

Victor de Pous

Recht voor een nationale informatie- samenleving

Plaats- en tijdonafhankelijk handelen door informatie- en communicatietechnologie (ict) *altijd en overal* vormt de blijvende macrotrend in de informatiemaatschappij van de 21ste eeuw. Informatieverwerking krijgt een meer dynamisch en grensoverschrijdend karakter, wat allerlei aantrekkelijke persoonlijke toepassingen en commerciële kansen ontsluit. Tegelijk levert de mens door uitbesteding verschillende vormen van controle en zelfbeschikking in. Algemeen bezien wordt hij nog afhankelijker van de informatietechniek en van leveranciers en neemt zijn kwetsbaarheid verder toe. Zonder ict staat immers alles stil. Dat geldt tevens voor bedrijven, overheidsorganisaties en de samenleving als geheel.

De prangende vraag luidt: wat voor type informatiesamenleving willen we eigenlijk? Is er een centraal uitgangspunt en hoe ziet vervolgens het corresponderend rechtskader er uit? Zijn we bijvoorbeeld voorstander van stevige rechten op privacy, anonimiteit en 'vergetelheid'? Welke rechten voor gebruikers van digitale producten en diensten zijn redelijk? Mag Nederlandse overheidsinformatie in het buitenland worden verwerkt? Hoe loopt de scheidslijn tussen de verantwoordelijkheid van de publieke sector voor de digitale infrastructuur en die van burgers en bedrijfsleven? Leidt de onvermijdelijke komst van *ubiquitous computing* en de verregaande robotisering tot juridische piketpalen voor de inzet van kunstmatige intelligentie?

Eén zaak is helder. De up-to-date samenleving vraagt om geavanceerde en structurele benadering van de rechtskaders voor de vraaggestuurde beschikbaarheid van robuuste, veilige en interoperabele digitale technologie – infrastructuur, producten en diensten – in het licht van de kernwaarden van de mens in zijn sociale context. We moeten ons thuis voelen in *onze* informatiemaatschappij.

Toekomstbeeld

Mensen, vooral in het Nederland met haar volprezen kenniswerkers, verrichten hun noeste arbeid, in groten getale op basis van zelfstandigheid, in losse samenwerkingsverbanden en op de plaats waar ze zich feitelijk bevinden. Werken in loondienst, dus op grond van een arbeidsovereenkomst, behoort tot een juridische minderheid. De meesten in Nederland voeren hun economische activiteiten uit op basis van overeenkomsten tot opdracht of andere samenwerkingsvormen. Kantoren hebben al jaren geen 'muren' meer. Werk en privé lopen structureel, maar ongestructureerd door elkaar. De juridische waterscheiding tussen iemand die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of als consument in het burgerlijk recht is vervallen. *In Nederland* betekent noch dat de kenniswerker per se voor opdrachtgevers binnen onze landsgrenzen werkt, noch dat de kenniswerker ondernemer is in de zin van de Nederlandse belastingwetgeving. Veelvuldig is *buitenlands recht* op de rechtsverhouding tussen kenniswerker en opdrachtgever van toepassing.

Harde pecunia verdwijnen langzaam maar zeker. De productie van voedsel en andere goederen, maar ook transport en logistiek evenals marketing en verkoop betreffende verregaand geautomatiseerde bedrijfsprocessen, mede dankzij intelligente informatiesystemen, machines en robots. Management vraagt nauwelijks nog om personele inzet.

Triljoenen sensors communiceren met elkaar. Hierdoor ontstaat het Internet of Things, een netwerk van identificeerbare unieke objecten. Onderdelen, producten, bankbiljetten, kleding, voedsel en verpakkingen voorzien van allerhande RFID tags, voor legio toepassingen.¹ Maar ook op andere wijzen is *ubiquitous* of *pervasive computing*² een feit. Bij intelligente gebouwen, woningen inclusief, en bijvoorbeeld in de zorg, vervoer, handel, transport, publieke sector.

¹ http://nl.wikipedia.org/wiki/Radio_frequency_identification#Lijst_van_toepassingen

² http://en.wikipedia.org/wiki/Ubiquitous_computing

Cloud computing, ofwel *everything-as-a-service*, domineert als het preferente leveringsmodel voor informatie- en communicatietechnologie. Softwarecode en informatie bevinden zich ergens in datacenters en zijn door virtualisatietechnieken losgekoppeld van de fysieke computerapparatuur en worden op afroep, elastisch schaalbaar en zonder menselijke tussenkomst, als dienst geleverd.³ In wisselende samenstelling zorgen gekoppelde datacenters voor de ‘vloeibare’ gegevensverwerking. De elektronische diensten faciliteren bij uitstek de wens van de mens om plaats- en tijdonafhankelijk te handelen in zijn wisselende hoedanigheid van burger, werker, consument, patiënt, enzovoort. Uiteindelijk speelt *cloud computing* zich onzichtbaar, vaak grenzeloos en *at the speed of light* af, geground op de basisgedachte dat *the network is the computer*, waardoor *information at your fingertips, everywhere, everytime* mogelijk wordt.

