 De publiekrechtelijke en maatschappelijke inbedding

Een probleem van persoonsgegevens is dat zij voor tal van bestuurlijke, maatschappelijke en economische processen noodzakelijk zijn. De WBP geeft in art. 8 allerlei dwingende

14. P. Blok, *Het recht op privacy* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, hoofdstuk 9 en C. Cuijpers, *Privacyrecht of privaatrecht?* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004 (Iterreeks nr. 71), par. 7.2.

15. Privacy is een contextueel begrip (zie H. Nissenbaum, *Privacy in Context*, Stanford: Stanford University Press 2010): 'neutrale' data kunnen door bewerking en koppeling tot persoon of groep herleidbare gevoelige gegevens worden.

redenen waarmee de toestemmingseis, die het artikel vooropstelt, kan worden doorbroken om die processen ongehinderd te kunnen doen plaatsvinden. Ik had een nadere analyse verwacht hoe dit nu precies past in het eigendomspectief, maar daarin ben ik teleurgesteld. Het is misschien een te politiek onderwerp, omdat de grens van mijn vrijheid over mijn persoonsgegevens te kunnen beschikken – en dat betekent in de termen van de hiervoor geciteerde Westin in de samenleving anoniem en afzijdig te kunnen blijven – door de politieke constellatie van een samenleving wordt bepaald. Maar er geldt wel een algemene ‘beperking van de beperking’. Alle beperkingen die de WBP aan de vrijheid van het individu oplegt, moeten worden getoetst aan de uit art. 8 EVRM voortvloeiende eis dat de verzameling en verwerking moeten voldoen aan de eis van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>16</sup> Dit is dus een correctie op de maatschappelijke, economische of politieke macht die de samenleving ingevolge de wet over mij mag uitoefenen. Is het publiekrechtelijke kader daarom, zoals de schrijfster suggereert (conclusie hoofdstuk 8), een bescherming van de consument als de zwakke partij? Is het niet veeleer een beperking van de macht in een rechtsstatelijke markteconomie? En waarop anders is de uit art. 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting van een staat een systeem van dataprotectie in het leven te roepen gebaseerd dan op de bescherming van een staatkundig vrijheidsrecht? Of is dit vrijheidsrecht retoriek, zoals eigendomsaanspraken volgens de schrijfster een retorisch middel vormen? Ik denk het niet. Naar mijn mening is het vooral de ontwikkeling van de markt geweest die de economische dimensies van dit vrijheidsrecht zichtbaar heeft gemaakt.

#### 2.4 Zelfbeschikking en toestemming

Linksom of rechtsom: uiteindelijk komt het aan op het toestemmingsrecht van het datasubject dat zelf over zijn persoonsgegevens ‘beschikt’. Dat is ook in dit boek het geval. Is toestemming alles zaligmakend? Daarbij zijn drie aspecten van belang waar het boek geen aandacht aan besteedt: informatie-asymmetrie, technische complexiteit en keuzedwang.

Onder informatieasymmetrie verstaan economen de situatie dat de consument niet over voldoende informatie in de markt beschikt om een juiste keuze te maken. Die situatie doet zich in de internetomgeving voor. De consument krijgt in de internetomgeving voortdurend gratis diensten aangeboden, zonder dat hij de achterliggende ruilverhoudingen waarin zijn persoonsgegevens worden verwerkt, kan doorzien. Je kunt wel een eigendomsrecht hebben, maar als je de waarde er niet van kunt inschatten en niet weet tegen wat je het kunt uitruilen, heb je er niets aan. Deze situatie kan de overheid proberen te doorbreken door transparantie en informatieverplichtingen op te leggen. Kortom, geen eigendomsrecht zonder onderzoek naar de markt en de mogelijke regulering van de marktimperfections.

Facebook is een goed voorbeeld van deze informatieasymmetrie. In dit sociale netwerk wordt door de aanbieder met behulp van verzamelde en bewerkte persoonsgegevens een economische waarde gerealiseerd die aanzienlijk is, zoals blijkt uit schattingen van de waarde van aanbieders van sociale netwerken. Er zijn globaal drie niveaus van uitwisseling: (1) op het niveau van de consument en zijn zakelijk of persoonlijk netwerk, (2) op het niveau van de dienstverlener en (3) op het niveau van de veredelde gegevens van door 2 aan derde partijen ter beschikking gestelde reclameruimte.

Deze waarde wordt vooral gerealiseerd op de niveaus 2 en 3, en veel minder op niveau 1: de consument. Het zal overigens van het soort markt afhangen op welke niveaus waarde wordt gerealiseerd. In een sociaal persoonlijk of zakelijk netwerk zal de uitwisseling van persoonsgegevens op niveau 1 (economische) waarde van de instigator, maar ook van deelnemers van het netwerk kunnen verhogen. (Wie kent wie en gaat met wie om? De jaarlijkse Volkskrant-metingen van iemands maatschappelijke importantie zijn erop gebaseerd.) Op andere markten zal op niveau 1 de gebruiker betere ‘tailor made’ dienstverlening ervaren. Wel kunnen voor de consument aanzienlijke nadelen optreden als zijn persoonsgegevens worden gebruikt voor door hem niet-gewenste doelen. De grote waarden die zich aan het gezichtsveld van de consument onttrekken, zijn die welke op niveau 2 en 3 worden gerealiseerd: door het aanmaken van reclameprofielen ten behoeve van derden. De consument is in dit hele proces een gratis product.

