

Tilburg University

Privacy, consument en het recht op anonimiteit

Prins, J.E.J.

Published in:
De E-Consument

Publication date:
2000

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Prins, J. E. J. (2000). Privacy, consument en het recht op anonimiteit: een oud fenomeen in een nieuw jasje. In K. Stuurman, R. Westerdijk, & C. Sander (Eds.), *De E-Consument* (pp. 123-140). Elsevier.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Privacy, consument en het recht op anonimiteit: een oud fenomeen in een nieuw jasje.¹

Corien Prins

1. Inleiding

Anonimiteit op het Internet mag zich in een toenemende mate van belangstelling verheugen. Met name in de discussie over adequate privacybescherming voor consumenten op het Internet wordt gewezen op het belang en de mogelijkheden van het op anonieme basis communiceren en verrichten van transacties. Als iedereen virtuele alter ego's gebruikt om elektronisch te winkelen, te betalen en mee te doen aan discussies op het Internet, en al het Internet-verkeer onherkenbaar wordt versleuteld, is een belangrijk deel van het privacyprobleem op het Internet opgelost, aldus onder meer de Duitse jurist H. Burkert.² Ook Minister van Boxtel onderstreepte tijdens de parlementaire behandeling van de Wet bescherming persoonsgegevens het belang van een onderzoek naar de mogelijkheid om aan burgers ten behoeve van de digitale communicatie met de overheid "anoniem of pseudo-certificaten beschikbaar te stellen waarbij gegevens van de persoon losgekoppeld worden van de persoon zelf."³ Sommigen spreken in relatie tot deze ontwikkelingen van een recht op anonimiteit.⁴ Anderen stellen dat het recht op privacy vervangen zou kunnen worden door het recht op anonimiteit.⁵ Lodewijk Asscher pleit in zijn bijdrage in deze bundel voor een verankering van Internetrechten op anonimiteit en encryptie in de Grondwet.

Recent is de discussie over anonimiteit en Internet zeker niet. Zo stond het onderwerp reeds eind 1997 op de agenda van de onder de Europese Privacy-richtlijn ingestelde art.29-werkgroep. De werkgroep wijdt Aanbeveling 3/97 geheel aan de kwestie van anonimiteit op Internet en stelt in de conclusies: "De verzending van e-mail, passief browsen door het World Wide Web en de aankoop van de meeste goederen en diensten via Internet moeten anoniem kunnen gebeuren."⁶

Met name de laatste paar maanden is het onderwerp echter opvallend in de belangstelling komen te staan. De Internet-provider XS4ALL introduceerde eind 1999 onder veel belangstelling – onder meer van het Tweede Kamerlid Cherribi⁷ – de toepassing Freedom van het Canadese softwarebedrijf *Zero-Knowledge*. Het laatstgenoemde bedrijf publiceerde begin 2000 een plan voor volledig anonieme webbetalingen.⁸ Specifiek gerelateerd aan de juridische invalshoek, kwam de Raad voor het Openbaar Bestuur in januari 2000 met het rapport "ICT en het recht om anoniem te zijn".⁹ Alhoewel de titel veel suggereert, gaat de Raad in het rapport zelf helaas nauwelijks in op de problematiek van anonimiteit. Wat moet een recht op anonimiteit nu precies inhouden en wat zijn de gevolgen?

Het antwoord op deze vragen blijkt niet zo eenvoudig te geven, niet in de laatste plaats omdat anonimiteit meerdere dimensies blijkt te hebben. Deze bijdrage beoogt een eerste aanzet te geven voor een discussie over de kenmerken en mogelijkheden alsmede de waarde van anonimiteit voor consumenten op het Internet en meer specifiek een recht op anonimiteit. Gegeven het thema van deze NVvIR-bundel, alsmede de ruimte voor deze bijdrage, beperkt de discussie zich tot de

¹ De auteur dankt prof. mr. J.H.M. van Erp, mr. W. van Boom en mr. dr. J.H.A.M. Grijpink voor hun waardevolle suggesties bij de totstandkoming van deze bijdrage.

² H. Burkert in: *Technology and Privacy*, eds. P. Agre, M. Rotenberg, MIT Press.

³TK '99-'00, 25 892, nr. (vergadering 17 november 1999).

⁴ K. Spaink, Parool 28 juni 1999.

⁵ Raad voor het Openbaar Bestuur, 'ICT en het recht om anoniem te zijn', Den Haag, januari 2000, p. 53.

⁶ Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, Aanbeveling 3/97 van 3 december 1997.

⁷Cherribi riep in een interview met de elektronische nieuwsrubriek *Web Wereld* op tot het strafbaar stellen van anonimiteit op het Internet.

⁸<http://www.webwereld.nl/nieuws/printout.phtml?id=3820>

⁹ Raad voor het Openbaar Bestuur, supra noot 5.

privaatrechtelijke aspecten van anonimiteit¹⁰ In de navolgende paragraaf wordt allereerst het belang van anonimiteit op het Internet neergezet vanuit een visie op een tekortschieten van de privacywetgeving in de Internetomgeving. In paragraaf 3 sta ik stil bij het begrip en de techniek van anonimiteit. Vervolgens komen de ervaringen met het fenomeen anonimiteit in de fysieke wereld aan bod (paragraaf 4). Paragraaf vijf behandelt de belangen die ten grondslag liggen aan de wens van consumenten om onder een pseudoniem dan wel anoniem te handelen in een elektronische omgeving. Vervolgens ga ik in paragraaf 6 in op de privaatrechtelijke status van de anonieme elektronische rechtshandeling. Daarmee kan in paragraaf 7 de stap worden gezet naar de vraag of nadere privaatrechtelijke regulering van anonimiteit noodzakelijk is. Tenslotte sluit ik af met enkele conclusies.

2. Privacywetgeving in een kenbare virtuele wereld

Naar verwachting treedt binnen afzienbare tijd de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) in werking, waarmee de uit 1989 daterende de Wet persoonsregistraties (Wpr) een opvolger heeft die meer greep moet hebben op gegevensverwerkende processen als koppeling, datamining, Internetcommunicatie, electronic monitoring, etc. In de nieuwe wet staat niet langer de registratie van persoonsgegevens centraal, maar de verwerking daarvan. Dit betekent bijvoorbeeld dat nu ook het *verzamelen* (dat wil zeggen: de fase voorafgaand aan de opslag) van gegevens onder de werking van de wet wordt gebracht. Het spreekt voor zich dat een dergelijke uitbreiding van de reikwijdte van de privacywetgeving een belangrijk aspect is in relatie tot de gegevensverzamelende en –verwerkende processen op het Internet.¹¹

Wat biedt de Wbp de Internetconsument aan rechten om zijn persoonsgegevens te beschermen? We stellen vast dat in aanvulling op de nu reeds onder de Wpr bestaande rechten op inzage en correctie, onder de Wbp aan degene van wie persoonsgegevens worden verwerkt een recht op verzet is toegekend. Voor de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing doeleinden kan dit recht ten alle tijde met succes worden ingeroepen. Voor de overige verwerkingshandelingen zal de consument slechts met succes een beroep op dit recht kunnen doen indien hij een gerechtvaardigd individueel belang kan aantonen.

Hiernaast heeft de consument, met uitzondering van een limitatief aantal uitzonderingssituaties, het recht om over de verwerking van zijn persoonsgegevens te worden geïnformeerd. Uitgangspunt is dat de consumenten in twee situaties van een gegevensverwerking op de hoogte moeten worden gebracht: wanneer de persoonsgegevens worden verkregen bij de consument zelf of wanneer de gegevens op een andere wijze worden verkregen. De genoemde limitatief geformuleerde uitzonderingen hebben betrekking op de situatie dat de betrokkene op de hoogte is van de verkrijging van de gegevens door het bedrijf of de organisatie die de gegevens verwerkt. Wanneer de gegevens zijn verkregen op een andere wijze dan bij de betrokkene zelf gelden er nog aanvullende uitzonderingen: de mededeling van de informatie aan de betrokkene blijkt onmogelijk, de mededeling kost een onevenredige inspanning of de verstrekking is bij of krachtens de wet voorgeschreven.

In haar advies van maart 1997 over een concepttekst van de nieuwe wet, stelde de Registratiekamer naar aanleiding van onder meer de aangescherpte informatieplichten, dat de Wbp zal leiden tot een grotere zichtbaarheid van het gegevensverkeer voor de betrokken personen. De vraag is natuurlijk in welke mate deze plichten het inzicht in verwerkingen binnen de complexe en ondoorzichtige omgeving als het Internet vergroten. Een van de belangrijkste kenmerken van het Internet is immers dat het geen duidelijke structuur voor en controle op de toegang kent en is samengesteld uit een wirwar van netten waarop talloze aanbieders van diensten en gebruikers van die diensten met elkaar communiceren. Bovendien ontbreekt het aan een doorzichtige verantwoordelijkheidsstructuur, waardoor zowel zichtbaarheid op als inzicht in het communicatieproces voor de gemiddelde Internet-consument welhaast volledig ontbreekt. Men kan zich met recht afvragen of de Internet-consument met de Wbp in de hand een adequaat zicht heeft op wat er precies met zijn persoonsgegevens gebeurt en wie daarvoor verantwoordelijk is.