Toekomstbeschouwing

Een winkel anno 2020. Iemand betaalt enkele boodschappen cash en beschikt kennelijk niet over een elektronische klantenkaart.⁴ Alarmbellen gaan af. Camera’s zoomen automatisch in op het gezicht dat ogenblikkelijk wordt gematched met een databank met daarin opgeslagen alle registreerde klanten. Wie is deze klant in vredesnaam? In de openbare ruimte, gewoon op straat, registreerde camera’s van de gemeente de persoon al eerder.

*Privacy by Design*⁵ heeft het niet gehaald en een (grond)recht om vergeten te worden⁶ ook niet. Anonimiteit oogt primair verdacht. Daarentegen vormt de controlesamenleving het beleidsmatige uitgangspunt in Europees perspectief. De mens is domweg zijn elektronische schaduwbeeld⁷ geworden, want nagenoeg alle handelingen – dus niet alleen de rechtshandeling – krijgen automatisch elektronisch beslag. Wettelijke bewaarverplichtingen schrijven een minimale termijn voor van tien jaar, voor wat voor soort informatie dan ook. Zo wordt sinds 1 januari 2015 ‘verdacht’ gedrag van passagiers aan boord van een vliegtuig herkend en opgeslagen.⁸ De Europese Unie heeft in navolging van de Verenigde Staten wettelijk bepaald dat op alle vluchten naar en vanuit een lidstaat een informatiesysteem beelden, geluiden en geuren permanent analyseert.⁹ Bij onraad ontvangt de cockpitbemanning een waarschuwing en veiligheidsdiensten kijken de hele vlucht mee.

De wetgever geeft al twee decennia lang blijk van een enigszins dubbele moraal. De burger *als consument* verdient kennelijk in schier onbepaalde mate extra bescherming tegen de boze entrepreneur, terwijl de rechtspositie van de burger (als burger) tegenover overheidsorganisaties op grond van vermeende veiligheid behoorlijk is uitgehold. Bovendien liegen computers niet. Het bestuurs-

³ <http://csrc.nist.gov/groups/SNS/cloud-computing/>

⁴ Neem de bonuskaart van Albert Hein. De aankoop van coffee cups van het merk Nespresso kan echter nu al niet anoniem, zonder lidmaatschap, plaatsvinden.

⁵ http://www.cbpweb.nl/Pages/th_pbd_start.aspx

⁶ Eurocommissaris Kroes lijkt zich hiervoor sterk te maken bij de herziening van de privacyrichtlijn, waarvan we de blauwdruk nog dit jaar (2011) te zien krijgen.

⁷ <http://www.reuters.com/article/2011/03/17/us-eu-internet-privacy-idUSTRE7zG48Z20110317>

⁸ In de jaren zeventig van de vorige eeuw begonnen sommigen onder ons zich zorgen te maken over het ontstaan van een administratief schaduwbeeld door het koppelen van bestanden. Je kunt zeggen dat dit vooral betrekking heeft op de registratie van transacties.

⁹ <http://neonopticon.wordpress.com/tag/behavioural-analysis/>

⁹ Intelligente software zorgt er voor dat de alarmbel niet rinkelt bij luchtreizigers met vlieg angst of voedselvergiftiging. Dat geldt eveneens ten aanzien van passagiers die onrustig slapen, met hun handen praten, fel discussiëren of van huis uit flink zweten.

recht bepaalt dat de informatiesystemen van overheidsorganisaties *by default* gelijk hebben. Hoewel tegenbewijs mogelijk is, betreft deze actie praktisch gezien een mer-à-boire.¹⁰

De verregaande bewaarverplichtingen voor het bedrijfsleven, het corresponderende en eveneens verregaande inzage-recht van de overheid en de generieke inzet van *Schleppnetz-fahndung*¹¹ hebben samen voor de definitieve teloor-gang van een essentieel rechtsbeginsel gezorgd. Niemand was vroeger 'zomaar,' per definitie, een verdachte. In onze rechtsstaat geldt weliswaar nog altijd dat uitsluitend degene als verdachte wordt aangemerkt, "te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit,"¹² maar feitelijk doen overheidsorganisaties *twenty four times seven* veelomvattend onderzoek naar de handel en wandel van alle burgers, inwoners en anderen. De onschuldpresumptie van ons strafrecht is daarmee verdwenen. Het leidmotief luidt kinderlijk: "wie niets te verbergen heeft, heeft niets te vrezen."¹³ Daarmee wordt bovendien de essentie van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer miskend. Privacy is mede een ethische waarde, die een essentieel onderdeel uitmaakt van het welzijn van de mens.

