

De economische wenselijkheid van eigendomsrechten over persoonsgegevens

Met de voortgaande ontwikkeling van digitale technologie neemt de registratie van menselijk gedrag toe, en daarmee de waarde van persoonsgegevens als productiemiddel. Toch bestaan er hiervoor geen wettelijke eigendomsrechten, zoals die voor andere immateriële goederen wel bestaan. Zou dat anders moeten zijn?

GELIJN WERNER

Senior beleidsmedewerker bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK)

ANDOR VAN DONGEN

Senior beleidsmedewerker bij EZK

GEERTJAN HOLTROP

Senior beleidsmedewerker bij EZK

De afgelopen decennia zijn data economisch relevanter geworden als productiemiddel (Camps, 2018). Dit geldt met name voor persoonsgegevens (AP, 2018): gegevens die over iemand gaan of naar die persoon zijn te herleiden, zoals gedefinieerd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Deze gegevens kunnen een naam, adres of sofnummer zijn, maar ook bijvoorbeeld informatie over koop-, zoek- of rijgedrag. De grote economische relevantie van persoonsgegevens is het gevolg van de sterk toegenomen registratie van gebruikersgedrag op internet (denk aan zoekmachines en sociale media) en online verbonden apparatuur (denk aan auto's en slimme energiemeters). De waarde van deze persoonsgegevens blijkt bijvoorbeeld uit de enorme groei van de markt voor gerichte advertenties, de invloed van privacywetgeving op de effectiviteit van advertenties (Goldfarb en Tucker, 2011), gepersonaliseerde diensten zoals gps-gestuurde navigatiehulp, productaanbevelingen en nieuwsfeeds, en uit het belang van data voor toepassingen van kunstmatige intelligentie op vlakken als zelfrijdende auto's en spraakherkenning (Cockburn et al., 2017).

De markteconomie functioneert doorgaans beter met wettelijke eigendomsrechten (hierna: 'eigendomsrechten'). Dit geldt zowel voor materiële goederen, via formeel eigendomsrecht in het burgerlijk wetboek, als voor immateriële goederen, via diverse intellectuele eigendomsrechten. Zo stimuleert de bescherming van merken en uitvindingen door respectievelijk het merkenrecht en het octrooirecht

de productie van deze goederen. Een commerciële softwareontwikkelaar of geneesmiddelenbedrijf zal door het verkregen tijdelijke alleenrecht op de baten immers meer investeren in de ontwikkeling van nieuwe producten.

Maar voor data in het algemeen en persoonsgegevens in het bijzonder bestaan er geen directe eigendomsrechten, noch voor de personen op wie de gegevens betrekking hebben en noch voor de partijen die deze gegevens verzamelen. Mogelijk schaadt dit het vertrouwen van individuen om deel te nemen aan activiteiten waarbij er dataverzameling plaatsvindt, of schaadt het de investeringen van bedrijven in het verzamelen van data. Verschillende journalisten, economen en juristen suggereren of bepleiten ook eigendomsrechten over persoonsgegevens (Bouman, 2018; Cockburn et al., 2017; Posner en Weyl, 2018; Purtova, 2011; Tjong Tjin Tai, 2015). De vraag is of overheidsingrijpen in de vorm van eigendomsrechten voor persoonsgegevens uit economisch oogpunt wenselijk is.

ECONOMISCH PERSPECTIEF OP EIGENDOM

Eigendomsrechten zijn te zien als de wettelijk afdwingbare macht om anderen van het gebruik van een goed uit te sluiten (Landes en Posner, 2003; Purtova, 2011). Het gaat er economisch gezien niet om of deze rechten in de wet daadwerkelijk zo worden genoemd, noch of deze rechten onvervreemdbaar zijn, zoals bijvoorbeeld het grondrecht op vrije meningsuiting, of overdraagbaar zoals gebruikelijk is bij intellectuele eigendomsrechten. Het gaat erom of het *effect* ervan is dat de houder van die rechten derden kan uitsluiten van het gebruik van het goed.

