From the SelectedWorks of Mireille Hildebrandt

January 2010

Recht en markt: met falen en opstaan

Contact Author

Start Your Own SelectedWorks

Notify Me of New Work

Available at: http://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/30

Recht en markt: met falen en opstaan

Mireille Hildebrandt■

Introductie

Mijn waardering voor Aernout Schmidts *be*scheidenheid, eruditie en historisch besef is des te groter nu hij tegelijk een scherp analyticus is, altijd bereid om wat voor de hand ligt af te zetten tegen wat onder de voet wordt gelopen. De *ver*scheidenheid van zijn belangstelling drong zich op toen hij liet vallen dat hij Heimito Doderers *Die Strudlhofstiege* ging aanschaffen, waardoor ik een nieuw stukje van mijn eigen onwetendheid en een nieuwe auteur van het formaat van Musil ontdekte.[1] Schrijvend over het Wenen van de eerste helft van de 20e eeuw voegt Doderer zich in de lange rij van Midden-Europese overgangsfiguren die worstelden met de confrontatie tussen een rationalistisch, op natuurwetenschappelijke causaliteiten gebaseerd wereldbeeld en de duistere oprispingen van het onderbewuste.[2] Voorzover Doderer de verheerlijking van het onbewuste weet te vermijden die in sommige interpretaties van Schopenhauer, Nietzsche en Freud naar voren treedt, zou ik hem zelfs aan kunnen halen bij het formuleren van een kritiek op het rationele keuzemodel dat ten grondslag ligt aan de economische analyse van het recht.

Zo'n kritiek is echter al eerder geschreven en de huidige generatie rechtseconomen lijkt zich bewust te zijn van de *caveats* bij haar uitgangspunten.[3] In dit hoofdstuk zal ik mij in eerste instantie dan ook beperken tot de vraag in hoeverre nieuwe ICT-infrastructuren tot een vorm van marktfalen kunnen leiden die de effectiviteit en de legitimiteit van rechtsregels aantast.[4] Bij het zoeken naar remedies zal ik vervolgens aandacht besteden aan de mate waarin een economische analyse recht kan doen aan juridische begrippen

---

■ Mireille Hildebrandt is universitair hoofddocent rechtsfilosofie en rechtstheorie aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam. Sinds 2002 is zij parttime gedetacheerd naar het centrum voor Law Science Technology and Society studies (LSTS) aan de Vrije Universiteit Brussel. Zij werkt als senioronderzoeker op het 5-jarige fundamenteel onderzoeksproject inzake 'Law and Autonomic Computing: Mutual Transformations'. Zij was 5 jaar lang coördinator van het onderdeel 'profiling' van het Europese KP6 project inzake de Future of Identity in Information Society (FIDIS) en redigeerde samen met Serge Gutwirth *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives* (2008). Zie http://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/.

1 Von Doderer 1953.

2 Twee cultuurhistorische beschrijvingen van deze periode: Luft 2003 en Schorske 1981.

3 Ulen 1999 en Kerkmeester 1999.

4 Over de invloed van ICT op de Trias Politica, zie meesterlijk Schmidt 2008.

die constitutief zijn voor een rechtsstatelijke democratie. Ik zal de vraag verder inperken door haar toe te spitsen op de bescherming van privacy in het tijdperk van profileringstechnologie.

Commodificatie van privacy: Lessig en gegevensbescherming

In de eerste versie van zijn *Code and other Laws of Cyberspace* (1999) stelt Lawrence Lessig voor om de bescherming van privacy te regelen via het toekennen van eigendomsrechten op persoonsgegevens.[5] Deze rechten zouden toe moeten komen aan de 'data-subjecten'[6] die er vervolgens naar eigen inzicht mee zouden kunnen (onder)handelen. Hoewel Lessig in de tweede versie (2006) gas terug neemt naar aanleiding van de kritiek die zijn voorstel heeft ontvangen, wil ik hier nog eens aandacht vragen voor zijn betoog.[7] De reden daarvoor is dat naar mijn mening de commodificatie van persoonsgegevens onder het regime van de Richtlijn Gegevensbescherming allang een feit is, nu het uitwisselen van gegevens op grond van toestemming een van de belangrijkste rechtsgronden is voor het verwerken van gegevens.[8] Dat roept de vraag op of deze commodificatie effectieve bescherming biedt voor de privacy.

Lessig noemt twee voordelen van het toekennen van eigendomsrechten: ten eerste ontstaat daardoor een prikkel voor marktpartijen die brood zien in het verwerken van persoonsgegevens om zich van toestemming te verzekeren, en ten tweede schept deze oplossing de mogelijkheid om de individuele preferenties van data subjecten ruim baan te geven. Het eerste voordeel lijkt te suggereren dat het verwerken van persoonsgegevens zonder toestemming beter als een inbreuk op een eigendomsrecht kan worden gezien dan als een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht.[9] Zou de prikkel om toestemming te regelen groter zijn als de aanspraak op persoonsgegevens wordt gekwalificeerd als eigendomsrecht dan wanneer sprake is van een persoonlijkheidsrecht? In beide gevallen staat het de rechthebbende vrij om afstand te doen van haar recht of van de uitoefening van het recht en is het ook onder de Richtlijn Gegevensbescherming niet verboden om consumenten die bereid zijn hun persoonsgegevens te verstrekken in ruil daarvoor korting of toegang tot bepaalde informatie te geven. Het gaat Lessig dan ook niet om het afzetten van de eigendomsvariant tegenover die van het persoonlijkheidsrecht, maar om de vergelijking met de bescherming op basis van de