¹⁰ Over de strafrechtelijke aspecten wordt door de auteur een andere publikatie voorbereid. Zie voor de problematiek in de fysieke wereld: G.J.M. Corstens, *Anonymi in het strafproces*, DD 17(1987), pp. 339-346; H.K. Elzinga, *In beroep*, Gouda Quint 1999, pp. 53-61.

¹¹ Zie in meer detail over de Wbp: J.M.A. Berkvens, J.E.J. Prins, 'Wet bescherming persoonsgegevens', in: *Privacyregulering in theorie en praktijk* (red. Berkvens, Prins), 2e druk, Deventer 2000 (te verschijnen).

Meer in het algemeen kunnen we ons afvragen of er eigenlijk wel privacy voor consumenten op het Internet bestaat? Immers, met een zekere regelmaat maken berichten in de media melding van lekken in de beveiliging van onder meer browserprogramma's. Voor onbevoegden is het meerdere malen zeer eenvoudig gebleken vast te stellen welke websites een surfer bezocht en kon men zelfs in bepaalde situaties een blik werpen op de harde schijf van mede Internetgebruikers. Behalve de in principe te repareren lekkages, is er inmiddels een enorm scala aan 'aftapfaciliteiten' op het Internet beschikbaar om te weten te komen *dat* er iets op het netwerk gebeurt, *wat* er precies gebeurt en *wie* daarbij betrokken zijn. Diverse gegevens over het communicatieproces kunnen worden verzameld via logbestanden, waarbij bezoekers van bijvoorbeeld een bepaalde homepage veelal in het ongewisse worden gelaten over het feit dat via deze diensten diverse gegevens over hun elektronische communicatie worden verzameld. Veel ingrijpender nog voor de privacy van Internetconsumenten zijn de programma's die ook de inhoud van onze netwerkactiviteiten kunnen bekijken en vastleggen. We hebben het hier over 'electronic monitoring'. Het aftappen van gegevensverkeer over het Internet is een redelijk eenvoudige zaak. Via het gebruik van een zogenaamde 'snif-programma's' kan het gegevensverkeer op het Internet worden afgevangen, vastgelegd en later eventueel geanalyseerd (bijvoorbeeld met behulp van een intelligent programma). Een bezoek aan de site waar dergelijke programma's worden aangeboden leert dat Internetgebruikers daarmee heimelijk kunnen worden gevolgd, zij deze activiteit niet kunnen ontdekken dan wel uitzetten en dit heimelijk volgen de gebruikers niet stoort.

De nieuwe dynamiek van gegevensverwerking op het Internet laat zien dat onze maatschappij een weg is ingeslagen naar een kenbaarheidsmaatschappij: een samenleving waarin identificeerbaarheid en kenbaarheid eerder regel dan uitzondering zijn. Kenbaarheid is het uitgangspunt (geworden). Oftewel: persoonsgegevens zijn openbaar, tenzij ... In een dergelijke samenleving is vertrouwen op de effectiviteit van privacywetgeving niet voldoende, maar moet anonimiteit - onder meer met behulp van de techniek - door consumenten zelf actief worden bewerkstelligd.

Stel consumenten krijgen een recht op anonimiteit en gaan grootschalig anonimiseringstechnieken inzetten om daarmee rechtshandelingen op het Internet op anonieme basis te verrichten: wat zijn daarvan de privaatrechtelijke consequenties? In welke mate laat het Burgerlijk Wetboek toe dat consumenten op anonieme wijze transacties op het Internet verrichten? Alvorens op deze vragen in te kunnen gaan, moeten we allereerst stilstaan bij de vraag wat het tegenwoordig veelvuldig in de mond genomen begrip 'anonimiteit' nu precies inhoudt.

3 . De dimensies van anonimiteit

In de publikaties en berichten over anonimiteit op het Internet wordt vrijwel nooit gespecificeerd over welke verschijningsvorm van anonimiteit men het nu heeft. In veel situaties wordt het woord anonimiteit gebruikt voor toepassingen waarbij in feite helemaal geen sprake is van anonimiteit. Voor een goed beeld van het begrip anonimiteit moet daarom op een tweetal aspecten worden gewezen.¹²

Allereerst het gegeven dat in de meerderheid van de gevallen waarin wordt gesproken over handelingen en transacties op anonieme basis geen sprake is van echte absolute anonimiteit. Veelal blijken de in eerste instantie anonieme handelingen toch verifieerbaar voor bepaalde personen en instanties. Momenteel is in bijna alle gevallen dat wordt gesproken over anonimiteit sprake van semi-anonimiteit. Hiernaast blijkt er een verschil tussen anonieme handelingen en handelingen die onder een pseudoniem worden verricht. Van welke van deze twee vormen sprake is, hangt af van het oogmerk waarmee de persoon die zijn identiteit niet wenst te onthullen, aan het elektronisch verkeer deelneemt.

Combineren we deze twee aspecten, dan kunnen zijn de onderstaande vier gradaties van anonimiteit te onderscheiden.

3.1 handelen onder een pseudoniem

Bij een pseudoniem wordt gebruik gemaakt van een onderscheidingsteken waarmee een bepaalde transactie of handeling tot een bepaalde persoon is terug te herleiden. Wie precies deze persoon is hoeft niet kenbaar te zijn. Het gaat om kenbaarheid of verifieerbaarheid, niet om identificeerbaarheid. Pseudonimiteit kan worden bewerkstelligd middels een 'nym', maar ook een reeks van getallen, een digitale afdruk van een vinger, of middels gezichtsherkenning.¹³ De belangrijkste reden om onder een pseudoniem handelingen en transacties te verrichten is dat de persoon

¹²Zie voor meer informatie: www.eff.org/pub/Privacy/Anonymity/net_anonymity.faq.

¹³Zie: www.id-arts.com.

die het pseudoniem hanteert zich daarmee (her)kenbaar maakt voor de buitenwereld. De betreffende personen wensen weliswaar hun ware naam niet te onthullen, maar willen zich wel naar een grotere groep individualiseren (en aldus met hun handelen, chatten, etc. herkenbaar zijn). Zo kan iemand met behulp van een pseudoniem in discussiegroepen participeren en onder zijn/haar 'nym' herkend worden. Ook kan iemand zich middels een PIN-code behorende bij een chipkaart laten verifiëren.

- Handelen onder een pseudoniem kan in twee vormen: semi-pseudoniem en volstrekt pseudoniem.
- Semi-pseudoniem: in dit geval blijven de handelingen voor bepaalde instanties of tussenpersonen identificeerbaar wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Zo blijft de consument bij het betalen met behulp van een chipkaart anoniem voor de winkelier, maar kunnen de banken deze consument traceren wanneer sprake is van een eventuele fraude met betrekking tot de chipkaart. Kortom, terwijl de consument in diens relatie met de winkelier onder een volstrekt pseudoniem (een PIN) handelt, doet hij dat niet in de relatie met de bank. Aldaar is sprake van een semi-pseudoniem. Ook bij het gebruik van een 'nym' verkregen via een anonymizer voor participatie in discussiegroepen, waarbij de identificerende gegevens echter wel bekend zijn bij deze anonymizer, is sprake van handelen onder een semi-pseudoniem.
 - Volstrekt pseudoniem. Bij het handelen onder een volstrekt pseudoniem is van traceerbaarheid geen sprake meer omdat de identiteit van de handelend persoon op geen enkele wijze kan worden vastgesteld. Een dergelijke situatie kan bereikt worden door een keten van anonymizers in te schakelen en bovendien te werken met versleutelde berichten. Aldus zal het feitelijk welhaast onmogelijk zijn de identiteit van de afzender van het bericht te achterhalen. Onlangs publiceerde het Canadese softwarebedrijf *Zero-Knowledge* begin 2000 een plan voor webbetalingen waarbij het onmogelijk is de identiteit van de betalende persoon te achterhalen. Gebruikers behoeven in dit geval bij betaling met digitaal geld op het Internet niet langer diverse persoonsgegevens aan te leveren, maar krijgen een certificaat waarop bijvoorbeeld hun leeftijd staat, vergezeld van een pseudoniem.¹⁴

3.2 anoniem handelen

In tegenstelling tot het handelen onder een pseudoniem, wordt bij anonieme handelingen geen gebruik gemaakt van een onderscheidingsteken waarmee een bepaalde transactie of handeling tot een bepaalde persoon is terug te herleiden. Het oogmerk zich naar een grotere groep te willen individualiseren speelt hier geen rol bij de wens om de eigen identiteit in een elektronische omgeving te verhullen. Het betreffende handelen behoeft aan niemand gerelateerd te worden. Evenals bij handelen onder een pseudoniem, kan anoniem handelen twee vormen aannemen: semi-anoniem en volstrekt anoniem.