Ook bedrijven willen doorgaans over zo veel mogelijk gegevens beschikken. Vooral persoonsgegevens¹⁴ zijn in zwang: van klanten, prospects en opdrachtne-mers. Historische en actuele gegevens, soms het liefst in real-time. De wetgever heeft echter juridische drempels opgeworpen, maar die verdwijnen als sneeuw voor de zon door het verlenen van toestemming van de afnemer als tegenprestatie voor korting of een gratis dienst. Langs deze weg zakte privacy af tot een mensenrecht waarvoor de afnemer gewoon betaalt. Wie niet betaalt, krijgt te maken met intensieve *behavioural targeting*, een reclametechniek die mogelijk wordt door het elektronisch (op Internet, of via een smartphone of tablet en bijvoorbeeld via de OV-chipkaart) volgen van mensen en het continue analyseren van hun gedrag.

Ondertussen managen intelligente, lerende systemen de handel. Van de *flash crash* op 6 mei 2010 hebben we niet geleerd.¹⁵ Toen verloren Amerikaanse aandelenbeurzen in een half uur 700 miljard dollar. In veel sectoren maken computers de beslissingen, en dus de dienst uit, gebaseerd op geavanceerde algoritmes die weliswaar door mensen zijn ontwikkeld, maar waarvan de werking ons niet langer bekend is.

Opdoemende elektronische snelwegen

Hoewel de oubollige metafoer van de elektronische snelweg mogelijk uit 1983 stamt, introduceert senator Al Gore in 1991 de *information superhighway* bij politiek en openbaar bestuur door middel van de High Performance Computing and Communication Act of 1991.¹⁶ Op basis daarvan ontwikkelt de

¹⁰ Een soortgelijke situatie doet zich overigens ook in de private sector voor door middel van bewijsovereenkomsten.

¹¹ Van oorsprong een Duits juridisch begrip, vastgelegd in § 163d Strafprozessordnung. Is echter een algemene term geworden voor een bijzondere opsporingsmethode door de inzet van *matching* van en *data mining* in databestanden met persoonsgegevens van in beginsel niet-verdachte personen.

¹² Artikel 27, lid 1 Wetboek van Strafvordering.

¹³ Tweedekamerlid voor de VVD, Fred Teeven – thans (2011) staatssecretaris van Veiligheid en Justitie – sprak deze drogreden nog eens, in 2008, nadrukkelijk in het parlement uit tijdens de behandeling van wetsvoorstel voor de implementatie van de Europese richtlijn data-rententie. En Rob de Nijs zette Nederland op het verkeerde been door in een tv-reclamespotje van de banken te stellen: "Ze mogen alles van me weten, behalve m'n pincode."

¹⁴ Elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, aldus de Wet bescherming persoonsgegevens.

¹⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/2010_Flash_Crash

¹⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/High_Performance_Computing_and_Communication_Act_of_1991

regering Clinton, thans met Gore als vicepresident, nieuw telecommunicatiebeleid dat gericht is op de totstandkoming van de National Information Infrastructure. Kort gezegd, een geavanceerd web van publieke en private communicatienetwerken, interactieve diensten, interoperabele apparatuur en software, computers, databanken en consumentenelektronica, met als doel om, zoals Microsoft CEO Bill Gates het in 1994 zou verwoorden, *information at your fingertips*, grootschalig en maatschappijbreed mogelijk te maken.¹⁷

At the center of this will be the idea of digital convergence. That is, taking all the information – books, catalogs, shopping approaches, professional advice, art, movies – and taking those things in their digital form, ones and zeroes, and being able to provide them on demand on a device looking like a TV, a small device you carry around, or what the PC will evolve into.

De ontwikkelingen in Washington DC, vormden in andere landen aanleiding eveneens beleid terzake te ontwikkelen. Zo ontvangt de Europese Raad op 26 mei 1994 het rapport *Europe and the global information society* van Europees commissaris Bangemann en wordt bij ons in de Troonrede van hetzelfde jaar voor het eerst over “digitale snelwegen” gesproken. Een nationaal actieplan ziet later dat jaar het licht. Daarin laat de regering het initiatief voornamelijk over aan de markt, die moet zorgen voor de aanleg en de toepassingsmogelijkheden van deze infrastructuur. De overheid houdt zich – slechts – bezig met regelgevende kaders, die als randvoorwaarden functioneren. In het plan wordt voorgesteld een wettelijk en materieel raamwerk te creëren dat een commercieel en bestuurlijk belangrijke infrastructuur van interactieve communicatie mogelijk maakt:¹⁸

- Verzekeren van een brede toegang tot de communicatiemediën en rijke, pluriforme informatiebronnen voor de hele samenleving. Dit komt tot uiting in het informatieverzorgings-, voorlichtings- en onderwijsbeleid en in een kwalitatief hoogstaand en gevarieerd aanbod via een sterke en herkenbare publieke omroep.
- Ruimte bieden voor initiatieven in de marktsector om investeringen te doen in netwerken en diensten, door een voortvarende aanpak van liberalisering en waar mogelijk deregulering van markten voor telecomdiensten en elektronische media.
- Een nieuw kader scheppen voor (zelf)regulering om heldere juridische voorwaarden vast te stellen rond niet-op-papier-vastgelegde informatie. Daarbij spelen onder meer aspecten als intellectuele eigendomsrechten en privacy een rol.
- De positie van de overheid als grootverbruiker van informatie-(systemen) en telecomdiensten zo organiseren, dat deze een stimulerende en richtinggevende invloed uitoefent op de ontwikkeling van elektronische snelwegen.
- Versterking van de kennisinfrastructuur.
- Opzetten van een beperkt aantal richtinggevende voorbeeldprojecten in de markt- en openbare sector om een start te maken en ervaring op te doen met de ontwikkeling van de elektronische snelwegen.