5 Lessig 1999.
6 Een 'data-subject' of 'betrokkene' is degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft (art. 1 sub f Wet Bescherming Persoonsgegevens).
7 Lessig 2006, p. 228-230.
8 Richtlijn Gegevensbescherming D 95/46 EC, art. 6; in Nederland uitgewerkt in de Wet Bescherming Persoonsgegevens art. 8.
9 Voor nadere overwegingen over privacy als persoonlijkheidsrecht en de commodificatie van persoonsgegevens zie Prins 2004.

onrechtmatige daadsactie. Zijn inspiratie komt voort uit het beroemde artikel van Calabresi en Melamed, waarin zij op rechtseconomische gronden de bescherming van eigendom als efficiënter beschrijven dan die van de onrechtmatige daad.[10] Ik kom daar in de volgende paragraaf op terug, bij de bespreking van de kritiek van met name Paul Schwartz op Lessigs voorstel. Hier is het goed om vast te stellen dat ook als privacy wordt gekwalificeerd als een persoonlijkheidsrecht, persoonsgegevens niet noodzakelijk onvervreemdbaar zijn en in de typologie van Calabresi en Melamed (en Lessig) eerder onder de eigendomsregels zullen vallen.[11]

De vraag is of het eerste voordeel wel een voordeel is, nu het regelen van toestemming geen garantie is dat de privacy van de betreffende persoon daadwerkelijk wordt beschermd. De schier eindeloze discussie over hoe die toestemming tot stand zou moeten komen (opt in of opt out) geeft al aan dat het hier vaak om een formaliteit gaat die gedachteloos wordt verricht (uit onderzoek blijkt dat de default-instelling bepalend is voor het geven van toestemming: bij opt in worden gegevens niet verstrekt; bij opt out worden ze quasi-automatisch gegeven).[12] Het feit dat een eigendomsrecht een prikkel geeft om toestemming te verzekeren leidt dus niet noodzakelijk tot bescherming van de privacy. Dat Lessig dat anders ziet, hangt samen met het feit dat hij ertoe neigt privacy te reduceren tot het vrijwillig afgeven van persoonsgegevens; het gaat hem er vooral om de controle over die gegevens in handen te stellen van degene die het betreft.

Dat hangt direct samen met het tweede voordeel dat hij noemt. Lessig meent terecht dat het er bij privacy *niet* om gaat zo min mogelijk gegevens te verstrekken, maar juist mogelijkheden te scheppen om het data-subject zelf vast te laten stellen welke gegevens zij in een bepaalde context wel of niet met een bepaalde partij wil delen. Lessig benadrukt dat het van belang is om de juridische en technische infrastructuur te ontwerpen die precies deze vrijheid organiseert. Juridisch kiest hij voor eigendomsrechten omdat de betrokkene dan zelf kan bepalen of en zo ja welke gegevens zij met wie wil delen en ook zelf de prijs vast kan stellen waartegen zij bereid is ze af te staan. Eigendomsrechten zouden consumenten aldus een zelfbeschikkingsrecht geven over hun persoonlijke informatie. Wat Lessigs voorstel zo interessant maakt is dat hij zich bewust is van de noodzaak om de uitoefening van dat recht technisch mogelijk te maken. Daartoe kiest hij voor een systeem waarbij de betrokkene wordt bijgestaan door een software-programma (elektronische butler) dat communiceert met de software van de wederpartij om bijvoorbeeld na te gaan wat met de gegevens zal worden gedaan en of ze aan derden zullen worden geleverd; dankzij het instellen van privacy-preferenties kan het eigen software-programma dan automatisch persoonsgegevens

10 Calabresi & Melamed 1972.

11 Naast eigendomsregels en aansprakelijkheidsregels onderscheiden Calabresi en Melamed regels voor onvervreemdbare aanspraken, waarbij een aanspraak onvervreemdbaar is in de mate waarin zij niet mag worden overgedragen.

12 Zie bijvoorbeeld Bouckaert & Degryse 2006.

uitwisselen als het privacy-beleid van de wederpartij aansluit op de wensen van het data-subject. Op deze manier zou zich in rechtseconomische termen een pareto-optimale situatie kunnen ontwikkelen waarbij voor alle partijen de meest gunstige gegevensuitwisseling plaats vindt. Pareto-optimaal betekent in dit geval dat geen enkele uitwisseling van gegevens het welzijn van een partij nog kan vergroten zonder dat van een andere partij navenant te verkleinen. Tegen deze commodificatie zal ik twee typen bezwaren aanvoeren. Ten eerste zal ik beargumenteren dat hier sprake is van marktfalen, waardoor geen pareto-optimale situatie wordt bereikt. Ten tweede zal ik het privacybegrip dat ten grondslag ligt aan de door Lessig geponeerde voordelen van commodificatie bekritiseren.

Marktfalen bij de uitwisseling van persoonsgegevens

In zijn kritiek op Lessig schetst Schwartz nog eens het kader dat Calabresi en Melamed ontwierpen voor het onderscheiden en evalueren van eigendomsregels en aanprakelijkheidsregels. Eigendomsregels beschermen aanspraken op een goed door 'een recht te verlenen dat zonder instemming van de rechthebbende niet mag worden aangetast. Het recht kan slechts worden overgedragen door een vrijwillige transactie'.[13] Een dergelijke regel werkt vanuit rechtseconomisch perspectief goed als sprake is van weinig partijen, subjectieve waardering en lage transactiekosten. Het grote voordeel is dat partijen naar eigen inzicht transacties aan kunnen gaan, zelf de prijs bepalen en in beginsel geen verantwoording af hoeven te leggen aan derden of aan de staat. Tegelijkertijd leiden deze eigendomsregels – als aan de voorwaarden van weinig partijen en lage transactiekosten is voldaan – tot een pareto-optimale situatie.