- Semi anoniem: bij dergelijke handelingen is voor de buitenwereld sprake van een anonieme handeling. Toch blijft de afzender kenbaar voor bepaalde personen omdat de identificerende gegevens gedurende een periode beschikbaar blijven. Zo zijn de handelingen voor bepaalde instanties of tussenpersonen nog steeds verifieerbaar wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Als voorbeeld van semi-anonieme handelingen kunnen de remaildiensten op het Internet genoemd worden. Met name wanneer slechts één anonimiseringsdienst (remailer) wordt ingeschakeld moet de handeling als semi-anoniem worden gekwalificeerd. De remailer houdt de identificerende gegevens veelal gedurende een bepaalde tijd voorhanden en kan ze in bepaalde situaties – bijvoorbeeld op last van justitie - beschikbaar stellen. Wanneer het hiervoor beschreven scenario van een keten van remailers wordt toegepast, zal men – afhankelijk van de hoeveelheid gebruikte remailers - opschuiven naar een volledig anonieme handeling. Immers, met een toenemend aantal schakels in de keten zal het feitelijk steeds moeilijker worden de afzender van het bericht te achterhalen.
- Volstrekt anoniem: bij volstreekte anonimiteit is van traceerbaarheid geen sprake meer omdat de identiteit van de handelend persoon op geen enkele wijze kan worden vastgesteld. Te denken valt bijvoorbeeld aan een gebruiker die – bijvoorbeeld in een Internetcafé of een openbare bibliotheek - een bepaalde on-line tijd heeft gekocht en daarbij van de bibliotheek een anoniem e-mail adres heeft gekregen. Toepassingen waarbij anonimiteit een eigenschap van de techniek zelf is zijn er op het Internet nog zeer spaarzaam. Zoals in de Inleiding reeds is genoemd, lanceerde Internet Provider XS4ALL eind 1999 Freedom, waarmee gebruikers anoniem kunnen surfen, e-mailen en chatten. Van volledig anonieme transacties is momenteel nog geen sprake. Een andere ontwikkeling betreft het gebruik van biometrische gegevens of genetische informatie (bijvoorbeeld uit menselijke cellen) ten behoeve van het on-line identificeren van personen. Bij deze laatste technologie wordt de informatie uit menselijke cellen gedigitaliseerd en verkrijgt de gebruiker

¹⁴<http://www.webwereld.nl/nieuws/printout.phtml?id=3820>

daarmee een eigen volstrekt unieke identificatiecode. Wanneer een dergelijke 'genetische vingerafdruk' niet wordt gekoppeld aan andere gegevens van de betreffende persoon is de identiteit van deze niet te achterhalen en is sprake van volledig anonieme handelingen.¹⁵

Kijken we naar de praktijk op het Internet, dan stellen we vast dat momenteel in bijna alle gevallen dat wordt gesproken over anonimiteit sprake van semi-anonimiteit dan wel semi-pseudonimiteit. De handelingen zijn voor bepaalde instanties of tussenpersonen immers nog steeds verifieerbaar wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Zo blijft de consument bij het betalen met behulp van een chipkaart anoniem voor de winkelier, maar kunnen de banken deze consument traceren wanneer sprake is van een eventuele fraude met betrekking tot de chipkaart. Bij de anonimiseringsdiensten op het Internet behoudt de remailer zich in de algemene voorwaarden veelal het recht voor de identiteitsgegevens in bepaalde gevallen aan de daartoe bevoegde instanties af te geven.¹⁶ Desalniettemin komen er langzaam toepassingen beschikbaar die volstrekte anonimiteit dan wel pseudonimiteit bieden.

Laten we eens kijken naar de privaatrechtelijke consequenties van de diverse toepassingen. Van belang is daarbij een onderscheid te maken tussen de toepassingen waarbij de identiteit van de betreffende persoon in geen enkel opzicht te achterhalen is, en de toepassingen waarbij dat wel het geval is. Om de consequenties van anonimiteit in de on-line wereld helder te maken, is het noodzakelijk allereerst een blik te werpen op de gevolgen van anoniem handelen in de off-line wereld.

4. Anonimiteit in de fysieke wereld

Op zichzelf is anoniem handelen dan wel handelen onder een pseudoniem geen nieuw verschijnsel. Waar in de on-line wereld behoefte aan het verhullen van de identiteit is, bestaat die wens ook in de off-line wereld. Vanuit de praktijk van alle dag vallen vele voorbeelden te noemen die laten zien dat het handelen onder een pseudoniem dan wel het verrichten van handelingen waarbij men anoniem is, ook in de fysieke wereld een bekend en aanvaard verschijnsel is. Ons recht heeft de mogelijkheid tot het verhullen van de identiteit ook op meerdere plaatsen erkend.

4.1 Pseudoniem

Dit geldt allereerst voor het recht op een pseudoniem. Het concept is met name van belang in relatie tot creatieve activiteiten, beschermd onder het auteursrecht. Om diverse redenen wensen auteurs hun werken beschikbaar te stellen onder een andere naam dan hun eigen (geslachts)naam. Het pseudoniem verschilt daarbij in belangrijk opzicht van de (geslachts)naam.¹⁷ In tegenstelling tot het recht op een naam, dat op afstamming is gebaseerd en automatisch wordt verworven door geboorte, verkrijgt men een recht op een pseudoniem uitsluitend door de naam te kiezen, bekend te maken in relatie tot bepaalde activiteiten en vervolgens door (notoir) gebruik bij het algemene publiek bekend te laten geraken. Een belangrijke overeenkomst tussen het recht op een naam en het recht op een pseudoniem is dat rechten beoogen een persoon te individualiseren.

¹⁵'Genetische vingerafdruk identificeert online', *Computable*, 22 februari 2000. Over biometrie, zie: Robert van Kralingen, Corien Prins en Jan Grijpink, *Het lichaam als sleutel, juridische beschouwingen over biometrie*, IT&R-reeks nr 8, Samson, Alphen a/d Rijn, november 1997

¹⁶Zie bijvoorbeeld artikel 8 van de voorwaarden van [anonymizer.com](http://www.anonymizer.com/3.0/services/agreement.shtml) (www.anonymizer.com/3.0/services/agreement.shtml).

¹⁷Een ieder bezit een naam, bestaand uit voornamen en een geslachtsnaam. Deze naam is onlosmakelijk met een persoon verbonden, ze is onoverdraagbaar en niet te verhandelen. Aldus wordt een persoon geïndividualiseerd en laat de naam het toe dat de persoon kan worden geïdentificeerd. Middels zijn naam kan een persoon zich vanaf zijn geboorte rechtens tot anderen verbinden. Ons recht regelt in Titel 2 BW het recht op de naam. De keuze van de voornamen is vrij, maar eenmaal bij geboortakte vastgesteld kan een wijziging slechts worden gelast door de rechter (art. 2:4 BW). De geslachtsnaam is gebaseerd op de familierechtelijke betrekking, waarbij de ouders sedert de wetwijziging van 10 april 1997 de keuze hebben in het kiezen van een der familienamen.

Ons wettelijk systeem voorziet in slechts een enkele bepaling over het recht op een pseudoniem (direct dan wel indirect opgenomen in art. 4, 9 en 38 Auteurswet). Daarbij is het onduidelijk of het recht op een pseudoniem al of niet overdraagbaar is. Uit de bepalingen in de Auteurswet blijkt dat wanneer een pseudoniem wordt gebruikt, men in de openbaarheid wenst te treden onder een aangenomen naam. We kennen alle de voorbeelden van dichters, zangers en auteurs die om verschillende redenen een andere dan de eigen naam aannamen.

In de spaarzame literatuur over de juridische status van het fenomeen pseudoniem worden twee voorwaarden aan dit concept gesteld. Allereerst een objectieve voorwaarde: het moet gaan om een uitspreekbaar woord dat naar zijn aard als naam denkbaar is en dienstig om de voorstelling van een welbepaald persoon te wekken.¹⁸ Kortom, het pseudoniem moet een persoon met zekerheid kunnen individualiseren en vatbaar zijn voor een exclusieve toeëigening door een persoon. Courante namen, tonen, klanken, geuren en drukkerstekens worden aldus niet bruikbaar geacht voor een pseudoniem. Bovendien blijkt uit de jurisprudentie dat het gebruik van een pseudoniem geen verwarring mag stichten met de familienaam of het pseudoniem van een ander.¹⁹

Hiernaast treffen we een subjectief criterium aan: de persoon die het pseudoniem hanteert moet daarmee door meermalen of manifest gebruik en bekendmaking ervan aan de buitenwereld bekendheid verwerven.