¹⁷ De slogan *Putting information at your fingertips* stamt waarschijnlijk uit de jaren zeventig en werd gebruikt door de Information Industry Association.
<http://spectrum.ieee.org/computing/software/information-at-your-fingertips>

¹⁸ Opgesomde taken van de overheid in *Nationaal Actieprogramma Elektronische Snelwegen*, 1994.

Opmerkelijk is de beoogde dubbelrol van de publieke sector, met haar grosso modo 1.600 organisaties, als geconsolideerde ict-grootgebruiker en marktstimulator. Daarover constateerden we eerder¹⁹ en nu samen met de Algemene Rekenkamer dat het om geheel gescheiden beleidsterreinen gaat, waarvoor (het procurementbeleid) het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, respectievelijk (het marktbeleid) het ministerie van Economische Zaken, Innovatie en Landbouw verantwoordelijk is.²⁰

Legislatieve trends

Wie aan het begin van het tweede decennium van de 21^{ste} eeuw de juridische balans opmaakt, constateert ogenblikkelijk dat de tijd niet stil gestaan heeft. In ieder geval hebben we aan legislatieve rechtsregels in het domein van informatietechnologie en elektronische snelwegen in Europa geen gebrek. Alles wat zelfs maar neigt naar digitale technologie verdient blijkbaar extra *wettelijke* regels.²¹ De reden daarvoor is gelegen in het feit dat zowel de communautaire wetgever als haar Nederlandse pendant juridische codering als ontstaansfactor voor de informatiemaatschappij beschouwt. We kennen nu speciale regels voor de rechtsbescherming van softwaretechnologie, topografieën van halfgeleiderproducten (micro-elektronische chips dus) en elektronische databanken. Verder is het auteursrecht met het oog op de informatiemaatschappij aangepast evenals het bestuursrecht, het strafrecht en de strafvordering.

Ook in het domein van marketing- en zakendoen-op-afstand grepen de wetgevers juridisch in. Zo zijn er allerlei voorschriften, waaronder informatieplichten, waaraan websites van bedrijven moeten voldoen, kunnen we gebruik maken van twee soorten elektronische handtekeningen met daaraan gekoppelde juridische consequenties en is het versturen van commerciële emailberichten (spam) – zowel in de consumentenmarkt als in het zakelijke segment – tegenwoordig in Nederland strak aan banden gelegd.

Nieuwe majeure legislatieve operaties liggen in het verschiet, mede als onderdeel van brede politieke agenda's. Na Europa²² in september 2010, kent Nederland sinds kort haar eigen strategische digitale agenda.²³ Trends in wetgeving voor de informatiemaatschappij laten zich, zowel terug- als vooruitkijkend, als volgt samenvatten:

- Versterking van de rechtspositie van 'creatieven en vernieuwers' in het licht van intellectuele eigendomswetgeving: auteursrecht, software-auteursrecht, chiprecht, databankrecht en handhavingsmogelijkheden, ten opzichte van mededingers en consumenten.
- Versterking van de rechtspositie van consumenten in het licht van de privacywetgeving ten opzichte van bedrijven en instellingen.
- Versterking van de rechtspositie van consumenten (recht met betrekking tot elektronische

¹⁹ V.A. de Pous, *Zakendoen met de overheid: Public procurement voor ICT-leveranciers*, 2010.

²⁰ Algemene Rekenkamer, *Open standaarden en open source software bij de rijksoverheid*, 2011.
http://www.rekenkamer.nl/Actueel/Onderzoeksrapporten/Introducties/2011/03/Open_standaarden_en_opensourcesoftware_bij_de_rijksoverheid.

²¹ Daarnaast zijn er talloze contracten en algemene voorwaarden en is er omvangrijke hoeveelheid ict-rechtspraak ontstaan. Over privacy tot domeinnamen. Zie ook V.A. de Pous, *Recht op elektronische technologie 1983-2008*, rapport in opdracht van GBO. Overheid (thans Logius) geschreven, opgenomen in *Eerlijk zullen we alles delen: verkenningen naar interoperabiliteit* (Sander Zwienink en Pieter Wisse, samenstellers, GBO.Overheid/Bureau Forum Standaardisatie, 2008).

