

# Wetenschappelijk artikel

## De privacyverklaring als onderdeel van een wederkerige overeenkomst

101

**Trefwoorden:**

privacyverklaring, wederkerige overeenkomst, elektronische handel

Dit artikel reageert op de in P&I 2009-1 verschenen bijdrage van Eric Verhelst: 'De privacyverklaring als overeenkomst. Een analyse van de privacyverklaring binnen het kader van het Burgerlijk Wetboek.'<sup>1</sup> Verhelst stelt in zijn artikel dat deze verklaring ofwel één van twee separate verklaringen is, ofwel de algemene voorwaarden vormt bij de hoofdovereenkomst. Hieraan wordt in dit artikel een derde mogelijkheid toegevoegd, namelijk door de privacyverklaring te zien als onderdeel van een wederkerige overeenkomst. In dit model komt er één overeenkomst tot stand, waarbij een dienst of product wordt geleverd in ruil voor persoonsgegevens.

### 1 Privacy in horizontale verhoudingen

Het recht op privacy werd lange tijd voornamelijk geformuleerd als afweerrecht van de burger tegen de staat. Art. 10 t/m 13 Grondwet geven de burger het recht om de persoonlijke levenssfeer, het lichaam, de privéwoning en het briefgeheim te beschermen tegen staatsinmenging. Dat het privacyrecht voornamelijk bescherming bood tegen overheidsingrijpen lag voor de hand, aangezien de grootste dreiging voor de privacy lange tijd uitging van een te ruim ingezette staatsmacht. Naast deze verticale verhouding spelen echter de horizontale verhoudingen bij de bescherming van privacy een steeds grotere rol. Nieuwe technologieën stellen burgers en bedrijven in staat informatie te verzamelen en op eenvoudige wijze te verspreiden. Zoekmachines als Google en sociale netwerksites als Facebook bestaan bij de gratie van informatievergaring en -doorvoer. De hoeveelheid

informatie die deze in databases opslaan en beschikbaar stellen aan derden vormt een steeds grotere bedreiging voor de privacy.<sup>2</sup>

Door een toenemend aantal schrijvers wordt betwist of privacy als afweerrecht een adequate bescherming kan bieden in deze horizontale verhoudingen. Zij formuleren het recht op privacy niet langer als een afweerrecht, maar als een eigendomsrecht.<sup>3</sup> Persoonsgegevens worden als eigendom van het individu beschouwd aangezien zij betrekking hebben op of afkomstig zijn van het lichaam of de geest van het individu. Aangezien het individu eigenaar is van zijn lichaam en geest vallen ook de vruchten daarvan onder zijn eigendomsrecht. Door deze formulering verschuift de kern van het privacyrecht van bescherming naar zelfbeschikking. Het eigendomsrecht op persoonsgegevens stelt het individu in staat zichzelf te beschermen tegen privacyinbreuken door bepaalde gegevens niet te verstrekken aan derden, maar ook om economische activiteiten te ontplooiën met deze, voor veel bedrijven waardevolle, informatie.

### 2 De privacyverklaring als onderdeel van een wederkerige overeenkomst

Verhelst maakt in zijn artikel een onderscheid tussen drie situaties waarbij de internetgebruiker persoonsgegevens verstrekt aan internetdiensten. Situaties 1 en 2 vormen de precontractuele fase waarbij in situatie 1 de internetgebruiker slechts een website bezoekt en nauwelijks informatie achterlaat terwijl hij in situatie 2 een aantal gegevens achterlaat door het gebruik van webformulieren, chatsessies, het aanvragen van een offerte of anderszins. In situatie 3 tekent de gebruiker een contract waarvan de privacyverklaring deel uitmaakt. Verhelst stelt dat '[...] de persoonsgegevens met name [zullen] worden verwerkt ter uitvoering van de tussen de verantwoordelijke en consumenten afgesloten overeenkomst

\* Bart van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatie Recht (IVIR) van de UvA. Hij doet onderzoek naar privacy in horizontale verhoudingen.

1 E.W. Verhelst, 'De privacyverklaring als overeenkomst. Een analyse van de privacyverklaring binnen het kader van het Burgerlijk Wetboek' P&I 2009-1.