Wanneer sprake is van een veelheid van partijen, monopolie posities, strategisch onderhandelen en hoge transactiekosten leidt dit soort regels tot marktfalen in de zin dat geen pareto-optimale situatie tot stand komt. Partijen kunnen namelijk niet overzien wat in hun belang is, gezien de complexiteit van de verhoudingen, de ongelijke onderhandelingspositie en het gebrek aan informatie. In dat geval raden Calabresi en Melamed een aansprakelijkheidsregel aan 'die inhoudt dat de aanspraken van een ander mogen worden aangetast, maar dat hier de verplichting tot een objectief vastgestelde schadevergoeding tegenover staat. Deze bescherming is niet afhankelijk van een overeenkomst tussen laedens en gelaedeerde en heeft daardoor haar waarde in situaties van hoge transactiekosten'.[14]

Wat opvalt is dat Calabresi en Malamed eigenlijk niet spreken over het juridische eigendomsrecht of de rechtsfiguur van de onrechtmatige daad, ook al vormen die de inspiratie van hun model en kunnen hun aanbevelin-

13 Kerkmeester & Holzhauer 1999, p. 30.
14 *Ibid*, p. 31.

gen wel leiden tot het creëren van eigendomsrechten (denk bijvoorbeeld aan emissierechten in het milieurecht). Persoonlijkheidsrechten zoals de bescherming van persoonsgegevens vallen moeiteloos onder de door hen geschetste eigendomsregels, zolang er maar een regime bestaat dat voorafgaande toestemming vereist voor het delen van persoonsgegevens (waarbij we dan overigens wel moeten abstraheren van de veelheid van andere rechtsgronden die het verzamelen van persoonsgegevens zonder toestemming juridisch mogelijk maakt).

De klassieke onrechtmatige daad vereist onrechtmatigheid, hetgeen impliceert dat aantasting van de aanspraak (op bijvoorbeeld zorgvuldig gedrag in het verkeer of van de werkgever) niet is toegestaan en juist daarom tot schadevergoeding leidt. Ott en Schaefer merken op dat Calabresi en Melamed met hun definitie van aansprakelijkheidsregels afwijken van het klassieke juridisch discours, doordat zij hun definitie beperken tot een type onvrijwillige transacties dat weliswaar schade toebrengt maar dat kennelijk sociaal wenselijk is. Over onrechtmatigheid reppen zij niet.[15] Ott en Schaefer geven het voorbeeld van de rechtmatige overheidsdaad, maar mij dunkt dat Calabresi en Melamud juist doelen op activiteiten als autorijden en het fabrieksmatig verwerken van giftige stoffen. Hun *verklaring* van de aansprakelijkheidsregels van het onrechtmatige daadsrecht wijkt dan ook evident af van de manier waarop juristen het onrechtmatige-daadsrecht zelf *legitimeren*. Kort samengevat bieden eigendomsregels (door middel van een verbod van aantasting) een bescherming vooraf, terwijl aansprakelijkheidsregels pas achteraf 'beschermen' (door middel van compensatie).

Schwartz bekritiseert Lessigs keuze voor eigendomsregels aan de hand van drie criteria, aangedragen door Calabresi en Melamed: het aantal betrokken partijen, de transactiekosten en de subjectieve waardering van het beschermde recht. Ten aanzien van het eerste criterium merkt hij op dat de uitwisseling van gegevens zich lijkt af te spelen tussen twee partijen, bijvoorbeeld een service provider en een klant. In werkelijkheid gaat het echter om een veelheid van partijen omdat gegevens vaak worden verhandeld of door anderen worden gebruikt. In welke databestanden de gegevens uiteindelijk terecht komen is voor de klant niet te overzien. Vanuit Europees perspectief kunnen we daar aan toevoegen dat de richtlijn gegevensbescherming secundair en tertiair gebruik van persoonsgegevens in beginsel uitsluit, maar dat de toegestane uitzonderingen op dat verbod legio zijn, terwijl de toestemming die aan de klant wordt gevraagd vaak impliciet of expliciet het gebruik van gegevens voor marketing doeleinden bevat en voor *client relationship management*.

Daarmee zijn we aangekomen bij het tweede criterium, dat van de informatieachterstand. Schwartz merkt op dat zolang de elektronische butler waar Lessig voor pleit niet op grote schaal wordt gebruikt, klanten geen zicht hebben op de wijze waarop organisaties omgaan met hun gegevens. Ik

15 Ott & Schaefer 2009, p. 44.

voeg daaraan toe dat Lessig's software wel kan checken of het privacy-beleid zoals vastgelegd in de *privacy policy* van de wederpartij aansluit op de privacy preferenties van de klant, maar niet kan testen of die organisatie zich aan dat beleid houdt.[16] In feite hebben klanten voorafgaand aan hun transactie geen enkel zicht op wat er met hun gegevens kan gebeuren en hoe dat hun verdere levensloop kan beïnvloeden.