²² http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/index_en.htm

²³ http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ict/digitale-agenda-in-beeld?ns_campaign=Economie_en_ondernemen&ro_adgrp=ICT-Digitale_agenda&ns_mchannel=sea&ns_source=google&ns_linkname=%2Bdigitale%20%2Bagenda&ns_fee=0.00

- handel- en dienstverlening, met betrekking tot garantie op producten) ten opzichte van producenten en leveranciers.
- Versterking van de rechtspositie van de overheid (toenemende controle- en opsporingsbevoegdheden in het kader van de bestrijding van fraude, misdaad en terrorisme; mede gekoppeld aan verplichtingen voor ondernemers om gegevens te bewaren) ten opzichte van burgers en ondernemers.

Tallose transformaties

De bijna vergeten Alvin Toffler zag het destijds, toen er nog geen hausse aan zelfbenoemde goeroes was, scherp. De gezaghebbende futuroloog betoogde in 1980 in *The Third Wave* dat de wereld na de landbouw en de industrialisatie, dankzij ict aan de vooravond staat van een nieuwe ontwikkelingsgolf.²⁴ De Amerikaan voorspelde dat mensen, op basis van *telecommuting*, in het *electronic cottage* van de toekomst gaan consumeren en produceren.

Inmiddels volgen technologische en sectorale ontwikkelingen elkaar in hoog tempo op. De elektronische technologiemarkten²⁵ zijn heterogeen en kenmerken zich door een hoge dynamiek. Speelvelden veranderen niet alleen door een onuitputtelijke reeks elektronische vindingen. Ook zien we continue bedrijfsmatige ontwikkelingen: het ontstaan van nieuwe zakelijke modellen, combinaties van oude en nieuwe modellen, de oprichting van tallose start-ups en het grote aantal fusies en overnames.

Maar dat de gevolgen daarvan slechts ten dele positief zijn, realiseert iedereen zich nog altijd niet. De zo geprezen technologie heeft namelijk een mogelijk even ontwrichtend als innovatief karakter. De brede en laagdrempelige beschikbaarheid van Internet zette de laatste vijftien jaar ondernemerschap in veel sectoren op zijn kop. Van de muziekindustrie tot de reisbranche.²⁶ Deze fnuikende lijn zal zich mede door de gestage opkomst van cloud-computingdiensten ontegenzeggelijk voortzetten.

Rechtsnormen zijn eveneens aan verandering onderhevig en in het kader van digitale technologie en de informatiemaatschappij dikwijls vóórdat de gevolgen van een bepaalde informatietechniek voldoende zijn uitgekristalliseerd. Naast het ontstaan van de Codex Informatica – het 'blok' speciale wetgeving voor digitale technologie en de informatiemaatschappij – observeren we enkele andere, opmerkelijke legislatieve veranderingen:

- *Games people play*. Om overbelasting van het rechtsbedrijf tegen te gaan zijn veelvoorkomende, eenvoudige verkeersovertredingen uit het Wetboek van Strafrecht gehaald en geldt ook hiervoor het Wetboek van Strafvordering niet langer. Van toepassing is – naast de Wegenverkeerswet en het Reglement verkeersregels en verkeerstekens – de Algemene wet bestuursrecht. Op deze wijze worden bijvoorbeeld beperkte snelheidsovertredingen, of door rood licht rijden, zonder dat er een rechter aan te pas komt volledig geautomatiseerd afgehandeld. Van registratie tot schikkingsvoorstel. De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (lex Mulder)²⁷ maakt namelijk van de Officier van Justitie een bestuursorgaan en geeft hem het recht van parate executie.²⁸

²⁴ Alvin Toffler, *The Third Wave*, (William Morrow, 1980).

²⁵ Door de Amerikaanse marktonderzoeker Gartner geschat in 2011 op ongeveer 3.600 miljard dollar.
http://www.gartner.com/DisplayDocument?doc_cd=212180&ref=g_reghm

²⁶ In het straatbeeld van Amerikaanse steden zijn reisbureaus, platenzaken en nu ook boekwinkels vrijwel volledig verdwenen. Boeken worden niet alleen online verkocht, vorig jaar verkocht Amazone voor het eerst meer e-books dan papieren boeken.
<http://www.wired.com/epicenter/2010/07/amazon-more-e-books-than-hardcovers/>

²⁷ Wet van 3 juli 1989, houdende administratiefrechtelijke afdoening van inbreuken op bepaalde verkeersvoorschriften.

²⁸ We komen het instrument van de bestuurlijke (administratiefrechtelijke) boete voor wetsovertredingen ook tegen bij toezichthouders, zoals het College Bescherming Persoonsgegevens (op grond van de privacywetgeving) en het College van OPTA (op grond van telecommunicatiewetgeving).