Eigendomsrechten op immateriële goederen leiden tot kosten en baten. De belangrijkste baat bij eigendomsrechten wat betreft immateriële goederen is de geboden investeringsprikkel. Het gebruik van immateriële goederen is immers in meer of mindere mate non-exclusief (meer naarmate ze meer openbaar en dus minder beschermd zijn). Hierdoor kunnen partijen die niet in de productie ervan hebben geïnvesteerd, er toch aan verdienen, ten koste van de inkomsten voor de oorspronkelijke investeerder,

die daardoor mogelijk zal afzien van een maatschappelijk waardevolle investering.

De belangrijkste kosten van eigendomsrechten wat betreft immateriële goederen zijn gelegen in de waarde die verloren kan gaan als derden een verminderde toegang tot de immateriële goederen hebben. Er doet zich dus een dilemma voor: eigendomsrechtelijke bescherming kan investeringsprikkels vergroten *ten gunste van* innovatie, maar daar tegenover staat een verminderde toegang voor derden *ten koste van* innovatie, bijvoorbeeld omdat de concurrentie beperkt wordt. De wenselijkheid van eigendomsrechten en de gewenste vormgeving hangt dus af van de balans tussen de waardecreatie uit investeringsprikkels (dynamische efficiëntie) en de waardecreatie uit toegang voor derden (statische efficiëntie). Het ligt dus niet op voorhand vast in welke mate eigendomsrechten noodzakelijk en efficiënt zijn.

DRIE CRITERIA

In de economische literatuur komen drie belangrijke criteria voor de afweging tussen kosten en baten van de eigendomsrechten voor immateriële goederen naar voren. Het eerste criterium is de mate waarin een goed al zonder eigendomsrecht exclusief is of te maken valt (Landes en Posner, 2003). Hoe meer dat het geval is, des te minder er sprake kan zijn van concurrerend gebruik door anderen dat ten koste gaat van investeringsprikkels. Het recept van Coca Cola blijft bijvoorbeeld geheim zonder bescherming van een intellectueel eigendomsrecht, omdat het recept niet is opgeschreven. Het tweede criterium is de hoogte van de kosten om het immateriële goed te produceren. Hoe hoger deze kosten, des te noodzakelijker en efficiënter de wettelijk afgedwongen exclusiviteit is (Tirole, 2017). Het is immers vaak duur om nieuwe geneesmiddelen te bedenken en te ontwikkelen. Het derde criterium is de mate waarin toegang voor derden waardecreatie bevordert via meer concurrentie en vervolginnovatie (Duch-Brown et al., 2017). Hoe meer toegevoegde waarde er gemoeid is met de toegang voor derden, des te minder efficiënt is de wettelijk afgedwongen exclusiviteit.

Het is van belang dat de balans van de voornoemde drie criteria duidelijk in het voordeel van eigendomsrechten uitvalt, omdat eigendomsrechten kostbaar zijn voor overheden en bedrijven. Dit betreft deels de kosten van invoering en handhaving van de rechten, en deels onvoorziene neveneffecten, zoals patentering van uitvindingen zonder deze te vermarkten, om te voorkomen dat concurrenten dit doen. Beide soorten kosten zijn juist bij immateriële goederen als persoonsgegevens potentieel groot – zoals de vele rechtszaken en procedures rondom patenten laten zien.

DILEMMA VOOR PERSOONSGEGEVENS

Bij het beoordelen in hoeverre de drie criteria opgaan voor persoonsgegevens kunnen er twee typen actoren worden onderscheiden: de persoon op wie de gegevens betrekking hebben en de partij die de gegevens verzamelt.

Criterium 1: zijn data exclusieve of uitsluitbare goederen?

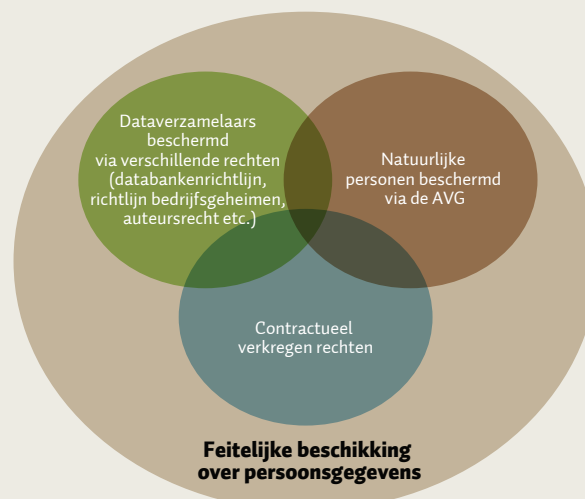
Data zijn in beginsel non-exclusief: eenmaal gedeeld is informatie zo ‘vrij’ als een publiek goed, en kan het gebruik ervan door derden niet meer worden uitgesloten. In theorie

zou dit vertrouwen van individuen en investeringen van bedrijven kunnen beperken.