Schartz's derde criterium betreft het feit dat wanneer de waardering van de te beschermen aanspraak individueel bepaald wordt en contextafhankelijk is, de voorkeur moet worden gegeven aan eigendomsregels. Hoewel ook hier op het eerste gezicht evident sprake is van subjectieve voorkeuren (privacy als persoonlijke smaak) speelt juist bij de uitwisseling van persoonsgegevens de waardering die anderen daaraan geven een doorslaggevende rol. Het meest evidente voorbeeld dat zich inmiddels opdringt is de rol die reputatie speelt in online sociale netwerken: de uitwisseling van gegevens wordt gestuurd door de hoop op een goede reputatie (of een *cool image*).[17] De idee dat gebruikers uiteindelijk zelf kunnen kiezen welk type reputatie ze willen ontwikkelen lijkt gebaseerd op een naïeve notie van individuele ontplooiing; juist omdat jongeren zich moeilijk kunnen onttrekken aan de sociale druk van hun *peer group* gaan ze over tot het uitwisselen van intimiteiten waar zij op een later moment wel degelijk spijt van kunnen krijgen. Op het moment dat de gebruiker ontdekt dat al die persoonlijke exhibitie ook door toekomstige werkgevers of door de belastingdienst, de politie of verzekeringsmaatschappijen kan worden bekeken, wordt duidelijk dat de waardering van de beschermde aanspraak geen hoogste individuele kwestie is. Schwartz behandelt onder het derde criterium ook de ongelijke onderhandelingsmacht van partijen, die ertoe kan leiden dat iemand een vrijwillige transactie aangaat bij gebrek aan beter (monopolievorming bij de aanbieder). Ook dat pleit volgens hem voor een aansprakelijkheidsregime in plaats van eigendomsregels, dan wel voor een gemengd regime. De Richtlijn Gegevensbescherming kan in die zin een gemengd regime worden genoemd, nu art. 23 de verantwoordelijke gegevensverwerker aansprakelijk stelt voor schade geleden bij aantasting van de aanspraken die door de Richtlijn worden beschermd.

Samenvattend kom ik met Schwartz tot de conclusie dat de markt voor persoonsgegevens om allerlei redenen een falende markt is, die vraagt om andere oplossingen dan het toekennen van eigendomsrechten. Een van de problemen van het model van Calabresi en Melamed in deze context is bovendien dat voor zover zij de voorkeur geven aan bescherming door aansprakelijkheid (dus achteraf) in plaats van eigendomsregels, ook die aanspraak eerst moet worden gecommodificeerd om in het model te passen.

16 De technische bescherming waar Lessig voor pleit is om die reden van veel kanten bekritiseerd. Voor een overzicht van *transparency enhancing tools* (TETs) zie Hildebrandt 2009.

17 Over de invloed van sociale netwerken op de *digital natives* zie bijvoorbeeld Tapscott 2009.

Ook de onvervreemdbare aanspraken moeten als rekeneenheid worden gekwalificeerd om er in het model mee te kunnen werken. Dit is eigen aan rechtseconomische modellen en op zich geen probleem. Op het moment dat de aanspraak betrekking heeft op een goed dat zich per definitie aan commodificatie onttrekt, biedt zo'n model echter geen uitkomst.[18]

Privacy als privaat belang en als *public good*

Een reden om goed kennis te nemen van de tekst van Schwartz is de manier waarop hij het privacy-begrip bekritiseert dat ten grondslag ligt aan Lessigs analyse.[19] Dat opent de mogelijkheid om naast een interne kritiek (eigendomsregels werken niet vanwege marktfalen) ook een externe kritiek te ontwikkelen (privacy leent zich niet onder alle omstandigheden voor commodificatie). Hoewel Lessig privacy ziet als een belangrijk constitutioneel recht, lijkt hij bij de keuze voor het model van Calabresi en Melamed terug te vallen op een soort methodologisch en normatief individualisme dat precies bij de analyse van privacy rechten problematisch is. Schwartz stelt dan ook voor om privacy niet te begrijpen in termen van de controle die een individu heeft over de eigen persoonsgegevens maar als een waarde die constitutief is voor rechtsstaat en democratie.

Daarmee is privacy niet alleen een privaat belang, dat zich leent voor een calculatie op grond van persoonlijke preferenties, maar ook een *public good* dat tegelijk voorwaarde en product is van een rechtsstatelijke democratie.[20] Het recht op informationele zelfbeschikking dat Lessig voorstaat, betreft privacy als privaat belang, waarmee vanuit een rechtseconomische benadering 'gerekend' kan worden. Hiertegenover staat de benadering die het Duitse Federale Constitutionele Hof koos in het census-arrest van 1983. Het Hof kwalificeert de aanspraak als het grondrecht (en persoonlijkheidsrecht) van informationele zelfbeschikking,[21] en baseert zich daarbij onder meer op het onvervreemdbare grondrecht van de menselijke waardigheid (art. 1 van de Duitse Grondwet). In beide gevallen is het zelfbeschikkings-

18 Rechtseconomen zullen niet snel toegeven dat er juridisch relevante aanspraken zijn die niet via een *tertium comparationis* als geld, nut of preferenties in het model kunnen worden opgenomen, zie de manier waarop Kerkmeester (1999) en Uler (1999) met dit type kritiek omgaan (zij relativeren het uitgangspunt zonder het op te geven).

19 Zie ook Solove (2002) voor een pragmatische benadering van het privacy begrip en Nissenbaum (2004) voor het conceptualiseren van privacy als 'contextuele integriteit'.

20 Ik heb dat op verschillende plaatsen elders uitgewerkt, zie bijvoorbeeld Hildebrandt 2006 en 2008b. Vgl. het WRR rapport over mondig burgerschap, dat niet alleen de vooronderstelling maar ook de opdracht en het product is van een duurzame democratie (Van Gunsteren 1992).

21 BVerfGE 65, 1 (Uitspraak van het Duitse Federale Constitutionele Hof van 15 december 1983: het census arrest). Beschikbaar via http://www.servat.unibe.ch/law/dfr/bv065001.html.

recht een instrument om een bepaald doel te bereiken. Het rechtseconomische doel is de weg te effenen voor een pareto-optimale situatie, het mensenrechtelijke doel is de bescherming van de menselijke waardigheid.[22] Dat laatste is een *public good* dat zich in beginsel onttrekt aan een denken in termen van geaggregeerde preferenties.[23] Schwartz komt met drie argumenten om privacy niet alleen te bekijken op basis van het methodologisch individualisme dat de grenzen bepaalt van een rechtseconomische analyse.