- Zelfs politieagenten hebben dit recht verworven. Voldoet deze procedure aan de waarborgen voor een goede procesorde?²⁹ ‘Speelt’ de wetgever op oneigenlijke wijze met rechtsdomeinen?
- *Sterke consumentenbescherming*. De consument blijft volgens de Europese en Nederlandse wetgever de (economisch) zwakkere partij die telkens en in toenemende mate, generiek en bijzonder in uiteenlopende sectoren, aanvullend juridisch in bescherming moet worden genomen tegen ondernemers. De eer valt ook de digitale consument ten deel.³⁰ Maar is de assertieve consument van vandaag nog wel zwak te noemen, mede in het licht van laagdrempelige en grootschalige communicatie- en publicatiemiddelen, zoals twitteren en bloggen? En het vermogen zich eenvoudig te verenigen?
 - *Breaking Law*. Naast *news at its happens* kennen we regelgeving die we bijna *live* zien ontstaan en in werking treden. Op vrijdag 27 augustus 2004, iets over vijf uur ’s middag, liep de ministerraad af en werd de fiscale regeling inzake pc-privéprojecten met onmiddellijke ingang ingetrokken. Getuigt deze procedure van overheidsbeleid, waarop burgers en bedrijfsleven kunnen bouwen?
 - *Verplichte digitalisering*. Gemeentelijke parkeerautomaten, indienen van belastingaangiftes, invoering van de OV-chipkaart (en gelijktijdige afschaffing van de strippenkaart) zijn enkele voorbeelden waar Nederland exclusief voor elektronische rechtshandelingen heeft gekozen. Vervallen keuzes tussen analoge en digitaal steeds vaker voor de burger en worden de keuzes door de overheid met voldoende juridische waarborgen omkleed?
 - *Schleppnetzfahndung*. Exemplarisch voor de toepassing van een elektronisch sleepnet bij politieonderzoek betreft de automatische kentekenherkenning (*automatic number plate recognition* – ANPR), bedoeld voor de opsporing van strafbare feiten en de aanhouding van voortvluchtige personen. De vastgelegde kentekens van alle passanten en de daarmee samenhangende gegevens kunnen op grond van een wetsvoorstel vier weken worden bewaard. “Mede hierdoor wordt een hooiberg gecreëerd van politiegegevens betreffende veelal niet-verdachte personen,” constateert het College Bescherming Persoonsgegevens. Het wettelijk mogelijk maken van het bewaren en verder verwerken van deze gegevens, is naar het oordeel van het CBP alleen te rechtvaardigen wanneer de noodzaak daartoe is aangetoond. Dat is echter niet het geval.³¹
 - *Grondrechten*. Regelmatig wordt vurig voor het belang van grondrechten gepleit, met als stip op nummer één, de vrijheid van meningsuiting. Maar hoe zit het met het recht op bescherming van onze persoonlijke levenssfeer? Degene die last heeft van spam, kan bij de Onafhankelijke Post- en TelecommunicatieAutoriteit (OPTA) een klacht indienen. De toezichthouder heeft het recht de onverlaat een bestuurlijke boete op te leggen van maximaal 450.000 euro. Ook het College Bescherming Persoonsgegevens heeft de bevoegdheid om in voorkomende gevallen (van privacy-schending) administratiefrechtelijke sancties op te leggen. Hier bedraagt de maximale geldboete slechts één procent van het maximum dat OPTA kan opleggen: 4.500 euro. Betekent dit proportionele verschil dat de wetgever vindt dat het klassieke grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer gemarginaliseerd moet worden tegenover het recht op bescherming van spam uit Nederland?

²⁹ Veel verzet is er eind jaren tachtig kennelijk niet geweest, wellicht mede omdat dit het pre-Internet tijdperk betreft. Nu de vorige minister van Justitie aan Officieren van Justitie, zonder tussenkomst van rechters, de bevoegdheid wilde geven om websites uit de lucht te halen, zien we wel verzet.

<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2010/07/28/hirsch-ballin-versterkt-aanpak-computer-criminaliteit.html>

³⁰ In 1982 stelde ik de vraag “Moet de ‘computerconsument’ worden beschouwd als de economisch zwakkere partij, die extra bescherming verdient?” V.A. de Pous, *Computerrecht*, 1982. Wetgevers en consumentenorganisaties vinden van wel.

³¹ Soortgelijke discussies hebben eerder plaatsgevonden over de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens. http://www.cbppweb.nl/Pages/adv_zz011-00044.aspx

Fundamentele en andere keuzes

In navolging van Frankrijk, Engeland en Duitsland heeft de Nederlandse regering in 2011 bij monde van vicepremier Verhagen, gezegd dat de *multiculturele samenleving* is mislukt. De Duitse bondskanselier sprak het jaar ervoor zelfs over “volkomen mislukt.” Gastarbeiders zijn niet weggegaan, maar integreerden ook niet.³² Volgens Verhagen voelen Nederlanders zich niet meer thuis in eigen land en ook allochtonen hebben het hier niet echt naar hun zin. “Nederland is verwaterd.”³³ Achteraf sluiten de regeringsleiders de rijen. De eigen, nationale normen en waarden behoren te prevaleren. Vreemdelingen, van *expat* tot *pensionado*, moeten inburgeren, inclusief het leren van de taal.³⁴ Eén identiteit, luidt het devies om sociale cohesie te bereiken.