In de praktijk zijn er voor dataverzamelaars echter verschillende manieren om de toegang tot data in het publieke domein te blokkeren, wat de noodzaak van nieuwe eigendomsrechten voor data verkleint. Ten eerste is de exclusiviteit van data vaak technisch te borgen door vergrendeling van gegevens op computers (Goldfarb en Tucker, 2017). Ten tweede zijn data als *intermediair goed* makkelijker uit het zicht te houden dan *finale informatiegoederen* zoals muziek en ideeën (Duch-Brown et al., 2017). Zo onthullen de zoekresultaten van een zoekmachine, de productaanbevelingen van een retailplatform of de prijsstelling van een taxiplatform niet direct welke gegevens er precies zijn gebruikt. Ten derde zijn er situaties waarin partijen onderling, zonder wettelijke data-eigendomsrechten, al efficiënt via contracten komen tot afspraken over uitsluiting of ontsluiting van de toegang tot data, zelfs bij complexe situaties zoals oliewinning en *neuro images* (Duch-Brown et al., 2017). Ten vierde is de exclusiviteit van waardevolle data vaak *indirect* al wettelijk geborgd (kader 1). Dit gebeurt bijvoorbeeld via het databankenrecht, dat niet de data zelf maar wel de investeringen in databanken beschermt.

Invloed wettelijke en contractuele rechten op de feitelijke beschikking over persoonsgegevens

KADER 1



De figuur laat zien welke drie soorten rechten van invloed zijn om beschikking te kunnen krijgen over persoonsgegevens. Een voorbeeld hiervan is de Databankenrichtlijn. Deze richtlijn uit 1996 biedt partijen indirecte bescherming: ze beschermt wel de structuur van databanken, maar niet de inhoud ervan. De richtlijn geeft volledige auteursrechtelijke bescherming aan originele databanken die het resultaat zijn van de creatieve inspanning van natuurlijke personen. Ook beschermt ze databanken waarvoor er substantiële investeringen zijn gedaan via een apart recht gedurende vijftien jaar (in Nederland via de Databankenwet).

De Databankenrichtlijn roept echter ook vragen op. Zo gaf de Europese Commissie (EC, 2018) onlangs aan dat het effect van de richtlijn op de databaseproductie onduidelijk is. Daarnaast concludeerde de EC dat reflectie nodig is wat betreft de baten van een alternatieve vormgeving van de richtlijn. Ook is het de vraag in welke mate een periode van vijftien jaar overeenkomt met de terugverdientijd van investeringen in databases. Deze onduidelijkheden wijzen op het belang van een voortdurende evaluatie van de kosteneffectiviteit aangaande bestaande eigendomsrechten op (persoons)gegevens.

Voor individuen geldt dat ze op internet derden moeilijk kunnen uitsluiten van toegang tot persoonsgegevens. Dit kan hun vertrouwen in deelname aan activiteiten waarbij gegevensverzameling plaatsvindt schaden, wat een argument kan zijn voor invoering van een vorm van eigendomsrechten. Een eerste reden dat consumenten maar beperkt toegang tot persoonsgegevens kunnen uitsluiten is dat internetgebruik zonder persoonsgegevensregistratie door internetpartijen praktisch ondoenlijk is, omdat veel diensten ontoegankelijk zijn als er niet wordt ingestemd met het verzamelen van persoonsgegevens. Daarnaast is de verspreiding van eenmaal verzamelde persoonsgegevens niet of nauwelijks te traceren, zoals het oneigenlijke gebruik van Facebookgegevens door *Cambridge Analytica* aantoonde. Ook kost het gebruikers veel tijd en moeite om steeds opnieuw privacy-overeenkomsten door te nemen (Acquisti et al., 2016). Hiertegenover staat dat de pas ingevoerde AVG diverse rechten bevat om te voorkomen dat derden toegang krijgen tot persoonsgegevens, zoals het recht om deze gegevens te wissen en het recht om deze over te dragen aan een andere partij (kader 1).