De technische complexiteit (overigens mede oorzaak van de informatieasymmetrie) is groot. Bij elke transactie op internet is een groot aantal partijen en databestanden betrokken. Hoe beheer en exploiteer ik mijn persoonsgegevens in een dergelijke complexe omgeving? Je kunt niet om die technische vraag heen als je een eigendomsrechtelijke aanpak van persoonsgegevens wilt bereiken. Er is wel geopperd dat de consument zou moeten beschikken over een ‘digitaal kluisje’ met zijn persoonsgegevens waarvan hij alleen de sleutel (en dus: de beschikkingsmacht) heeft.<sup>17</sup> Je kunt ook denken aan collectief-beheerorganisaties, net zoals in het auteursrecht, waar zich bij de exploitatie soortgelijke situaties voordoen. Bij collectieve acties komt ook de economische waarde weer om de hoek kijken in de vorm van de vraag welke schade aan de ‘eigendomsrechten’ van de consument wordt toegebracht. Eind 2010 strandde in het District Court van New York een class action tegen een bedrijf dat deed aan ‘history sniffing’ (door mij aangeklikte links verschietsen in de browser van kleur, zodat ze de unieke kenmerken van mijn clickgedrag vastleggen dat door websites kan worden herkend) en het plaatsen van ‘flash cookies’ (kleine bestandjes die bij het bezoeken van een website op de pc worden geplaatst, waarmee het gedrag van de pc-houder op internet, elke keer als hij inlogt, kan worden bespied). De rechter meende dat het om bagatelchades van de consument ging, zodat de geldende drempelwaarde van mini-

16. HR 9 september 2011, NJ 2011, 595 m.nt. E.J. Dommering, RvdW 2011, 1064 (Santander-arrest) over de kredietregistratie.

17. Dommering 2010, p. 95.

maal \$ 5000 schade per deelnemer niet werd gehaald.<sup>18</sup> Deze beslissing staat in de Amerikaanse jurisprudentie niet op zichzelf.

Ten slotte de keuzedwang. In het parlement is eind 2011 een wetwijziging van de Telecommunicatiewet aanhangig die erop neerkomt dat de consument voor de plaatsing van elke cookie op zijn pc toestemming moet geven.<sup>19</sup> Dit is het zogenoemde 'opt-in' systeem, ook wel aangeduid als 'privacy by default' (privacy als regel). Naar aanleiding daarvan is de discussie losgebarsten of de consument wel een reële keuze heeft. Zonder cookies kan hij dikwijls geen dienst afnemen. Dus de consument klikt automatisch de toestemmingsknop aan ('Ja, ik stem in en ook stem ik in met die ergens op een andere site te vinden in kleine onleesbare lettertjes gestelde honderd voorwaarden die aan die toestemming hangen') om op het vervolgscherm te komen. Wat valt er hier te onderhandelen over wat voor soort eigendomsaanspraak?

Kortom: is een toestemmingsrecht of een eigendomsrecht op persoonsgegevens niet een papieren tijger? Ik denk dat het meer dan een papieren tijger kan zijn, maar dan moeten deze lastige vragen wel worden behandeld, anders blijft het allemaal 'grauwe theorie'.

### 3 Conclusie

Het is de verdienste van dit boek dat het de bescherming van persoonsgegevens in een ander perspectief dan het gebruikelijke publiekrechtelijke perspectief van de regulering van bewerkers en aanbieders van persoonsgegevens heeft geplaatst. De eigendomsvraag die daarbij aan de orde komt, heeft de schrijfster mijns inziens niet of onvolledig beantwoord, omdat zij de vraag wat het object van eigendom is of kan zijn in het midden laat. Dat vind ik jammer, omdat de discussie over deze aanpak bij de voorgenomen wijziging van de privacyrichtlijn tussen de lidstaten is gevoerd, maar, naar verluidt, is verzand in de objectdiscussie. Wel vind ik de benadering van het zelfbeschikkingsrecht en de analyse hoe dit past in het Europese recht helder en duidelijk. Maar er blijven dan nog veel vragen openliggen, die het boek niet beantwoordt. Het is daarmee een prikkelend boek dat aanzet tot nadenken.

---

18. Uitspraak in de zaak *Sonal Bose v. Interclick Inc*, nr. 10-cv-09183-DAB, gerapporteerd op <[www.khlaw.com/showpublication.aspx?Show=4820](http://www.khlaw.com/showpublication.aspx?Show=4820)>, geraadpleegd op 7 december 2011.

19. Kamerstukken I 2011/12, 32 549, A, ter implementatie van gewijzigde telecommunicatierichtlijnen.