Om te beginnen lijkt Lessig's individualistische privacy paradigma blind te zijn voor de implicaties van dataverzameling en -aggregatie, data-analyse en individuele en groeps-profilering voor de constructie van persoonlijke identiteit. Persoonlijke preferenties staan niet los van de mogelijkheden die de omgeving biedt om preferenties te ontwikkelen, het zijn geen onafhankelijke variabelen. Agre en Rotenberg definiëren het recht op privacy als: "the freedom from unreasonable constraints on the construction of one's own identity." [24]

Daarmee erkennen zij het verband tussen de negatieve vrijheid (*vrijheid van* externe inperkingen) en de positieve vrijheid (*vrijheid om* een eigen identiteit de ontwikkelen),[25] en benadrukken aldus het constitutieve karakter van privacy voor de ontwikkeling van een mondig burgerschap. De tsunami aan op zichzelf genomen triviale gegevens die in databestanden zijn opgeslagen, maakt dankzij geavanceerde data-analysetechnieken een verfijnde categorisering mogelijk van consumenten, terwijl die categorisering voor henzelf verborgen blijft. Dit maakt een subliminale – onbewuste – beïnvloeding mogelijk, die afbreuk doet aan de idee van mondig burgerschap. De gevaren die hieraan verbonden zijn ziet Schwartz vooral als bedreigingen van de gelijkheid en de autonomie van burgers. De gelijkheid komt in gevaar omdat organisaties die gebruik maken van profileringstechnieken kennis in huis hebben waarmee zij (potentiele) klanten kunnen categoriseren. Dat biedt interessante mogelijkheden voor prijsdiscriminatie en manipulatie.[26] Daarmee is tegelijkertijd de autonomie van de klant in gevaar, die niet kan achterhalen waarom zij een bepaald aanbod wel of niet krijgt.

Stel dat profileringsoftware uit mijn surfgedrag afleidt dat ik op het punt sta om vegetariër te worden en deze informatie verkoopt aan bedrijven die

---

22 Deze opvatting leidt dan ook tot BverfGE 120, 274 (Uitspraak van het Duitse Federale Constitutionele Hof van 27 februari 2008: grondrecht op computerbescherming) waar het Hof een grondrecht afleidt op de vertrouwelijkheid en de integriteit van informatietechnologiesystemen.

23 Binnen de economische wetenschappen en de speltheorie wordt een *public good* gedefinieerd in termen van *nonrivalrousness* en *nonexcludability*, zie Stiglitz 1999. Het gaat mij eerder om waarden en belangen (aanspraken) die niet als geaggregeerde preferenties begrepen kunnen worden, bijvoorbeeld omdat ze de *incentive* structuur bepalen die preferenties mogelijk maken en mede bepalen.

24 Agre & Rotenberg (2001), p. 7.

25 Berlin (1958) 1969.

26 Zie over privacy, data analyse en prijsdiscriminatie Odlyzko 2003.

er belang bij hebben dat ik vlees blijf consumeren.[27] Gedurende enige maanden ontvang ik regelmatig kortingen en gratis aanbiedingen van vlees, maar ik zie ook 'banners' op mijn scherm als ik de *New York Times* lees, die naar wetenschappelijk onderzoek verwijzen dat de voordelen van het eten van vlees bevestigt. Allemaal geen probleem zolang ik maar doorheb dat hier een poging wordt ondernomen mijn toekomstig gedrag te beïnvloeden. Dat is echter niet het geval. De profielen op grond waarvan mijn plan om vleesloos te gaan eten is 'voorzien' zijn niet verkregen uit mijn eigen persoonsgegevens. Deze profielen komen voort uit complexe data-analyses van een enorme populatie internetgebruikers. Het toenemende gebruik van profileringstechnologieën sluit uit dat ik hoe dan ook zou kunnen overzien met wat voor profielen mijn data *matchen*; ik heb dus geen idee op grond waarvan ik aanbiedingen krijg en welke *advertorials* specifiek op mij zijn gericht.[28]

De tweede en derde reden om privacy niet vanuit een individualistisch paradigma te begrijpen, hangen samen met het feit dat de samenleving om velerlei redenen toegang nodig heeft tot persoonsgegevens om te kunnen functioneren. De idee dat individuele burgers die toegang te allen tijden kunnen blokkeren zonder rekening te houden met publieke belangen gaat volgens Schwartz in tegen de kerntaak van *information privacy law* ofwel het recht inzake gegevensbescherming. Die kerntaak bestaat niet zozeer uit de bescherming van individuele voorkeuren om informatie achter te houden, maar uit het reguleren en inperken van de toegang tot persoonsgegevens. Schwartz wijst op de informatieplichten die de welvaartsstaat oplegt aan degenen die van haar inkomensherverdeling profiteren en op de toegang tot informatie die noodzakelijk is in een open democratische rechtsorde. Als derde argument om privacy niet alleen vanuit de individuele burger te begrijpen, wijst hij ten slotte op de noodzaak van de registratie van persoonsgegevens in publieke registers die de economische efficiëntie (lage transactiekosten) bevordert binnen een markteconomie (denk aan de burgerlijke stand, het kadaster, het handelsregister).

In plaats van een eenzijdige nadruk op individuele controle over persoonsgegevens stelt Schwartz voor privacy te begrijpen als een constitutieve waarde die participatie aan de publieke zaak en vrijheid van vereniging veilig stelt in een vrije samenleving. Door te spreken van een constitutieve waarde geeft hij al aan dat privacy en democratie niet in een puur instrumentele

27 Het voorbeeld is mijn variant en verdere uitwerking van een voorbeeld van Zarsky (2002-2003). Ook Zarsky meent dat de gevaren van profiling kunnen worden samengevat als inbreuk op de autonomie en afbreuk aan non-discriminatie. Lessig zelf signaleerde dit soort gevaren al in Lessig 1999, hoofdstuk 11 (zonder ze echter op deze manier samen te vatten).