Criterion 2: wat zijn de kosten van dataproductie?

De invloed van eigendomsrechten op investeringsprikkel hangt af van de kostenstructuur van de geproduceerde data. Als data niets kosten om te produceren, dan is er ook geen investering om te beschermen. Dit geldt zowel voor de personen op wie gegevens betrekking hebben als voor de verzamelaars van deze gegevens.

De investeringskosten die bedrijven in persoonsgegevens maken zijn sterk onderworpen aan schaalvoordelen. Denk aan de gegevens die Facebook verzamelt als gebruikers inloggen, liken en posten. Er zijn daarbij vaak enkel minieme marginale kosten van bijvoorbeeld opslag en transport. Wel moeten dataverzamelaars doorgaans vaste investeringskosten terugverdienen. Neem reputatiedata op online-platformen. Deze zijn afkomstig van gebruikers en hebben ook op hen betrekking, maar komen niet tot stand zonder investeringen van dataverzamelaars in de productie van de reputatiesystemen. In de praktijk is het zelden duidelijk hoe hoog deze investeringskosten zijn. De invloed van nieuwe eigendomsrechten voor data op investeringsprikkel is – zonder nader inzicht in deze vaste investeringskosten – dan ook onzeker. Dit neemt niet weg dat de vaste investeringskosten, in het geval van grote platformbedrijven of dominante spelers in sectoren, over heel veel transacties gespreid kunnen worden.

Voor personen zijn er geen directe maar wel indirecte kosten van dataproductie. Ten eerste maken personen 'onkosten' als anderen gegevens over hen verzamelen, zodat het nut dat ze ontlend aan privacy zou kunnen afnemen. Privacy vertegenwoordigt in dit geval op zichzelf een waarde. Ten tweede zijn er kosten aan de dataproductie verbonden aangezien dataverzamelaars de 'producenten' hiermee economisch kunnen benadelen, bijvoorbeeld via gepersonaliseerde prijzen of andersoortige economische discriminatie. Beide kostenvormen kunnen de dataproductie beperken, omdat ze de bereidheid van consumenten om hun gegevens af te staan, kunnen verminderen. Vanuit economisch oogpunt is het dan ook belangrijk om deze kosten voor consumenten te beperken, zoals dat gebeurt via de AVG. Dit lijkt economisch ook wenselijker dan een recht dat consumenten compensatie ontvangen voor die gegevens, waarvoor sommigen pleiten (kader 2).

Criterion 3: in welke mate bevordert datatoegang voor derden waardecreatie?

De waarde die ontstaat doordat andere partijen dan de dataverzamelaar toegang hebben tot de data kan groot zijn. Synergievoordelen vormen de belangrijkste reden hiervoor. Immers, samengevoegde data hebben doorgaans meer waarde dan de som der delen. Als de ene partij (bijvoorbeeld een energieleverancier die wil weten hoe het staat met de behoefte aan kunstlicht) toegang krijgt tot de data van een andere partij (bijvoorbeeld een autobedrijf dat kan aflezen uit de software in hun auto's wanneer chauffeurs hun koplampen aandoen, als bruikbare indicatie voor het invalen van schemering) dan kan er nieuwe waarde ontstaan. De opportuniteitskosten van datatoegang voor derden kunnen bovendien laag zijn. Allereerst vanwege het non-rivaliserende karakter van data: eindeloos veel partijen kunnen ervan gebruikmaken zonder dat de dataverzamelaar

Kanttekening bij opbrengstrecht voor consumenten over wie er gegevens worden verzameld

KADER 2

Posner en Weyl (2018) bepleiten een compensatie voor consumenten voor de gegevens die bedrijven over hen verzamelen. Feitelijk zou dit neerkomen op een eigendomsrecht in de vorm van een recht op opbrengst. Posner en Weyl zien deze 'productie' van data door consumenten als 'werk', waar eerlijkheidshalve een financiële beloning tegenover dient te staan. Een markt waarin dataverzamelaars betalen voor persoonsgegevens zou bovendien tot hogere kwaliteit van de gecreëerde gegevens kunnen leiden, kunnen bijdragen aan een goede onderhandelingspositie van consumenten tegenover machtige internetbedrijven zoals Facebook en Google, en dataproductie als een nieuwe vorm van werk kunnen bestempelen in een tijd dat werk door robotisering en kunstmatige intelligentie onder druk komt te staan. PvdA-Europarlementariër Paul Tang doet een vergelijkbaar voorstel. Hij spreekt van 'datawerkers' aan wie er eerlijke arbeidsvoorwaarden toekomen, waaronder ook beloning (zie www.datavakbond.nl).