Wat betreft de juridische status van het pseudoniem, stellen we vast dat deze in principe niet in de plaats kan treden van de familienaam. Slechts wanneer de door de wet gestelde procedure tot wijziging van de familienaam in het pseudoniem wordt gevolgd, treedt de laatste in de plaats van de familienaam. Alhoewel derhalve zeker niet identiek, hebben het op de naam en het recht op het pseudoniem wat betreft karakter en functie zeker veel met elkaar gemeen. Zo kan men, behoudens de gevallen waarin identificatie is vereist, rechtshandelingen verrichten onder een pseudoniem. Een auteur kan bijvoorbeeld een licentie op zijn werk verlenen terwijl hij zich achter zijn pseudoniem verschuilt. Tevens kan hij onder dat pseudoniem in rechte optreden tegen een inbreuk op zijn auteursrecht. De auteur heeft het recht te eisen dat hij niet anders dan met zijn pseudoniem wordt aangesproken (art. 9 Aw) en kan in principe een (schadevergoedings)actie op grond van art. 6:162 BW (of art. 6:74 BW in relatie tot hen die de naam contractueel geheim moeten houden) instellen indien zijn pseudoniem niet wordt gerespecteerd.²⁰ Ook kunnen personen bij een bepaalde algemene bekendheid van het pseudoniem handelingen verrichten zonder dat sprake is van bijvoorbeeld dwaling (art. 6:228 BW) of oplichting door middel van een valse naam (art. 326 Sr.). Tenslotte wijzen we op de jurisprudentie inzake handelingen verricht door rechtspersonen in oprichting. Hieruit blijkt dat de daadwerkelijke identiteit van een rechtspersoon in bepaalde gevallen niet doorslaggevend is bij het aannemen van gebondenheid aan handelen. Van belang is of partijen de handelend persoon uiteindelijk op het oog hebben gehad en er goede grond voor gebondenheid van de – in casu – rechtspersoon bestond.²¹ Zo nam de Hoge Raad aan dat bij het handelen namens een BV in oprichting die nadien nooit is opgericht maar in wier plaats een bestaande BV de onderneming is gaan drijven, deze laatste is gebonden aan dit handelen.²²

Ondanks de overeenkomsten tussen een pseudoniem en een recht op naam, blijft een belangrijk verschil tussen beide dat – in tegenstelling tot het recht op naam – zowel de wet, de jurisprudentie als de rechtsleer nauwelijks aandacht hebben voor de aard en de status van het concept pseudonimiteit, wat tot gevolg heeft dat over de rechtsgevolgen van het recht op pseudonimiteit veel onduidelijkheid bestaat. De wettelijke bepalingen die momenteel bestaan zijn slechts van toepassing op auteurs van

¹⁸G.L. Ballon, 'Ik gaf mijzelf (g)een naam', *Tijdschrift voor Privaatrecht*, nr. 3 1981, pp. 557 ev.

¹⁹J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, 2e druk Deventer 1993, nrs. 32, 219, 374.

²⁰In geval het pseudoniem wordt gebruikt om anoniem te blijven, garandeert dit recht op het gebruik van een pseudoniem natuurlijk nog niet een absolute anonimiteit. Indien de ware naam bekend wordt gemaakt, is het kwaad immers geschied.

²¹HR 24 januari 1997, NJ 1997/339. De Hoge Raad stelde dat het bepaalde in art. 2:93 lid 1 BW en art. 203 lid 1 BW betreffende de mogelijkheid van bekrachtiging door een NV en BV na haar oprichting van rechtshandelingen welke zijn verricht namens de op te richten vennootschap, van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen

²²HR 11 april 1997, NJ 1997/583.

creatieve werken. Bovendien regelen deze bepalingen slechts de situatie waarin de auteur zijn werkelijke naam niet noemt dan wel niet wenst te noemen. De bepalingen beantwoorden geen vragen omtrent de aard van het recht op een pseudoniem. Buiten de bepalingen in de Auteurswet steunt de draagwijdte van het recht op pseudonimiteit vooral op gewoonterecht en de wettelijke gevolgen die afgeleid kunnen worden uit de situaties waarin de wet het hanteren van de geslachtsnaam verplicht stelt en een pseudoniem derhalve strijdig met de wet is. Kortom, situaties waarin dwingend recht het recht op een pseudoniem terzijde stelt. Dit betekent in feite dat de vraag of rechtshandelingen onder een pseudoniem verricht kunnen worden bevestigend kan worden beantwoord voor alle gevallen waarin dwingende wettelijke voorschriften zich hier niet tegen verzetten.

Tenslotte is het van belang vast te stellen wat de aard van het recht op een pseudoniem is. Het antwoord op deze vraag is met name van belang voor de eventuele vatbaarheid voor overdracht. Zoals hiervoor opgemerkt is het recht op de (geslachts)naam niet overdraagbaar. Indien ook het recht op een pseudoniem met een unieke persoon is verweven, kunnen we stellen dat het eveneens niet overdraagbaar is.

De doctrine stelt zich op het standpunt dat in die gevallen dat het om persoonlijkheidsgebonden, creatieve, activiteiten gaat, het recht op een pseudoniem een persoonlijkheidsgebonden karakter heeft en derhalve niet voor overdracht vatbaar is. Is daarentegen sprake van handelingen waarbij de persoonlijkheid van de persoon niet relevant is (zoals bij het verrichten van bepaalde economische transacties), dan zal het recht wel overdraagbaar zijn.²³ Kortom, de aard van de handelingen waarbij onder een pseudoniem optreedt is bepalend voor de aard van het recht op een pseudoniem.

4.2 Anoniem

In de praktijk van alle dag vinden diverse rechtshandelingen plaats waarbij een der partijen anoniem blijft omdat ter plaatse en contant voor een product of dienst wordt betaald. Wanneer een student contant een gulden in een koffie-automaat werpt voor een beker espresso, ontstaat een rechtsverbintenis, al zal hij of zij daar niet als zodanig bij stil staan. Formeel juridisch komt een obligatoire overeenkomst tot stand bij een wilsovereenstemming tussen partijen over bepaalde verplichtingen. Het feit dat partijen tot overeenstemming komen zonder dat zij daarbij elkaars identiteit kennen, onzegt de verbintenis geen rechtskracht: ook deze overeenstemming resulteert in principe in een rechtens verbindende overeenkomst.

In het goederenrecht treffen we echter een andere situatie aan. Hier vereist de wetgever veelal wel dat de identiteit van partijen bekend is. Voorwaarde voor een groot aantal goederenrechtelijke transacties is immers de inschrijving in een register. Ratio daarbij is dat kenbaarheid essentieel is, onder meer ten behoeve van de bescherming van derden. Zo stelt art. 3:260, derde lid, B.W. dat een volmacht tot het verlenen van hypothecaire zekerheid moet worden verleend bij notariële akte. Kortom, in de gevallen waarin de wet voorschrijft dat een bepaalde rechtshandeling middels een notariële akte dient te worden verricht, zal ter uitvoering van de voorschriften inzake dergelijke akten verificatie van de betrokken partij(en) noodzakelijk zijn en kenbaarheid van de identiteit een vereiste zijn. Naast het voorschrift van de notariële akte, kent het B.W. het vereiste van de kennisgeving aan bepaalde partijen. Zo is bij de levering van een vordering op naam - naast een daartoe bestemde akte - vereist dat aan de schuldenaar van de levering hierover mededeling wordt gedaan (art. 3:94, eerste lid, B.W.). Ook bij de bepalingen inzake verpanding (art. 3:241 B.W.) speelt de mededeling aan de schuldenaar resp. pandgever een rol als vormvereiste. Kortom, in de gevallen dat de wet aan een bepaalde vermogensrechtelijke rechtshandelingen een noodzakelijke verklaring aan een bepaalde partij koppelt zal anonimiteit tot problemen leiden.

In het verbintenissenrecht is, zoals we zagen, kenbaarheid van de identiteit van partijen als zodanig geen wettelijke voorwaarde voor de totstandkoming van obligatoire verbintenis. Toch resulteert het ontbreken van kennis inzake de identiteit van partijen in problemen bij de uitvoering van de verbintenis. Er moet immers een aanspreekbaar en in bepaalde situatie in zijn hoedanigheid kenbaar subject zijn. Bij afwezigheid van kennis omtrent de identiteit van de handelend persoon zal de schuldeiser bij het instellen van een vordering tot schadevergoeding met lege handen blijven staan. Problemen treden eveneens naar voren in de gevallen van niet-tijdige nakoming waarbij een ingebrekestelling noodzakelijk is. Voor een vordering tot schadevergoeding is vereist dat de schuldenaar in verzuim is. Art. 6:82, eerste lid, B.W. stelt dat het verzuim van een schuldenaar intreedt, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke mededeling. Ook voor andere, in relatie tot niet-nakoming, voorhanden instrumenten zoals het recht van reclame (art. 7:39 B.W.) en de mogelijkheid tot het vernietigen van een rechtshandeling is het wenselijk dat de identiteit van de niet-

²³Ballon, supra noot 18, p. 574 ev.

nakomende partij bekend is. Rechtshandelingen verricht door een handelingsonbekwame zijn aantastbaar, dat wil zeggen nietig dan wel vernietigbaar. Wil een wettelijk vertegenwoordiger van een handelingsonbekwame persoon de overeenkomst vernietigen dan zal de identiteit van deze persoon bekend moeten worden om aldus minderjarigheid dan wel onder curatele stelling aan te tonen.