Hoewel de facetten van een informatiemaatschappij anders zijn, bewijst een analogie met de multiculturele samenleving wellicht een dienst. Mislukken is natuurlijk geen optie, omdat mislukking de facto het einde van Nederland betekent. Economische ontwikkeling, innovatie en welvaart; vrijwel alles, nagenoeg in iedere bedrijfstak, overheidsdomein of privéomgeving, wordt tegenwoordig rechtstreeks in relatie gebracht met de beschikbaarheid van ict. De gedachte dat mensen zich in de informatiemaatschappij ‘thuis moeten voelen’ en, hiermee samenhangend, dat ze tevens met een dergelijke samenleving vertrouwd zijn, is zo gek nog niet. Het welzijn van de mens centraal. Kunnen we dat juridisch kaderen?

Waarschijnlijk werd het begrip welzijn voor het eerst in wetgeving in formele zin geïntroduceerd door de Arbeidsomstandighedenwet, die per 1 januari 1983, gefaseerd, onder meer de verouderde Veiligheidswet van 1934 verving. Naast de veiligheid en de gezondheid van werknemers, behoort de werkgever tevens voor het ‘welzijn’ van zijn personeel te zorgen, hoewel er ook sprake is van samenwerking. Kort gezegd, een zorgplicht om vooral werkdruk te binnen de perken te houden en stress te voorkomen.

De wetgever zou bij de organisatie en de inrichting van de informatiemaatschappij op de aspecten van algemene zorg voor het welzijn van haar burgers in verband met digitalisering kunnen letten. Sterker nog, uit de negatieve ervaringen met de multiculturele samenleving volgt dat de regering zich behoort in te zetten voor duidelijke *nationale* normen en waarden voor de informatiemaatschappij ‘in Nederland.’ ondanks alle onvermijdelijke, uiteenlopende internationale dimensies. Het ijkpunt wordt dan *Fitting the information society to its people and national identity*.³⁵

Met al het wetgevingsgeweld uit de Europese Unie en het genoegzaam aangehaalde ‘platte’ karakter van de wereld aan het begin van de nieuwe eeuw,³⁶ lijkt een eigen nationale, maatschappelijke elektronische identiteit – die mede tot uitdrukking komt in het rechtskader – op het eerste gezicht weinig zinvol of wellicht buiten bereik. Toch is Nederland nog altijd een soevereine staat met een eigen rechtsmacht. Bovendien valt er daadwerkelijk wat te kiezen, zelfs heel wat. Fundamenteel en minder fundamenteel. Alle keuzes dragen in beginsel bij aan de nationale identiteit van een informatiemaatschappij.³⁷

³² http://vorige.nrc.nl/buitenland/article2632571.ece/Merkel_multiculturele_samenleving_mislukt

³³ <http://www.ad.nl/ad/nl/3042/Rutte-1/article/detail/1890101/2011/02/15/Verhagen-Multiculturele-samenleving-mislukt.dhtml?redirected>

³⁴ Opmerkelijk in dit verband is dat de staat California juist hoe langer hoe meer tweetalig wordt. Engels en Spaans.

³⁵ Eigen formulering. Vergelijk het leidende ergonomische principe *Fitting the job to the worker*.

³⁶ Thomas Friedman, *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, (Farrar, Straus and Giroux, 2005).

³⁷ Dat gebeurt al. Zo rekte de Nederlandse wetgever in 2004 de consumentenbescherming tegen spam op tot de zakelijke markt, ondanks de omstandigheid dat de Europese Unie deze wijziging van het telecommunicatierecht niet voorschreef. Ander voorbeeld. Het Nederlandse gokverbod op Internet (dus het aanbieden gericht op spelers in Nederland) gaat waarschijnlijk op de schop. Nog een voorbeeld. Frankrijk sluit mensen na *three strikes* (het plegen van strafbare feiten ter zake) uit van toegang tot Internet; de Nederlandse regering is daar geen voorstander van.

Voor een gezonde ontwikkeling van onze informatiemaatschappij is echter van groot belang, dat we de pro- en contradebatten op rationele gronden voeren en technologie en leveranciers zorgvuldig op merites beoordelen. In het ict-domein zagen we eerder – onder meer in relatie tot *open source software*³⁸ – dat emotie en botsende meningen zelden tot waarheidsvinding en gedegen beleidsmaatregelen leiden. Enkele, meer fundamentele vraagstukken die mijns inziens bij voorkeur op korte termijn juridisch-politieke regeringsbesluiten verlangen, zijn de volgende:

- De overheidsbrede classificatie van overheidsinformatie, mede naar aanleiding van *cloud computing* als het toekomstige, dominante leveringsmodel en in het kader van het open-data-tenzij beleid³⁹ van Europa en de Nederlandse regering.
- Regels voor de verwerking van Nederlandse overheidsinformatie ten aanzien van de plaats waar deze gegevens mogen worden verwerkt⁴⁰ (binnen Nederland/Europese Unie/wereldwijd, in eigen datacenters/datacenters van derden), door wie (overheidsorganisaties/derden) en onder welke voorwaarden (vastgelegd in voorschriften/standaardcontracten).
- De rollen en taken die de rijksoverheid met betrekking tot nationale digitale infrastructuur heeft, daaronder mede begrepen de beveiliging ervan, en deze desgewenst formaliseren.
- Beleidskaders voor de toepassing van intelligente informatiesystemen (kunstmatige intelligentie), inclusief machines en robots, om te voorkomen dat systemen ‘op hol’ slaan. Onderzoek doen naar de wenselijkheid en haalbaarheid van het toekennen van rechten en plichten aan intelligente systemen.⁴¹
- De wenselijkheid van de brede inzet van *privacy by design* en het recht om desgewenst anoniem te handelen.⁴² Intelligentie onderscheidt zich zonder twijfel van alwetendheid⁴³ en vormt vrijwel zeker een zinvoller uitgangspunt voor de informatiemaatschappij.
- De wenselijkheid van een (grond)recht om ‘digitaal vergeten’ te kunnen worden.
- De wenselijkheid van redelijke rechten voor gebruikers⁴⁴ van digitale producten en diensten. Treffend is de discussie over e-books.⁴⁵
- De toelaatbaarheid van wetgeving van andere landen, in het bijzonder de Verenigde Staten,

³⁸ Zie voor een recent overzicht van misvattingen over *open source software* en oneigenlijke tegenstelling in dit domein Victor de Pous, *Open source software and public policy*, 2011. Zie ook het andere hoofdstuk van de auteur in deze bundel.

³⁹ Het kabinet stimuleert het gebruik van open data als middel om nieuwe producten te ontwikkelen. Daarom moeten overheden zoveel mogelijk informatie beschikbaar stellen. Ook moet iedereen de informatie eenvoudig kunnen hergebruiken en doorontwikkelen
<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ict/open-data-en-open-standaarden>

⁴⁰ In brede zin, zoals verwoord in de Wet bescherming persoonsgegevens: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.

⁴¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Three_Laws_of_Robotics

⁴² Iemand die vandaag bij de Nederlandse Spoorwegen aan het loket een treinkaartje cash koopt, reist in beginsel anoniem, hoewel hij wel verplicht is een geldig identiteitsbewijs bij zich te hebben en in voorkomende situaties het te tonen. Wie online een kaartje koopt, kan dat niet anoniem doen, omdat er sprake is van een online-transactie via een bank. Bovendien staat zijn naam op het (afgedrukte) kaartje. Hij reist dus niet anoniem.

⁴³ Dirk Schravendeel en Steven Luitjens, *Een intelligente, geen alwetende overheid: Het beleid achter Stroomlijning Basisgegevens*, Handreiking #1, 2002.

⁴⁴ Intellectuele eigendomsrechten normeren mede *gebruiksrechten*. Rechten voor gebruikers zijn breder en bevatten bijvoorbeeld waarborgen en zekerheden, zoals garanties en vrijwaringen.

⁴⁵ The Danger of E-books.
<http://www.stallman.org/articles/ebooks.pdf>

die hun rechtsmacht tot Nederland hebben uitgebreid. Op grond van de US Patriot Act⁴⁶ heeft de Amerikaanse overheid onder voorwaarden een inzage-recht in gegevens, die Amerikaanse bedrijven – ook – in Nederland verwerken. Sterker nog, in beginsel kan iedere onderneming die een vestiging in de Verenigde Staten heeft, in voorkomende gevallen verplicht worden informatie aan de Amerikaanse overheid te verstrekken, ongeacht de aard van de informatie en de locatie waar die informatie zich bevindt. De Canadese provincie Nova Scotia, met ongeveer 100.000 inwoners, lijkt een van de schaarse autonome regio's c.q. landen te zijn, die verzet aantekende tegen de US Patriot Act data collections methods. Door middel van de Personal Information International Disclosure Protection Act roept zij de uitbreiding van de Amerikaanse jurisdictie op legislatieve wijze een halt toe.⁴⁷ In het Europese Parlement zijn inmiddels vragen gesteld.⁴⁸

Mr. V.A. de Pous is sinds zijn studie Nederlands recht aan de Vrije Universiteit in Amsterdam (1983) werkzaam als zelfstandig bedrijfsjurist en industrie-analist in het domein digitale technologie en de informatiemaatschappij.⁴⁹

⁴⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/USA_PATRIOT_Act

⁴⁷ Op 15 november 2007 nam de regering van Nova Scotia wetgeving aan om Nova Scotians' persoonsgegevens te beschermen tegen de gevolgen van de US PATRIOT Act.

<http://www.gov.ns.ca/news/details.asp?id=20061115005>

⁴⁸ <http://webwereld.nl/nieuws/107156/amerika-graait-in-europese-clouddata.html>

⁴⁹ De auteur sloot zijn manuscript voor dit hoofdstuk af op 30 juni 2011.