Er zijn kanttekeningen te plaatsen bij een opbrengstrecht voor consumenten. Allereerst staat er nu vaak een niet-financiële compensatie tegenover het verzamelen van persoonsgegevens. Ter indicatie van de consumentenwelfare die hiermee gepaard gaat: gemiddeld zijn mensen pas voor een kleine vijftig dollar per maand bereid om Facebook te verlaten (Brynjolfsson

et al., 2017). Daarnaast kiezen consumenten voor een activiteit waarbij gegevens verzameld worden uit consumptieve overwegingen, en niet omdat ze er inkomsten mee kunnen vergaren. Voorts is het onduidelijk hoe de compensatie bijdraagt aan de privacy en aan het vertrouwen van consumenten in activiteiten waarbij er gegevensverzameling plaatsvindt. Verder zal het de prikkels tot investering in datagestuurde toepassingen verminderen omdat het verzamelen van data erdoor duurder wordt.

De voorstellen brengen indirect wel twee fundamentele kwetsbaarheden van de huidige praktijk van gegevensverzameling aan het licht. De eerste is dat consumenten geen overzicht hebben van de gegevens die er over hen worden verzameld. Hun privacy en vertrouwen kan gebaat zijn bij de ontwikkeling van persoonlijke databeheersystemen, waarmee ze de over hen verzamelde gegevens onder controle kunnen houden. De tweede kwetsbaarheid is dat het niet duidelijk is welke 'prijs' consumenten betalen als bedrijven gegevens over hen verzamelen. Het is immers onduidelijk hoe die bedrijven de gegevens precies gaan gebruiken en waar ze uiteindelijk terecht zullen komen. De AVG voorziet in rechten op informatie die meer duidelijkheid kunnen bieden over gegevensgebruik en -verspreiding. De komende tijd moet er blijken wat de effecten van deze en andere AVG-rechten zijn.

zelf gebruiksmogelijkheden verliest (het autobedrijf kan de gegevens ook zelf blijven gebruiken). Daarnaast kan een en hetzelfde datapunt functioneel heel verschillende toepassingen en vervolginnovaties hebben, die niet met elkaar hoeven te concurreren (het energiebedrijf zal niet ineens autosoftware gaan maken). De waarde die verloren gaat bij exclusief gegevensgebruik – door dataverzamelaars dan wel natuurlijke personen – kan dus hoog uitvallen. Deze constatering pleit tegen eigendomsrechten die de exclusiviteit formaliseren. Dit geldt des te meer indien er sprake is van marktmacht, die bedrijven kunnen krijgen door de schaalvoordelen, synergievoordelen en netwerkeffecten van het feitelijke databezit (Cockburn et al., 2017; Ecorys, 2017).

CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Voor waardevolle economische goederen gelden er gewoonlijk wettelijke eigendomsrechten. Ondanks hun snel toenemende economische belang, geldt dat niet voor persoonsgegevens. De economische wenselijkheid van nieuwe eigendomsrechten wat betreft persoonsgegevens, voor de personen waarop deze gegevens betrekking hebben, dan wel de verzamelaars ervan, hangt af van de balans tussen de waardecreatie vanuit prikkels tot investering in nieuwe goederen bij exclusief databezit (dynamische efficiëntie) enerzijds en de waardecreatie vanuit toegang voor derden tot bestaande data (statische efficiëntie) anderzijds.

De analyse suggereert dat wettelijke eigendomsrechten voor producenten wat betreft persoonsgegevens overbodig en inefficiënt zijn. Allereerst kunnen producenten anderen vaak al efficiënt anderszins uitsluiten van toegang tot de geproduceerde gegevens – technisch dan wel juridisch, via contracten of indirecte wettelijke rechten zoals het databankenrecht. Daarnaast zijn de kosten voor internetbedrijven om de gegevens van hun gebruikers te verkrijgen vaak laag, waardoor de eigendomsrechten slechts beperkt bijdragen aan investeringsprikkels. Bovendien is de statische efficiëntie bij persoonsgegevens relatief belangrijk, vanwege zowel de concurrerende als de niet-concurrerende mogelijkheden tot innovatie en waardecreatie via de toegang tot bestaande persoonsgegevens.