2 De Europese Commissie heeft onlangs de campagne 'Think before you post!' gelanceerd om dit probleem aan te kaarten. <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/22&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en#footnote-1>>.

3 Voor enkele belangrijke discussies omtrent 'commodified privacy': Paul Schwartz, 'Property, Privacy, and Personal Data', *Harvard Law Review* Vol. 117, No. 7. Jerry Kang, 'Information Privacy in Cyberspace Transactions', *Stanford Law Review* Vol. 50, No. 4. Pamela Samuelson, 'Privacy As Intellectual Property?', *Stanford Law Review* Vol. 52, No. 5. Zie ook recent nog: Egbert Dommering, 'Privacy als het zelfbeschikingsrecht van de 21e eeuw' *Mediaforum* 2009, nr. 11/12.

voor het leveren van de dienst en/of product'.<sup>4</sup> Deze situatie, hier (3a) genoemd, vormt een adequate beschrijving van de privacyverklaringen van internetdiensten zoals onlinewinkels. De persoonsgegevens worden door hen opgeslagen om het bestelde product te kunnen leveren en mogelijk om een persoonsprofiel aan te maken om zodoende bepaalde producten onder de aandacht van de consument te brengen. De inkomsten van dergelijke bedrijven liggen in de verkoop van producten; persoonsgegevens zijn slechts noodzakelijk voor het leveren van producten en het verbeteren van de service.

Een andere situatie, hier (3b) genoemd, wordt echter gevormd door de privacyverklaring van bedrijven die hun diensten gratis aanbieden, zoals Facebook, dat in dit artikel als voorbeeld zal fungeren.<sup>5</sup> Voor deze bedrijven is informatie niet alleen een middel om hun dienst te optimaliseren, maar vormt het de primaire bron van inkomsten. Facebook verzamelt informatie en verkoopt deze door aan derden. In de privacyverklaring van Facebook valt onder andere te lezen: 'We allow advertisers to choose the characteristics of users who will see their advertisements and we may use any of the non-personally identifiable attributes we have collected (including information you may have decided not to show to other users, such as your birth year or other sensitive personal information or preferences) to select the appropriate audience for those advertisements.'<sup>6</sup> De privacyverklaring, waarin de gebruiker Facebook het recht geeft om informatie van de gebruiker te verzamelen, op te slaan en door te verkopen, vormt derhalve niet zozeer de algemene voorwaarden bij de hoofdovereenkomst, maar is zelf de kern van de overeenkomst. De overeenkomst is dat Facebook een dienst levert in ruil voor informatie van de gebruiker. Facebook kan zijn dienst gratis leveren, omdat het inkomsten vergaart via de doorverkoop van deze informatie. De overeenkomst die in situatie 3b tot stand komt, laat zich dan ook het best beschrijven als een wederkerige overeenkomst. De persoonsgegevens van de gebruiker worden als economisch goed verhandeld tegen een ander economisch goed, namelijk de sociale netwerkdienst.

### 3 Bescherming van de gebruiker

Art. 6:261 BW regelt de wederkerige overeenkomst. Indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt kan een overeenkomst wederkerig worden genoemd. Beide partijen worden derhalve zowel schuldeiser als schuldenaar van een prestatie. De gebruiker van de sociale netwerkdienst levert zijn persoonsgegevens in ruil voor het gebruik van

de dienst en de leverancier levert de dienst in ruil voor het gebruik van de persoonsgegevens. De gebruiker van de dienst kan door deze dubbele positie op twee wijzen worden beschermd.

Ten eerste wordt de gebruiker van de dienst beschermd tegen oneerlijke handelspraktijken aan de kant van de leverancier. Deze bescherming is onder andere neergelegd in een Europese richtlijn<sup>7</sup> en het BW. De bescherming die het BW in deze situatie biedt heeft Verhelst in zijn artikel helder uiteengezet. De bescherming van de consument kan onder andere geschieden door ontbinding van het contract op grond van het niet voldoen aan de informatieplicht door de leverancier en door vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling aan de zijde van de consument.