Een blik op de rechtspraak inzake de obligatoire (verbintenisscheppende) overeenkomst leert dat de identiteit van een der partijen ook een rol kan spelen bij de kwalificatie van de overeenkomst. Art. 6:217 B.W. stelt dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Het aanbod is de wilsverklaring waarin een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst is vervat. Van belang hierbij is dat dit voorstel duidelijkheid verschaft over de belangrijkste verplichtingen die uit de overeenkomst zullen voortvloeien. Bij onvoldoende duidelijkheid hierover is slechts sprake van een *uitnodiging* tot het doen van een aanbod. De vereiste duidelijkheid kan in bepaalde gevallen ook de identiteit van een der partijen betreffen.²⁴ Een nadere aanduiding van de wederpartij is eveneens van belang gegeven de hoedanigheid van contractspartijen (consument, detaillist, werknemer, etc.). Zo zal een professionele partij zich in bepaalde situaties dienen te vergewissen van de hoedanigheid waarin zijn wederpartij handelt (bijvoorbeeld als consument).²⁵

Kenbaarheid hiervan blijkt in diverse situaties van belang te zijn voor de toepasselijkheid van bepaalde bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Gewezen kan onder meer worden op de grenzen die het B.W. stelt aan de contractsvrijheid van partijen wanneer een der partijen consument is. In art. 6:236 B.W. en art. 6:237 B.W. worden bepaalde bedingen in overeenkomsten met consumenten als onredelijk bezwarend aangemerkt (zwarte lijst) dan wel vermoed jegens de consument onredelijk bezwarend te zijn (grijze lijst). Een ander voorbeeld betreft de consumentenkoop. Hier is het criterium dat de verkoper handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:5, eerste lid, B.W.). We wijzen in dit verband ook op de specifieke deskundigheid van de wederpartij. De mate van deskundigheid van partijen speelt een rol bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van partijen en daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsverplichtingen. De voornoemde bepalingen gaan er van uit dat de hoedanigheid van (een der) contractspartijen bekend is. Ze vereisen dus geen kennis van de identiteit van de contractspartijen, maar het bestaansrecht van dergelijke bepalingen komt op de tocht te staan wanneer niet langer duidelijk is met welk type contractspartij men van doen heeft.

Kortom, anoniem handelen is onder het verbintenissenrecht geen nieuw fenomeen en is als zodanig toelaatbaar. Het ontbreken van kennis inzake de identiteit van partijen resulteert echter wel in problemen bij de uitvoering van de verbintenis. Er moet immers een aanspreekbaar en in bepaalde situaties ook in zijn hoedanigheid kenbaar subject zijn.

Wat betekenen de ervaringen met anonieme handelingen en handelingen onder een pseudoniem in de fysieke wereld, nu voor de on-line wereld?

5. Belangen bij het gebruik van pseudoniem of anonimiteit

Zoals in de Inleiding ook al werd aangegeven, wordt in diverse landen en vanuit velerlei instanties gewezen op het belang van mogelijkheden om op anonieme wijze bepaalde handelingen op het Internet te verrichten. Naast de genoemde Aanbeveling van de art.29-werkgroep van de Europese Commissie, stelt ook de Raad van Europa in een document dat anonimiteit essentieel is voor privacybescherming op de elektronische snelweg.²⁶ Hiernaast kan gewezen worden op de Europese richtlijn inzake privacy en telecommunicatie, art. 2 van de Duitse Multimediawet (IuKDG), een rapport van de Franse *Conseil d'État*²⁷ en een rapport van de House of Lords in het Verenigd Koninkrijk. In dit laatste document werd

²⁴HR 10 april 1981, NJ 1981, 532; Hofland/Hennis.

²⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1655.

²⁶Guidelines Raad van Europa, 1997: AGuidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on the information highways, which may be incorporated in or annexed to codes of conduct@ Project Group on Data Protection, Council of Europe, 17 October 1997, CJ-PD (97) rev. , II, nr. 3.

²⁷Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques, 2 juli 1998 (www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm).

gepleit voor een recht op anonieme toegang tot Internet, bijvoorbeeld via bibliotheken.²⁸ Wat betreft de situatie in de Verenigde Staten stellen we vast dat men enerzijds worstelt met de gevolgen van anonieme handelingen op het Internet²⁹, maar anderzijds ook de toepassing van andere dan de traditionele identificerende middelen erkent. Zo werd eind 1999 wetgeving inzake diefstal van identificerende middelen aangenomen, waar ook elektronische pseudo-identiteiten onder gebracht werden.³⁰ Genoemd moet ook worden de aanhangige wetsvoorstel voor de 'Consumer Internet Privacy Protection Act of 1999', waarmee het interactieve computerdiensten verboden zal worden om identificeerbare persoonsinformatie die afkomstig is van een abonnee zonder diens schriftelijke 'informed consent' te verstrekken aan enige derde.

In Nederland kwam de discussie rondom het belang van anonimiteit voor het eerst duidelijk naar voren bij de introductie van de prepaid kaart voor mobiele telefonie. De regering leek eind 1997 in eerste instantie niet zo blij met deze mogelijkheid. De toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken stelde dat de regering plannen had om te komen tot een verbod op anoniem gebruik van prepaid kaarten voor mobiele telefoons. Nadat de Registratiekamer de regering in een kritisch advies verzocht het voornemen te heroverwegen, was het van de baan. Volgens de Registratiekamer zou het loslaten van het uitgangspunt van anonieme communicatie in dit verband resulteren in een onrechtmatige inbreuk op het recht op vertrouwelijke communicatie zoals neergelegd in artikel 8 EVRM.³¹ Begin 1998 stelde de regering in de Nota 'Wetgeving voor de elektronische snelweg' zelf ook dat anonimiteit bij het handelen op de elektronische snelweg het uitgangspunt moet zijn.³²

Van oudsher is de ratio van anonimiteit gelegen in een diversiteit van belangen. Los van de specifieke omstandigheden van het Internet kan gewezen worden op het recht om zelf het moment te bepalen waarop informatie openbaar wordt, het afschermen van informatiebronnen, het onderhouden van contacten en relaties met uitsluiting van derden en het recht om zonder inmenging van anderen te communiceren en overleg te voeren. Deze belangen sluiten nauw aan bij het recht van een ieder op eerbiediging van zijn privéleven en zijn communicatie, zoals erkend in artikel 8 EVRM. Wat betreft de wens tot het hanteren van een pseudoniem, laat de historie zien dat er verschillende redenen waren om een andere dan de eigen naam te hanteren: de verzonnen naam slaat beter aan bij het publiek, het pseudoniem wordt gekozen uit mode-overwegingen of daarmee wordt een gekozen anonimiteit bereikt. In alle gevallen was de belangrijkste reden voor het hanteren van een pseudoniem gelegen in het feit dat auteurs weliswaar hun ware naam niet wensten onthullen, maar zich wel naar een grotere groep wilden individualiseren (en aldus met hun werk herkenbaar wilden zijn). In bepaalde situaties speelt dit oogmerk ook een rol bij de huidige wens om zich in een elektronische omgeving als het Internet onder een pseudoniem kenbaar te maken (bijvoorbeeld bij 'chatten'). In dit geval gaat het ook om de algemene bekendheid onder het pseudoniem. Bij andere toepassingen van een digitaal pseudoniem gaat het echter niet om algemene kenbaarheid, maar om de kenbaarheid naar individuele (rechts)personen in relatie tot individuele transacties. Met de inzet van computertechnologie is het in dat geval ook mogelijk om onuitsprekbare woorden of bepaalde getalcombinaties, die voorheen niet als pseudoniem

²⁸House of Lords 1996: AHouse of Lords Session 1996-97. Select committee on science and technology. Agenda for Action in the UK, Information Society: 5th Report. July 23, 1996. HL Paper 77@, paragraaf 5.64 en 5.66.
<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldselect/inforsoc/inforsoc.htm>.

²⁹Zie de jurisprudentie besproken in: B.P.Keller, P. Johnson, Online Anonymity: Who is John Doe?, BNA Electronic Commerce & Law Report, 19 januari 2000, pp. 70-74.