28 Over de invloed van profileringtechnieken op rechtsstaat en democratie Hildebrandt 2008b. Over *behavioural advertising* zie Gray, Zeggane & Maxwell 2008.

doel-middel-verhouding staan.[29] Dat kan verklaren waarom commodificatie een hachelijke zaak is. Het methodologisch en normatief individualisme van Lessig veronderstelt dat doelen en middelen neutraal zijn en als onafhankelijke variabelen in het model passen. Voorzover privacy echter constitutief is voor een duurzame en vitale democratie, belichaamt privacy een waarde die niet restloos opgaat in haar instrumentaliteit; privacy is niet alleen middel maar ook doel in zichzelf.

Anderzijds kan rechtsstatelijke democratie niet goed begrepen worden zonder daar de privacy bij te betrekken; privacy maakt deel uit van de idee en de praktijk van de rechtsstaat. Privacy is geen 'natuurlijk' attribuut waar mensen mee geboren worden, maar een historisch artefact dat mede ten grondslag ligt aan de veerkracht en het weerstandsvermogen van de democratische rechtsstaat. Hoewel ik meen dat privacy wel degelijk een privaat belang is van individuele burgers, dat ook vóór het ontstaan van democratie en rechtsstaat en in andere typen samenlevingen een belangrijke rol speelt,[30] is het daarnaast een belangrijk *public good* dat een ander type bescherming vereist dan wanneer het als privaat belang geldt. De mate waarin privacy onderhandelbaar is, verschilt bijvoorbeeld naar gelang het als een persoonlijke preferentie wordt gezien dan wel als voorwaarde voor een duurzame democratie. In dat laatste geval zal er een ondergrens zijn aan de bevoegdheid om handel te drijven met de eigen privacy. Die ondergrens valt niet samen met de mate waarin privacy onvervreemdbaar zou moeten zijn. Onvervreemdbaarheid veronderstelt dat privacy een attribuut of bezitting is van een persoon. Privacy is echter een relationeel goed, of het nu om een privaat belang of een *public good* gaat. In beide gevallen gaat het niet zozeer om *concealment of information*, zoals bijvoorbeeld Posner meent,[31] maar om het vermogen te onderhandelen over de grenzen tussen zelf en omgeving, zoals bijvoorbeeld Nagel verwoordt in zijn pleidooi voor *reticence* in het tijdperk van *exposure*.[32]

In die zin is privacy tegelijk meer en minder dan gegevensbescherming. Hoewel het uitwisselen van gegevens wel een rol kan spelen bij het trekken van grenzen tussen zelf en omgeving, kan privacy niet zonder meer worden gereduceerd tot controle over de eigen persoonsgegevens. Privacy is meer, omdat controle over de eigen gegevens pas betekenis krijgt als het gebruikers in staat stelt om hun identiteit(en) te ontwikkelen in onderscheiden contexten, door te anticiperen op de manier waarop de omgeving de verstrekte of gelekte gegevens 'leest'. Privacy ziet bovendien op veel meer dan gedigitaliseerde gegevens, het gaat bij privacy ook om de fysieke en psychische

29 Voor een klassieke bespreking van de constitutieve verhouding tussen middel en doel, zie de Amerikaanse pragmatist Dewey 1967.

30 Altman 1975.

31 Posner 1981.

32 Dat betekent dat Thomas Nagel's betoog (1998) dat privacy een zekere *concealment of the self* mogelijk maakt en bescherming biedt tegen *exposure* wel hout snijdt. Anders dan Posner ontwikkelt Nagel een relationeel begrip van privacy.

ruimte die mensen elkaar al dan niet laten. In die zin heeft privacy ook te maken met de uitoefening van macht en hoewel het verwerken van persoonsgegevens daarmee verweven kan zijn, is er veel meer in het spel.

Privacy is ook minder, omdat gegevensbescherming niet alleen de privacy beoogt te beschermen maar ook het vrije verkeer van gegevens mogelijk wil maken.[33] Bij gegevensbescherming gaat het dan ook niet om wat Calabresi en Melamed een onvervreemdbaar recht noemen, want het staat individuen in beginsel vrij om hun persoonsgegevens in ruil voor toegang of korting uit te wisselen. Ott en Schaefer delen zelfs het algemene privacyrecht van art. 8 EVRM als persoonlijkheidsrecht in bij de aanspraken die vallen onder de eigendomsregels.[34] Daar is vanuit een interne kritiek wellicht nog wel wat tegen in te brengen, maar belangrijker is om de tegenstelling tussen individuele controle en statelijke interventie die eigen is aan het model van Calabresi en Melamed te toetsen aan de notie van privacy als *public good*. Het zou kunnen zijn dat privacy als *public good* buiten het model valt omdat er een andere visie op de verhouding tussen individu en staat aan ten grondslag ligt. Het gaat dan niet meer om marktfalen maar om de vraag naar de verhouding tussen markt en recht.

Conclusie: wederopstanding van privacy na een falende markt?