Daarnaast biedt het model van de wederkerige overeenkomst echter een nieuwe beschermingsmogelijkheid. De kerngedachte van het privacyrecht als zelfbeschikingsrecht is dat de eigenaar van persoonsgegevens in staat wordt geacht om zichzelf te beschermen tegen privacyinbreuken door zijn gegevens niet of slechts gedeeltelijk aan derden te verstrekken. Echter, ook de gebruiker die, al dan niet bewust, vrijwillig afstand doet van persoonsgegevens kan tegen zichzelf in bescherming worden genomen. Aan de contractvrijheid zijn immers begrenzingsen. Zo formuleert art. 3:40 BW dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig is. Zo kan een persoon zichzelf niet in slavernij verkopen, ook al geschiedt een dergelijke overeenkomst op basis van vrijwilligheid. Het lichaam geldt als onvervreemdbaar bezit van de mens en mag niet worden verkocht.

Een steeds vaker en luider gehoorde kritiek op privacyovereenkomsten betreft hun vaak zeer vergaande strekking. De overeenkomst van Facebook bepaalt bijvoorbeeld dat Facebook een 'non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide license' verkrijgt rustend op alle informatie verspreid via Facebook waarop intellectueel eigendom van de gebruiker rust.<sup>8</sup> Naar analogie met het onvervreembare bezit op het lichaam zouden privégegevens die als essentieel voor de menselijke waardigheid worden beschouwd tot onvervreemdbaar kunnen worden verklaard. Daarbij vormt een aanknopingspunt art. 16 Wet bescherming persoonsgegevens dat het uitgangspunt formuleert dat het behoudens uitzonderingen verboden is de verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, het lidmaatschap van een vakvereniging en strafrechtelijke persoonsgegevens.

Op basis van het onderscheid tussen het verstrekken van gevoelige persoonsgegevens en overige informatie

4 E.W. Verhelst, a.w., p. 19.

5 Facebook trekt sinds kort meer bezoekers dan Google. <[http://weblogs.hitwise.com/heather-dougherty/2010/03/facebook\\_reaches\\_top\\_ranking\\_i.html?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+hitwise%2Fus+%28Hitwise+Intelligence+US%29](http://weblogs.hitwise.com/heather-dougherty/2010/03/facebook_reaches_top_ranking_i.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+hitwise%2Fus+%28Hitwise+Intelligence+US%29)>.

6 <<http://nl-nl.facebook.com/policy.php>>.

7 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken'). *PbEG* 2005, L 149/11-06-2005, p. 0022-0039.

8 <[www.facebook.com/terms.php](http://www.facebook.com/terms.php)> Deze verklaring geeft uitleg over en nadere specificaties van de privacyovereenkomst.

kan een overeenkomst waarin Facebook zich het recht toe-eigent om gevoelige persoonsgegevens te exploiteren nietig worden verklaard. Deze gegevens mogen slechts worden gebruikt ter verificatie van leeftijd, identiteit en postadres, zodat het contract op een juiste wijze tot stand kan komen. De gebruiker doet geen afstand van het recht op de gevoelige persoonsgegevens ten behoeve van een derdepartij en behoudt hierdoor de volledige heerschappij over zijn privégegevens. Door een overeenkomst waarin een consument afstand doet van bepaalde rechten op gevoelige persoonsgegevens nietig te verklaren wordt de consument tegen zichzelf in bescherming genomen. Aangezien voornamelijk zwakkere groepen in de samenleving een risicocategorie vormen, doordat de privacyovereenkomst lastig leesbaar is of zij de gevolgen ervan niet goed kunnen overzien, vormt dit een welkome extra beschermingsconstructie.<sup>9</sup>

#### 4 Verplichtingen van de gebruiker

Deze extra bescherming heeft echter ook een keerzijde. Zo zal de dienstleverancier eisen dat de verstrekte informatie ook correct is. Dienstleveranciers wier inkomsten bestaan uit de doorverkoop van persoonsgegevens aan adverteerders zijn vrijwel uitsluitend geïnteresseerd in correcte informatie aangezien advertenties in toenemende mate op het persoonsprofiel van de gebruiker worden toegespitst. Een correct profiel van de persoon is derhalve essentieel voor de waarde van de gegevens die de dienstleverancier doorverkoopt aan derden. De vraag is echter of de dienstleverancier ook juridisch kan afdwingen dat de verstrekte informatie waarheidsgetrouw is. Er moet daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen twee categorieën informatie.