Voor personen hangt de wenselijkheid van eigendomsrechten wat betreft persoonsgegevens af van hoe men het begrip ‘eigendomsrechten’ afbakt. In de zin van intellectuele eigendomsrechten die moeten prikkelen tot investering in nieuwe schaarse goederen - hier ‘persoonsgegevens’-lijken ze onwenselijk, omdat consumenten geen creatieve bijdrage of financiële investering hiertoe leveren. In de zin van rechten die individuen een zekere exclusiviteit verschaffen wat betreft het gebruik van hun persoonsgegevens, zijn nieuwe eigendomsrechten overbodig omdat de Algemene

Verordening Gegevensbescherming individuen al vergaande, onvervreembare rechten op de controle over hun persoonsgegevens biedt.

Uit de analyse volgen twee aanbevelingen. Ten eerste de beleidsaanbeveling om geen nieuwe eigendomsrechten voor persoonsgegevens te ontwikkelen. Het ligt – vanwege de snelle ontwikkelingen van de rol die data in de economie spelen – meer voor de hand om de effectiviteit te blijven monitoren van bestaande wetten en regels die bijdragen aan de exclusiviteit van databezit, naar het voorbeeld van de Europese Commissie met de Databankenrichtlijn. Met name is het de moeite waard om de invloed te monitoren van de AVG-rechten (als de facto eigendomsrechten) op het vertrouwen van individuen om mee te doen aan activiteiten waarbij er dataverzameling plaatsvindt en verder ook de invloed op de investeringen van bedrijven in dataverzameling. Ten tweede zou er, gelet op de potentieel grote economische waarde van datadeling, nader moeten worden onderzocht wat datadeling zou kunnen verhinderen.

LITERATUUR

- Acquisti, A., C.R. Taylor en L. Wagman (2016) The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, 52(2), 442–492.
- AP (2018) *Wat zijn persoonsgegevens?* Definitie te vinden op www.autoriteitpersoonsgegevens.nl.
- Bouman, M. (2018) Onze data zijn van ons. *Het Financieel Dagblad*, 10 april.
- Brynjolfsson, E., F. Eggers en A. Gannamaneni (2017) *Using massive online choice experiments to measure changes in well-being*. NBER Working Paper, 24514.
- Camps, M. (2018) Scherp zijn bij vervagende grenzen. *ESB*, 103(4757), 6–9.
- Cockburn, I.M., R. Henderson en S. Stern (2018) *The impact of artificial intelligence on innovation*. NBER Working Paper, 24449.
- Duch-Brown, N., B. Martens en F. Mueller-Langer (2017) *The economics of ownership, access and trade in digital data*. European Commission, JRC Technical Reports, 2017-01.
- EC (2018) *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*. Brussel: Europese Commissie.
- Ecorys (2017) *Big data and competition*. Rotterdam: Ecorys.
- Goldfarb, A. en C.E. Tucker (2011) Privacy regulation and online advertising. *Management Science*, 57(1), 57–71.
- Goldfarb, A. en C.E. Tucker (2017) *Digital economics*. NBER Working Paper, 23684.
- Landes, W.M. en R.A. Posner (2003) *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Posner, E.A. en E.G. Weyl (2018) *Radical markets: uprooting capitalism and democracy for a just society*. Princeton: Princeton University Press.
- Purtova, N. (2011) *Property rights in personal data: a European perspective*. Proefschrift, Tilburg University.
- Tirole, J. (2017) *Economics for the common good*. Princeton: Princeton University Press.
- Tjong Tjin Tai, E. (2015) Data in het vermogensrecht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 149(7085), 993–998.

In het kort

- ▶ Anders dan voor andere immateriële goederen bestaan voor persoonsgegevens geen directe wettelijke eigendomsrechten.
- ▶ Deze rechten zijn voor bedrijven ook niet nodig, omdat zij de exclusiviteit van data vaak al anderszins kunnen beschermen.
- ▶ Ze zijn voor individuen wel nodig, maar de facto al aan de orde via de rechten in de Algemene Verordening Gegevensbescherming.