In dit hoofdstuk heb ik een interne kritiek beschreven op de commodificatie van privacy als rechtseconomische oplossing voor een falende markt voor persoonsgegevens. Daarnaast heb ik bouwstenen aangedragen voor een externe kritiek op de commodificatie, door de geschiktheid in twijfel te trekken van het rechtseconomisch model van Calabresi en Melamed voor de analyse van privacy in het tijdperk van profileringstechnologie. Doel van deze kritiek is niet om de rechtseconomische analyse als niet ter zake doende terzijde te schuiven. De interne kritiek laat juist zien hoe nuttig het is om vanuit het perspectief van het strategisch rationeel handelende individu te bezien of commodificatie van persoonsgegevens een effectieve bescherming van privacy biedt. De externe kritiek is erop gericht de beperkingen van het model van Calabresi en Melamed zichtbaar te maken, zonder het daarmee bij voorbaat ieder nut te ontzeggen.

Voor zover dat binnen het bestek van deze bijdrage mogelijk is, heb ik geprobeerd de vraag te beantwoorden 'in hoeverre nieuwe ICT infrastructuren tot een vorm van marktfalen kunnen leiden die de effectiviteit en de legitimiteit van rechtsregels aantast'. De manier waarop de bescherming van persoonsgegevens juridisch is georganiseerd, leidt tot marktfalen voor zover

33 Over het onderscheid tussen privacy en data protection zie Gutwirth & De Hert 2008. Mijn eigen visie wijkt daar licht van af, maar belangrijk is om de twee goed te onderscheiden, zie Hildebrandt 2008b.

34 Ott & Schaefer 2009.

de uitwisseling van gegevens plaatsvindt in een omgeving waar volstrekt onzichtbaar is wat door wie met die gegevens wordt gedaan. Daarbij is het vooral van belang dat het data-subject niet weet met welke profielen haar data 'matchen' en tot welke in- en uitsluiting dat kan leiden. Omdat marktfalen in geval van eigendomsregels de rechtsregels hun effectiviteit ontneemt, zouden we volgens het schema van Calabresi en Melamed terug moeten vallen op aansprakelijkheidregels. Echter, de obstakels die tot marktfalen leiden bij eigendomsregels hebben een vergelijkbaar marktfalen tot gevolg in geval van aansprakelijkheidsregels. Burgers hebben immers geen zicht op de manier waarop hun gegevens binnen een bepaald profiel passen en wat de gevolgen daarvan zijn voor hun kredietwaardigheid, verzekeringspremie, kansen op de arbeidsmarkt, status als potentiële verdachte enzovoort en zo verder. Dit raakt niet alleen hun vermogen om ex ante vast te stellen wat hun gegevens hen waard zijn, maar maakt het bovendien moeilijk zo niet onmogelijk om ex post in te schatten, laat staan vast te stellen, welke schade zij mogelijk lijden door aantasting van hun aanspraak op privacy. Voor zover sprake is van marktfalen verliezen de regels van het gegevensbeschermingsrecht hun effectiviteit en daarmee ook hun legitimiteit. Voor zover het beschermende aspect van de Richtlijn Gegevensbescherming het instrumentele aspect legitimeert,[35] vervalt die legitimatie als de bescherming een bepaalde effectiviteitsdrempel niet haalt.

Een niet te onderschatten bijkomend probleem is dat privacy zich niet zonder betekenisverlies laat vertalen in termen van een *commodity* waarmee op een al dan niet falende markt kan worden gehandeld. Privacy is niet alleen een persoonlijk belang dat naar eigen inzicht kan worden verruild voor kortingen of toegang tot bepaalde diensten. Het is ook een relationeel rechtsgoed dat constitutief is voor een rechtsstatelijke democratie. Dat vraagt om een nadere analyse van de verhouding tussen markt, recht en technologie met bijzondere aandacht voor de complexe wisselwerking tussen de drie. Mijn eigen inschatting is dat falende markten baat kunnen hebben bij het inbouwen van adequate bescherming in de technische infrastructuur die de privacy bedreigt.[36] Het zou dan vooral moeten gaan om het ontwerpen van juridische transparantienormen die technisch verankerd worden en het aldus mogelijk maken om te anticiperen op de groepsprofielen waarmee individuele burgers worden beoordeeld. In rechtseconomische termen zou dit de transactiekosten aan de kant van degenen die worden geprofileerd terugdringen en het kennismonopolie van degenen die profiling-technologie gebruiken relativeren. Dat zou kunnen leiden tot een wederopstanding van de privacy, voorzover de burger beter kan inschatten welke persoonsgegevens zij wel of niet wil delen. In een wat bredere context zouden transparan-

35 Vanuit een relationele rechtsopvatting horen rechtsregels zowel een beschermende als een instrumentele dimensie te hebben. Cf. Foqué & 't Hart 1990.

36 Deze mogelijke oplossing gaat het bestek van deze bijdrage te buiten, zie verder Hildebrandt 2008d.

tierechten het machtsevenwicht tussen consument en aanbieders van diensten en tussen burger en overheid kunnen herstellen, waardoor de bescherming van privacy als *public good* weer mogelijk wordt.

Verwijzingen

Agre & Rotenberg 2001
P.E. Agre and M. Rotenberg (eds.) (2001), *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, Massachusetts: MIT.

Altman 1975
I. Altman (1975), *The Environment and Social Behavior. Privacy Personal Space Territory Crowding*, Montery: Brooks/Cole.

Berlin 1958
I. Berlin (1969/1958), 'Two concepts of liberty', in: I. Berlin (ed.), *Four essays on liberty*, Oxford New York: Oxford University Press, p. 118-73

Bouckaert & Degryse 2006
J. Bouckaert and H. Degryse (2006), 'Opt in versus opt out: a free-entry analysis of privacy', *Tilburg University, Center for Economic Research,* Working paper nr. 1831.

Calabresi & Melamed 1972
G. Calabresi and A.D. Melamed (1972), 'Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral', *Harvard Law Review,* 84, p. 1089-128.