³⁰ Op 30 oktober 1999 gaf de Amerikaanse president Clinton zijn goedkeuring aan een wet die de diefstal van iemand's identiteit als strafbaar feit aanmerkt. Middels deze *Identity Theft and Assumption Deterrence Act* wordt de *Federal Criminal Code* zodanig geamendeerd, dat diefstal van een 'means of identification' binnen de reikwijdte van het wetboek van strafrecht valt. Van belang hier is de reikwijdte van 'means of identification'. Hieronder blijkt een veelheid aan identificerende middelen te worden verstaan: niet alleen de traditionele naam van een persoon, maar ook nieuwe identificatietechnieken als biometrische gegevens, elektronische identificatienummers, telecommunicatie identificatie- en toegangsnummers vallen onder de definitie. H.R. 4151. Zie ook: BNA's Electronic Commerce & Law Report, 11 november 1999, p. 1299.

³¹Registratiekamer, 12 december 1997. Eerder al bracht de Registratiekamer anonimiteit nadrukkelijk in verband met PET, Privacy Enhancing Technologies (Privacy-Enhancing Technologies, 1995).

³²TK 1997-1998, 25880, nrs. 1-2, p. 129.

maar als anonimiteitsteken werden aangemerkt, te laten fungeren als pseudoniem (PIN-code). In dit geval is het oogmerk een betrouwbare elektronische verificatie. Het is niet langer de mens die hier het pseudoniem individualiseert, maar een machine. Daarbij komt dat bij de PIN-situaties veelal niet de handelend persoon zelf is die kiest voor het gebruik van een pseudoniem, maar het de aanbieder van een bepaalde dienst is die dit als voorwaarde voor het gebruik daarvan stelt. Naast verificatie, is een eventueel tweede oogmerk de handeling aan een bepaald persoon te kunnen relateren gelegen in de mogelijkheid om deze persoon op zijn handelen te kunnen aanspreken (bijvoorbeeld bij fraude). Dit betekent dat het pseudoniem moet te herleiden zijn tot de daadwerkelijke identiteit en dat individualiseerbaarheid dan te maken heeft met traceerbaarheid. Bij een dergelijk elektronisch pseudoniem zal de individuele *persoonlijkheid* van de persoon die de handeling verricht veelal niet relevant zijn. Wel zal de persoon als zodanig relevant zijn in verband met kwesties van risicotoedeling en verhaalbaarheid. Dit betekent dat een elektronisch pseudoniem in veel gevallen in feite overdraagbaar is. Contractueel kan – zoals met de PIN gebeurt – natuurlijk anders afgesproken worden, bijvoorbeeld om redenen van aansprakelijkheid.³³

De belangrijkste reden voor consumenten om op het Internet hun identiteit te verhullen is momenteel echter gelegen in de wens niet te worden blootgesteld aan de informatiedrang van derden. Kort gezegd is het belang gelegen in privacyoverwegingen. De gebruiker van het pseudoniem heeft er geen belang bij dat het grote publiek zijn handelen met zijn specifieke persoon verbindt. Toepassingen als Freedom zijn primair ontwikkeld om gebruikers van het Internet de mogelijkheid te bieden tot het anoniem verzenden van e-mails, het anoniem zoeken van informatie op websites, anoniem chatten, anonieme deelname aan spelletjes, etc. Ook de in de Inleiding genoemde opmerking van Minister van Boxtel over digitaal communiceren met de overheid is ingegeven vanuit het belang van privacybescherming.

Stel, het komt inderdaad zo ver dat anoniem handelen dan wel handelen onder een elektronisch pseudoniem maatschappelijk breed beschikbaar en geaccepteerd is, geeft dergelijk handelen aanleiding tot nadere privaatrechtelijke regulering?

6. De juridische status van de anonieme elektronische rechtshandeling

We stelden in het voorgaande vast, dat het B.W. ruimte biedt om op anonieme basis elektronische rechtshandelingen te verrichten. Deze constatering geldt eveneens rechtshandelingen onder een pseudoniem. Immers, de geldende wettelijke vereisten staan een handelen zonder kenbaarheid van de daadwerkelijke identiteit van partijen niet in de weg. Uitgangspunt van ons verbintenissenrecht is dat rechtshandelingen en overeenkomsten in beginsel vormvrij kunnen worden aangegaan (art. 3:37 lid 1 BW). Aldus staat het partijen vrij de wijze te bepalen waarop ze hun wil verklaren. Dit kan op een anonieme wijze zijn. Slechts in bepaalde gevallen schrijft de wet bepaalde vormvoorschriften voor. Kijken we naar deze vormvereisten, dan stellen we vast dat de identiteit van een consument-afnemer in het verbintenissenrecht niet als vormvereiste wordt genoemd.³⁴ Kortom, het staat partijen op grond van het principe van de contractsvrijheid vrij om anoniem dan wel onder een pseudoniem een overeenkomst aan te gaan en een dergelijk handelen kan in principe leiden tot de beoogde onaantastbare en afdwingbare rechtsgevolgen. Wel staat het partijen vrij om, tenzij dwingend recht zich daartegen verzet, in de overeenkomst de verplichting op te nemen dat hun wederzijdse identiteit vaststaat.

Ook voor een anonieme rechtshandeling en rechtshandelingen onder een pseudoniem geldt dat zij op gelijke wijze geldig, nietig of vernietigbaar zijn als een rechtshandeling verricht met kenbaarheid

³³Overigens kan de toegepaste techniek een overdracht feitelijk in de weg staan. Vgl. bijvoorbeeld biometrie.

³⁴Na implementatie van de Europese Richtlijn Transacties-op-Afstand en de ontwerp-Richtlijn Electronic Commerce in zijn huisige vorm, zullen aanbieders van informatiediensten wel verplicht zijn aan afnemers hun naam, adres en e-mail bekend te maken. Zo stelt het ontwerp art. 7.1.9A.3 BW dat de verkoper bij een overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is diens naam en, indien de koop op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, diens adres vermeldt. TK 26861, nrs. 1-2. Aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn nr. 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG 144).

van de identiteit van de contractspartijen. Aldus is de *wil of wetenschap* van de handelende partijen primair relevant voor de geldigheid of de gevolgen van de anonieme dan wel onder een pseudoniem verrichtte rechtshandeling. Van belang daarbij is vast te stellen welke rol de omstandigheid van anonimiteit heeft gespeeld in de totstandkoming van de rechtshandeling en de bepaling van haar inhoud. De navolgende vragen komen dan aan de orde:

- beruiste de verklaring welke werd geuit naar aanleiding van een anonieme communicatie op een daarmee overeenstemmende wil?
- bestond vanwege deze verklaring bij een der partijen een wilsgebrek?
- resulteerde de verklaring in een gerechtvaardigd vertrouwen?
- waren de handelende partijen te goeder trouw?

Wat betreft de geldigheid of de gevolgen van de rechtshandeling, kunnen we nog kijken naar het aandeel dat de intermediair die de anonimiseringsfaciliteit aanbiedt heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling. Daartoe is van belang vast te stellen welke positie deze intermediair inneemt ten opzichte van de partijen die met elkaar communiceren dan wel contracteren. We stellen vast dat deze intermediair als het ware tussen de relatie van deze partijen uitvalt. Dit vertoont op het eerste gezicht overeenkomsten met de constructie van de vertegenwoordiging. Immers, ook bij vertegenwoordiging wordt de intermediair geen partij bij de rechtshandeling. Toch is het gebruik van de anonimiseringsfaciliteit geen bron van vertegenwoordiging. Van directe vertegenwoordiging is in dit geval geen sprake nu de intermediair de betreffende rechtshandeling niet verricht in naam van degene die anoniem wenst te blijven. De intermediair stelt uitsluitend de anonimiseringsfaciliteit ter beschikking. Ook van indirecte vertegenwoordiging is geen sprake, nu de intermediair niet in eigen naam voor de betreffende persoon handelt.³⁵

De consument die een intermediair inschakelt ten behoeve van een anonimiseringsfaciliteit zal met deze intermediair over het algemeen een overeenkomst afsluiten, waarbij de diverse rechten en plichten veelal zijn neergelegd in de algemene voorwaarden. Deze algemene voorwaarden zijn van belang bij het vaststellen van de mate waarin de intermediair aansprakelijk is voor bepaalde fouten ten aanzien van de door hem geleverde diensten. Zo kan de anonimiseringsdienst falen, waardoor toch persoonsgegevens aan derden kenbaar zijn geworden. Voor de consument is het van belang de risico's in te schatten en te bezien in hoeverre de eventuele schade is af te wentelen op de intermediair. Hierbij is de formulering van de overeenkomst met de intermediair van belang. Een blik op de garantiebepalingen en exoneratieclausules die de momenteel operationele anonimiseringsdiensten hanteren leert dat ze in ruime mate gebruik maken van de mogelijkheid om hun aansprakelijkheid in te perken.³⁶ Het antwoord op de vraag of een bepaalde door de anonimiseringsdienst gehanteerde exoneratie-clausule geldig is, hangt van diverse factoren af. In zijn algemeenheid zal de clausule onereus zijn indien het op een onaanvaardbare wijze afbreuk doet aan de belangen van de consument, dan wel het beding op enige andere wijze in strijd is met de wet of hetgeen betamelijk is in het rechtsverkeer. Bovendien kan de situatie zich voordoen dat het beding zelf geldig is, maar het beroep daarop in een specifieke situatie in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Factoren die concreet bij een door de betreffende intermediair gehanteerd beding een rol spelen zijn de beveiligingsmaatregelen die de intermediair heeft getroffen om calamiteiten (zoals het toch kenbaar worden van de persoonsgegevens) te voorkomen, de mogelijkheden die de intermediair heeft tot het verzekeren van de risico's, de verhouding tussen de prijs van de dienst en de risico's daarvan, de kenbaarheid van het beding alsmede de wijze waarop het beding tot stand kwam (is het eenzijdig door de intermediair opgelegd of was er sprake van een onderhandelings situatie).