De eerste categorie betreft informatie die de gebruiker wegens de privacyverklaring verplicht is aan Facebook te verstrekken. Het betreft de naam, het geslacht, de geboortedatum en het e-mailadres van de gebruiker. Deze gegevens zijn noodzakelijk voor afsluiten van de overeenkomst. Een correcte identiteit is vereist voor het juist tot stand komen van de overeenkomst en het postadres is noodzakelijk voor het versturen en het bevestigen van de overeenkomst. Bij het incorrect verstrekken van de leeftijd van 12-jarigen of jonger kan Facebook zich op dwaling, art. 6:228 BW, of bedrog, art. 3:44 lid 3 BW, beroepen aangezien het geen overeenkomst aangaat met kinderen jonger dan 13 jaar en de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen als Facebook de correcte gegevens had verkregen. De gebruiker is derhalve verplicht deze informatie conform de waarheid te verstrekken, dat zou hij echter ook zijn indien de privacyverklaring niet als onderdeel van een wederkerige overeenkomst wordt gezien.

De tweede categorie, verreweg de grootste groep, betreft informatie die de gebruiker vrijwillig aan Facebook

verstrekt.<sup>10</sup> Deze informatieverstrekking vindt bijvoorbeeld plaats door het plaatsen van berichten, foto's en filmpjes. Deze informatie is niet contractueel gekwantificeerd, wel is vastgelegd dat Facebook deze gegevens mag opslaan, verwerken en doorverkopen. Aangezien de overdracht ten aanzien van het recht op het intellectueel eigendom van deze informatie, dat als vermogensrecht een goed is in de zin van art. 3:1 BW, onderdeel is van de overeenkomst ligt de vraag voor of Facebook kan eisen dat de informatie correct wordt verstrekt.

Ten eerste is van belang of het hier gaat om de levering van een toekomstig goed. Het overgrote deel van de foto's, filmpjes en berichten die op Facebook worden geplaatst bestaat immers nog niet op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. Het zijn derhalve absoluut toekomstige goederen. Art. 3:97 BW stelt dat toekomstige goederen bij voorbaat kunnen worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken. Dit verbod roept de vraag op naar de bepaalbaarheid van het goed. Asser stelt daarover: 'Omdat volgens art. 3:97 lid 1 niet voor overdracht vatbaar zijn goederen die niet het onderwerp van een overeenkomst kunnen zijn, zou men kunnen betogen dat niet geldig is de levering van goederen die niet bepaalbaar zijn. De verbintenissen die partijen bij een overeenkomst op zich nemen moeten immers volgens art. 6:227 bepaalbaar zijn. [...] Dit betekent dat men aan de hand van de overeenkomst moet kunnen vaststellen tot levering van welke toekomstige zaken de vervreemder zich bij de overeenkomst heeft verbonden. Ongeldig zou dan zijn de overeenkomst waarbij iemand, zonder nadere omschrijving, de zaken verkoopt die hij in de toekomst verwacht te verkrijgen. Overdracht van dergelijke zaken zou dus evenmin mogelijk zijn.'<sup>11</sup> Aan de hand van de wetsgeschiedenis valt echter af te leiden dat een toekomstig goed voldoende bepaalbaar is als het naderhand, ten tijde van de levering, voldoende bepaalbaar is. Dit zal in het geval van Facebook in de meeste gevallen opgaan. Toch zal een beroep op dit artikel niet slagen aangezien de gebruiker van Facebook zich niet heeft vastgelegd om deze toekomstige goederen te leveren. Hij doet dit op basis van vrijwilligheid. Het leveren van deze informatie valt derhalve buiten zijn contractuele verplichtingen.

Veeleer gaat het hier om een kwaliteitsverplichting die Facebook stelt ten aanzien van de geleverde informatie. Deze verplichting houdt in dat indien de gebruiker niet verplichte informatie verstrekt, deze informatie waarheidsgetrouw moet zijn. Een dergelijke contractuele verplichting zal echter stranden op het nietigheidsgebod. Art. 3:40 BW bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig is. Een verplichting om de waarheid en niets dan de waarheid te spreken op een creatief platform als Facebook zal in strijd met de goede zeden moeten worden geacht.