Dewey 1967
J. Dewey (1967), 'The Logic of Judgements of Practice', in J.A. Boydston (ed.), *The Middle Works, 1899-1924* (8), Carbondale: Southern Illinois University Press.

Doderer 1953
H. von Doderer (1953), *Die Strudlhofstiege; oder, Melzer und die Tiefe der Jahre*, München: Biederstein Verlag, 908 p.

Foqué & 't Hart 1990
R. Foqué and A.C. 't Hart (1990), *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem Antwerpen: Gouda Quint Kluwer Rechtswetenschappen.

Gray & Maxwell 2008
T. Gray, T. Zeggane and W. Maxwell (2008), 'US and EU Authorities Review Privacy Threats on Social Networking Sites', *Entertainment Law Review,* 19 (4), p. 69-74.

Gutwirth & De Hert 2008
S. Gutwirth and P. De Hert (2008), 'Regulating Profilng in a Democratic Constitutional State', in: M. Hildebrandt and S. Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht: Springer, p. 271-302.

Hildebrandt 2006
M. Hildebrandt (2006), 'Privacy and Identity', in: Erik Claes, Antony Duff, and Serge Gutwirth (eds.), *Privacy and the Criminal Law*, Antwerpen – Oxford: Intersentia, p. 43-58.

Hildebrandt 2008
M. Hildebrandt and S. Gutwirth (eds.) (2008), *Profiling the European Citizen. Cross-disciplinary Perspectives*, Dordrecht: Springer.

Hildebrandt 2008a
Hildebrandt, M. (2008a), 'Profiling and the Rule of Law', *Identity in the Information Society*, (1) 1, p. 55-70, beschikbaar op http://www.springerlink.com/content/467887wtv826j6p4/fulltext.pdf.

Hildebrandt 2008b
M. Hildebrandt (2008b), 'Profiling and the identity of the European citizen', in M. Hildebrandt and S Gutwirth (eds.), Profiling the European citizen. Cross-discplinary perspectives, Dordrecht: Springer, p. 303-326.

Hildebrandt 2008c
M. Hildebrandt (2008c), 'Legal and technological normativity: more (and less) than twin sisters', (12) TECHNÉ (12) 3, p. 169-183.

Hildebrandt 2008d
M. Hildebrandt (2008d), Hildebrandt, Mireille (2008), 'A Vision of Ambient Law', in: R. Brownsword and K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies*, Oxford: Hart, p. 175-191.

Hildebrandt 2009
M. Hildebrandt (ed.) (2009), *Behavioural Biometric Profiling and Transparency Enhancing Tools* (Brussels, the Future of Identity in the Information Society), beschikbaar op http://www.fidis.net/fileadmin/fidis/deliverables/fidis-wp7-del7.12_behavioural-biometric_profiling_and_transparency_enhancing_tools.pdf.

Kerkmeester & Holzhauer 1999
H.O. Kerkmeester and R.W. Holzhauer (1999), *Rechtseconomische annotaties*, Kluwer.

Kerkmeester 1999
H.O. Kerkmeester (1999), 'Methodology: General', in Boudewijn Boeckaert and Gerrit De Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Edward Elgar and the University of Ghent, p. 383-401.

Lessig 1999
L. Lessig (1999), *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books.

Lessig 2006
L. Lessig (2006), *Code Version 2.0*, New York: Basic Books.

Luft 2003
D.S. Luft (2003), *Eros and inwardness in Vienna: Weininger, Musil, Doderer*, Chicago: University of Chicago Press, xiv, 257 p.

Nagel 1998
T. Nagel (1998), 'Concealment and exposure', *Philosphy & Public Affairs,* 27 (1), p. 3-30.

Nissenbaum 2004
H. Nissenbaum (2004), 'Privacy as Contextual Integrity', Washington Law Review, 79, p. 119-158.

Odlyzko 2003
A. Odlyzko (2003), 'Privacy, economics, and price discrimination on the Internet', *Proceedings of the 5th international conference on Electronic commerce*, Pittsburgh, Pennsylvania: ACM.

Ott & Schaefer 2009
C. Ott and H.-B. Schaefer (2009), 'The dichotomy between property rules and liability rules: experiences from Germand law', *Erasmus Law Review,* 1 (3), p. 41-58.

Posner 1981
R.A. Posner (1981), 'The Economics of Privacy', *The American Economic Review,* 71 Papers and Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Economic Association (2), p. 405-409.

Prins 2004
J.E.J. Prins (2004), 'The Propertization of Personal Data and Identites', *Electronic Journal of Comparative Law* 8(3), available at http://www.ejcl.org/.

Solove 2002
D.J. Solove (2002), 'Conceptualizing Privacy', *California Law Review* 90, p. 1087-1156.

Schmidt 2007
A.H.J. Schmidt (2007), 'IT and the judiciary in the Netherlands – A state of affairs', *Computer Law & Security Reports* 23(3), p. 1-8.

Schorske 1981
C.E. Schorske (1981), *Fin-de-siècle Vienna: politics and culture*, 1st Vintage Book edn.; New York: Vintage Books, xxx, 378 p.

Tapscott 2009
D. Tapscott (2009), *Grown up digital: how the net generation is changing your world*, New York: McGraw-Hill xvi, 368 p.

Van Gunsteren 1992
H.R. van Gunsteren (1992), *Eigentijds burgerschap*, 's Gravenhage: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.

Ulen 1999
T.S. Ulen (1999), 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: Jan Bouckaert and Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar and the University of Ghent, p. 790-818.

Zarsky 2002
T.Z. Zarsky (2002-2003), '"Mine Your Own Business!": Making the Case for the Implications of the Data Mining or Personal Information in the Forum of Public Opinion', *Yale Journal of Law & Technology* 5(4), p. 17-47.