Wanneer anonimiseringsdiensten worden aangeboden in combinatie met een certificaat (bijvoorbeeld bij anonieme webbetalingen) wordt in de nabije toekomst de aansprakelijkheidspositie van de aanbieders van deze diensten nader ingevuld middels de Europese Richtlijn Elektronische Handtekeningen.³⁷ Art. 6 van deze Richtlijn stelt dat een certificatie dienstverlener die gekwalificeerde diensten aan het publiek aanbiedt, aansprakelijk is voor de schade die door personen wordt geleden

³⁵Vgl. Art. 3:60 lid 1 BW, waarin wordt bepaald dat volmacht de bevoegdheid is die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten. Met andere woorden, de gevolmachtigde wordt geen partij bij een overeenkomst.

³⁶Zie bijvoorbeeld: <http://www.anonymizer.com/3.0/services/agreement.shtml> (bepalingen 9 en 11) alsmede http://www.xs4all.nl/freedom/Freedom_files/content/voorwaarden.html (bepaling 5.4).

³⁷COM (1999) 626 def

indien deze personen in redelijkheid op de door de certificatie­dienstverlener afgegeven certificaten vertrouwen. Op deze aansprakelijkheid wordt een uitzondering gemaakt indien de certificatie­dienstverlener kan aantonen dat de betreffende persoon nalatig handelde. Een voorbeeld van een situatie waarin de certificatie­dienstverlener aldus aansprakelijk geacht wordt, is als de dienstverlener de intrekking van een gekwalificeerd certificaat niet registreert en personen aldus ten onrechte nog op het betreffende certificaat vertrouwen.

7. Regulering van de anonieme elektronische rechtshandeling?

Is hetgeen in de voorgaande paragraaf is beschreven nu aanleiding voor het stellen van aanvullende regels dan wel een aanpassing van het huidige wettelijk kader? Anders gezegd: heeft het recht een rol bij het aanpassen van eventuele onevenwichtig­heden in de relatie tussen contractspartijen ten gevolge van anoniem handelen en wat is het oogmerk van eventuele regulering? We stelden vast dat het ontbreken van een aanspreekbaar en in bepaalde situatie in zijn hoedanigheid kenbaar subject risico's met zich meebrengt. Denkbaar is dat het recht bepaalde risico's als het ware 'ongeregeld' laat en de overheid (vooral­snog) de voorkeur geeft aan zelfregulering door marktpartijen. Een dergelijke aanpak is in lijn met het huidige standpunt van de Nederlandse regering ten aanzien van de aanpak van ICT-gerelateerde problemen. Juist door op het instrument van de zelfregulering in te zetten, hoopt de overheid voldoende flexibiliteit te bieden in een tijd waarin technologische en maatschappelijke turbulentie de overhand hebben. Gedurende de periode dat de technische ontwikkelingen met betrekking tot (pseudo-)anonieme handelingen nog niet zijn uitgekristaliseerd, de consequenties daarvan niet volledig zijn te overzien en er behoefte bestaat te experimenteren met bepaalde (technische) randvoorwaarden, kan regulering door de markt zijn waarde bewijzen. Daarbij kan men stellen dat de zich ontwikkelende praktijk ook een aanzet kan bieden voor het ontstaan van nieuwe rechtsnormen ten aanzien van (pseudo-)anoniem handelen.

Zelfregulering zal in dit verband in eerste instantie neerkomen op een contractuele oplossing. Naast het voornoemde voordeel van flexibiliteit, biedt het contract ruimte voor maatwerk. Zoals bekend wordt de keerzijde van de medaille echter gevormd door het risico dat de belangen van de consument als zwakkere contractspartij onvoldoende aan bod komen. Het privaatrecht kent echter diverse middelen die het verschil in machtsverhoudingen tussen de partijen kunnen compenseren. Bekend zijn de artt. 6:231-247 BW inzake de algemene voorwaarden en art. 6:248 BW betreffende de aanvullende en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Nadeel van deze middelen is daarentegen dat ze slechts voorzien in een correctiemechanisme achteraf. Een uitzondering daarop vormt de regeling van art. 6:240 BW. Met deze bepaling in de hand kunnen belangenorganisaties algemene voorwaarden ter toetsing in abstracto aan de rechter voorleggen. Mochten de in relatie tot anonimiseringsdiensten gehanteerde algemene voorwaarden in zijn algemeenheid in voor consumenten onredelijke situaties resulteren, dan ligt hier duidelijk een taak voor belangenorganisaties. In de toekomst wordt deze mogelijkheid voor consumentenorganisaties uitgebreid met de mogelijkheid om ook bij grensoverschrijdende kwesties een geschil in het buitenland aanhangig te maken.³⁸

Bij de totstandkoming van zelfreguleringsinitiatieven kan de overheid overigens wel als stimulator optreden. Een concrete mogelijkheid die de overheid heeft om de contractuele praktijk vorm te geven is de standaardregeling van art. 6:214 BW. Dit instrument werd ook reeds in de Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg genoemd³⁹, en biedt de overheid de mogelijkheid een toezien oog te hebben op door marktpartijen te formuleren standaardbepalingen, welke vervolgens gelding hebben voor alle individuele contracten van dit type overeenkomst. Kenmerkend voor de figuur van de standaardregeling is dat deze aanvullend recht bevat en partijen de mogelijkheid hebben om bij overeenkomst van de regeling af te wijken.⁴⁰ Wanneer bij (pseudo-)anonieme transacties zelfregulering middels algemene voorwaarden tot een vanuit consumentenperspectief onwenselijke situatie leidt, zal de wetgever de betrokken partijen kunnen voorstellen om – met participatie van onafhankelijke deskundigen en onder goedkeuring van de Kroon - tot een gelijkwaardige regeling te komen.

Indien er uiteindelijk toch voor wordt gekozen wetgeving een rol te geven bij het reguleren van pseudo-anonieme rechtshandelingen zal wat betreft de inhoud van de eventuele nadere regels onderzocht moeten worden welke belangen bij de toepassing van pseudo-anonimiteit beschermd

³⁸ TK '99-'00, 26693, nrs. 1-2.

³⁹ TK 1997-1998, 25880, nrs. 1-2, p. 181.

⁴⁰ Hetgeen overigens niet betekent dat hier veelvuldig van gebruik gemaakt moet worden, omdat dit het oogmerk van de standaardregeling ondergraaft.

moeten of zouden moeten worden. Anders gezegd: wat beoogt men met een eventuele aanpassing van het bestaande wettelijk regime? Gedacht kan hier worden aan het veiligstellen van bepaalde belangen zoals het vertrouwen in de pseudo-anonieme elektronische transactie, consumentenbescherming, de bewijspositie van betrokken partijen, het tegengaan van identiteitsfraude en zeker niet te vergeten: de rechtszekerheid.

Bij een eventuele aanpassing van het wettelijk kader zal – gegeven de gewenste inhoud van de regeling - bezien moeten worden welke invloed een dergelijke regulering heeft op de uitgangspunten van het nationale verbintenissen- en goederenrecht. Gegeven de grensoverschrijdende dimensie van elektronische communicatie en handelingen zou bij het formuleren van de nadere regels tevens gekeken kunnen worden naar de ontwikkelingen en aanknopingspunten in de buitenlandse rechtstradities. Een blik op het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem leert dat daar aangrijpingspunten zijn te vinden voor een objectivering (depersonalisatie) van relaties gecombineerd met een aansprakelijkheidssysteem. Wat de personen die op volstrekt anonieme basis handelen precies met hun handelen beogen en wie deze personen precies zijn doet er in een dergelijk systeem niet toe: de handelingen van personen en hun relatie worden gedepersonaliseerd. De aansprakelijkheidskwestie wordt afgedekt met een systeem van objectieve risicoverdeling en de aansprakelijkheidsrisico's kunnen dan worden ondervangen door een te ontwikkelen verzekeringssysteem.