9 Zo is de 'Think before you post!'-campagne voornamelijk gericht op bewustwording bij kinderen.

10 Facebook stelt in de privacyovereenkomst ook het recht te hebben om informatie te vergaren via facebook-vrienden en via andere informatiebronnen. <[www.facebook.com/policy.php](http://www.facebook.com/policy.php)>

11 Asser/Mijnssen/De Haan, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001 (3-1), nr. 226.

Tot slot zal ook een beroep op dwaling, art. 6:228 BW, of bedrog, art. 3:44 lid 3 BW, stranden. Beide artikelen regelen het geval waarin foutief verstrekte informatie heeft geleid tot het tot stand komen van een contract dat bij de juiste voorstelling van zaken niet gesloten zou zijn. Het betreft bij categorie 2 echter geen informatie op basis waarvan het contract tot stand komt, dat zijn de gegevens die hier in categorie 1 zijn vermeld. Ook zal het niet zo zijn dat Facebook geen overeenkomst zou zijn aangegaan met mensen waarvan zij wist dat dezen niet verplichte informatie ten dele foutief zouden verstrekken. Facebook gaat immers ook contracten aan met gebruikers die geen informatie verstrekken. Het ligt niet voor de hand dat Facebook wel een contract tekent met een persoon die na registratie geen gebruik maakt van de dienst en derhalve geen verdere informatie verstrekt, maar niet met iemand die ten dele gemanipuleerde informatie verstrekt. Er zullen maar weinig gebruikers van Facebook zijn die op zodanig systematische wijze verkeerde informatie verstrekken dat het persoonsprofiel voor adverteerders zijn waarde in het geheel verliest.<sup>12</sup>

bescherming zonder hem extra verplichtingen op te leggen.

## 5 Conclusie

De horizontale verhoudingen spelen in toenemende mate een belangrijke rol bij de bescherming van privacy. Voor deze verhoudingen wordt door een aantal auteurs het recht op privacy als afweerrecht ongeschikt geacht voor een adequate bescherming van het individu. Zij formuleren het recht op privacy als een eigendoms- en zelfbeschikkingsrecht. Dit stelt het individu in staat om zichzelf te beschermen tegen ongewenste inbreuken en om economische activiteiten te ontplooiën met zijn persoonsgegevens. Deze visie op persoonsgegevens als eigendom met mogelijke economische waarde vormt een adequaat uitgangspunt voor de beschrijving van de privacyovereenkomst van gratis internetdiensten als Facebook. Zij leveren diensten in ruil voor persoonsgegevens. Facebook verkoopt deze gegevens door aan derden. De overeenkomst die tussen Facebook en de gebruiker tot stand komt laat zich dan ook het best beschrijven als een wederkerige overeenkomst. Zo geformuleerd biedt de overeenkomst de gebruiker van de dienst een extra bescherming doordat hij niet alleen als consument maar ook als leverancier wordt beschermd. Zo wordt hij niet alleen beschermd tegen oneerlijke handelspraktijken, maar kan hij ook tegen zichzelf in bescherming worden genomen bij vervreemding van essentiële privégegevens. Daarnaast rust de verplichting van de gebruiker om de verstrekte gegevens conform de waarheid te leveren slechts op een zeer summier gedeelte van de verstrekte informatie en niet op het gedeelte van de gegevens dat vrijwillig wordt verstrekt. In sommige situaties kan de privacyverklaring derhalve beter als onderdeel van een wederkerige overeenkomst worden omschreven dan als een eenzijdige overeenkomst en bovendien biedt deze opvatting de gebruiker van een internetdienst een extra

<sup>12</sup> Gross & Acquisti, *Information Revelation and Privacy in Online Social Networks (The Facebook case)*, stellen dat slechts een relatief klein percentage van de gebruikers foutieve informatie geeft. 12% van de gebruikers plaatst 'Joke Images' en 8% geeft onechte namen op.