8. Afsluitende opmerkingen

Wat de uitkomst van de diverse ontwikkelingen inzake anonieme en semi-anonieme handelingen op het Internet ook moge zijn, het uitgangspunt bij de privacybescherming van consumenten op het Internet moet zijn dat waar zij in de off-line wereld volledig anoniem bepaalde handelingen willen en kunnen verrichten, ze dit ook in een on-line omgeving moeten kunnen doen. Hiertoe moeten zowel de technische en organisatorische middelen de noodzakelijke mogelijkheden bewerkstelligen, als ook het recht de gewenste ruimte bieden. Ten aanzien van de technische en organisatorische middelen zal men niet alleen moeten denken aan de faciliteiten die anonimiteit als zodanig bewerkstelligen (waaronder ook de infrastructuur en protocollen), maar ook de voorzieningen die getroffen moeten worden om de authenticiteit en integriteit van de communicatie en handelingen te waarborgen. Zo vereisen deze belangen dat bij anonieme betalingsmogelijkheden bepaalde technische faciliteiten worden aangebracht. Wat betreft de rol van het recht is met het bovenstaande een aanzet voor de discussie gegeven.

Samenvatting

Anonimiteit op het Internet mag zich in een toenemende mate van belangstelling verheugen. Met name in de discussie over adequate privacybescherming voor consumenten op het Internet wordt gewezen op het belang en de mogelijkheden van het op anonieme basis communiceren en verrichten van transacties. De nieuwe dynamiek van gegevensverwerking op het Internet laat zien dat onze maatschappij een weg is ingeslagen naar een kenbaarheidsmaatschappij: een samenleving waarin identificeerbaarheid en kenbaarheid eerder regel dan uitzondering zijn. Kenbaarheid is het uitgangspunt (geworden). Oftewel: persoonsgegevens zijn openbaar, tenzij ... In een dergelijke samenleving is vertrouwen op de effectiviteit van privacywetgeving niet voldoende, maar moet anonimiteit - onder meer met behulp van de techniek – door consumenten zelf actief worden bewerkstelligd.

Stel consumenten krijgen een recht op anonimiteit en gaan grootschalig anonimiseringstechnieken inzetten om daarmee rechtshandelingen op het Internet op anonieme basis te verrichten: wat zijn daarvan de privaatrechtelijke consequenties? In welke mate laat het Burgerlijk Wetboek toe dat consumenten op anonieme wijze transacties op het Internet verrichten?

Bij het formuleren van een antwoord op deze vragen is het allereerst van belang vast te stellen dat anoniem handelen geen nieuw verschijnsel is. Waar in de on-line wereld behoefte aan het verhullen van de identiteit is, bestaat die wens ook in de off-line wereld. Vanuit de praktijk van alle dag vallen vele voorbeelden te noemen die laten zien dat het handelen onder een pseudoniem dan wel het verrichten van handelingen waarbij men anoniem is, ook in de fysieke wereld een bekend en aanvaard verschijnsel is. Ons recht heeft de mogelijkheid tot het verhullen van de identiteit ook op meerdere plaatsen erkend (onder meer in de Auteurswet). Van oudsher is de ratio van anonimiteit gelegen in een diversiteit van belangen. Los van de specifieke omstandigheden van het Internet kan gewezen worden op het recht om zelf het moment te bepalen waarop informatie openbaar wordt, het afschermen van

informatiebronnen, het onderhouden van contacten en relaties met uitsluiting van derden en het recht om zonder inmenging van anderen te communiceren en overleg te voeren.

De belangrijkste reden voor consumenten om op het Internet hun identiteit te verhullen is momenteel echter gelegen in de wens niet te worden blootgesteld aan de informatiedrang van derden. Kort gezegd is het belang gelegen in privacyoverwegingen. De gebruiker van het pseudoniem heeft er geen belang bij dat het grote publiek zijn handelen met zijn specifieke persoon verbindt. Toepassingen als Freedom zijn primair ontwikkeld om gebruikers van het Internet de mogelijkheid te bieden tot het anoniem verzenden van e-mails, het anoniem zoeken van informatie op websites, anoniem chatten, anonieme deelname aan spelletjes, etc.

Ten aanzien van de status van anonieme handelingen in het privaatrecht, stellen we vast dat anoniem handelen onder het verbintennisrecht geen nieuw fenomeen is. Als zodanig zijn dergelijke handelingen toelaatbaar. Het ontbreken van kennis inzake de identiteit van partijen resulteert echter wel in problemen bij de uitvoering van de verbintenis. Er moet immers een aanspreekbaar en in bepaalde situaties ook in zijn hoedanigheid kenbaar subject zijn. In het goederenrecht treffen we echter een andere situatie aan. Hier vereist de wetgever veelal wel dat de identiteit van partijen bekend is. Voorwaarde voor een groot aantal goederrechtelijke transacties is immers de inschrijving in een register.

Als we vaststellen dat het ontbreken van een aanspreekbaar en in bepaalde situatie in zijn hoedanigheid kenbaar subject onder het verbintennisrecht bepaalde risico's met zich meebrengt, ligt de vraag voor of dit aanleiding is voor het stellen van aanvullende regels dan wel een aanpassing van het huidige wettelijk kader. De analyse laat zien dat de voorkeur allereerst naar zelfregulering uitgaat. Gedurende de periode dat de technische ontwikkelingen met betrekking tot (pseudo-)anonieme handelingen nog niet zijn uitgekristaliseerd, de consequenties daarvan niet volledig zijn te overzien en er behoefte bestaat te experimenteren met bepaalde (technische) randvoorwaarden, kan regulering door de markt zijn waarde bewijzen. Daarbij kan men stellen dat de zich ontwikkelende praktijk ook een aanzet kan bieden voor het ontstaan van nieuwe rechtsnormen ten aanzien van (pseudo-)anoniem handelen.

Indien er uiteindelijk toch voor wordt gekozen wetgeving een rol te geven bij het reguleren van pseudo-anonieme rechtshandelingen zal wat betreft de inhoud van de eventuele nadere regels onderzocht moeten worden welke belangen bij de toepassing van pseudo-anonimiteit beschermd moeten of zouden moeten worden. Anders gezegd: wat beoogt men met een eventuele aanpassing van het bestaande wettelijk regime? Gedacht kan hier worden aan het veiligstellen van bepaalde belangen zoals het vertrouwen in de pseudo-anonieme elektronische transactie, consumentenbescherming, de bewijspositie van betrokken partijen, het tegengaan van identiteitsfraude en zeker niet te vergeten: de rechtszekerheid.

Bij een eventuele aanpassing van het wettelijk kader zal – gegeven de gewenste inhoud van de regeling - bezien moeten worden welke invloed een dergelijke regulering heeft op de uitgangspunten van het nationale verbintennis- en goederenrecht. Gegeven de grensoverschrijdende dimensie van elektronische communicatie en handelingen zou bij het formuleren van de nadere regels tevens gekeken kunnen worden naar de ontwikkelingen en aanknopingspunten in de buitenlandse rechtstradities. Een blik op het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem leert dat daar aangrijpingspunten zijn te vinden voor een objectivering (depersonalisatie) van relaties gecombineerd met een aansprakelijkheidssysteem. Wat de personen die op volstrekt anonieme basis handelen precies met hun handelen beogen en wie deze personen precies zijn doet er in een dergelijk systeem niet toe: de handelingen van personen en hun relatie worden gedepersonaliseerd. De aansprakelijkheidskwestie wordt afgedekt met een systeem van objectieve risicoverdeling en de aansprakelijkheidsrisico's kunnen dan worden ondervangen door een te ontwikkelen verzekeringssysteem.

Wat de uitkomst van de diverse ontwikkelingen inzake anonieme en semi-anonieme handelingen op het Internet ook moge zijn, het uitgangspunt bij de privacybescherming van consumenten op het Internet moet zijn dat waar zij in de off-line wereld volledig anoniem bepaalde handelingen willen en kunnen verrichten, ze dit ook in een on-line omgeving moeten kunnen doen. Hiertoe moeten zowel de technische en organisatorische middelen de noodzakelijke mogelijkheden bewerkstelligen, als ook het recht de gewenste ruimte bieden.

Stellingen

- Waar consumenten in de off-line wereld volledig anoniem bepaalde handelingen willen en kunnen verrichten, moeten ze dit ook in een on-line omgeving kunnen doen.

- Een eventuele privaatrechtelijke regulering van anonieme rechtshandelingen noodzaakt tot aandacht voor het Anglo-Amerikaanse systeem van objectivering (depersonalisatie) van rechtsrelaties gecombineerd met een aansprakelijkheidsregeling en verzekeringsconstructies.