

Gevraagd: pioniers m/v, ofwel: informaticarecht in ontwikkeling

Mw. mr. A.M.Ch. Kemna MBA

Het vakgebied informaticarecht is nog volop in ontwikkeling. De beoefenaren zijn vaak pionierende, multidisciplinair geïnteresseerde juristen. De toekomst van het informaticarecht ligt in verdergaande convergentie van onderwerpen en internationalisering van het vakgebied. Daarnaast doen uitdrukkingen als 'techniekonafhankelijke wetgeving' en 'wat off line geldt heeft ook on line te gelden' steeds meer opgeld. Van de informaticajurist wordt geëist een goed inzicht in en visie op de gewenste richting van de technologische ontwikkelingen en de consequenties daarvan voor de informatiemaatschappij.

Informaticarecht in ontwikkeling

In deze sectie van deze jubileumuitgave is een aantal artikelen opgenomen omtrent enkele belangrijke ontwikkelingen in het informaticarecht. Een nog jonge discipline, die zich mag verheugen in een sterk groeiende belangstelling. Zij houdt zich bezig met de juridisch-maatschappelijke effecten en consequenties van de toepassing van informatie- en communicatietechnologie (ICT) in de samenleving. Het is een rechtsgebied dat, ondanks het feit dat reeds goede sporen verdiend zijn, nog duidelijk in ontwikkeling is. Een vakgebied van pioniers, meest multidisciplinair opgeleid en geïnteresseerd, die zich thuisvoelen in een omgeving waarin nog niet alles vaststaat en ruimte is voor interpretatie en eigen inbreng. Een vakgebied ook van juridische duizendpoten, gezien het grote aantal onderwerpen dat eronder wordt geschaard vanuit strafrecht, civielrecht, bestuursrecht, arbeidsrecht, enz. Informaticajuristen zijn dus, ondanks het feit dat het woord 'superspecialist' in hun omgeving regelmatig wordt gehanteerd, vaak juist zeer breed georiënteerd, zij het dat de focus steeds ligt op de effecten van ontwikkelingen in de ICT.

Het beheersbaar maken van risico's in de ICT, het credo van veel auditors, is ook één van de uitgangspunten voor de informaticarechtsdiscipline.

Informaticarecht: van nature multidisciplinair

Een ander in het verband van deze uitgave niet oninteressant aspect van het informaticarecht is, dat het doorgaans heel nauw aansluit bij de EDP-auditingdiscipline. Het beheersbaar maken van risico's in de ICT, het credo van veel auditors, is ook in veel gevallen één van de uit-

gangspunten voor de informaticarechtsdiscipline. Zij vullen elkaar daarin vaak goed aan; er is ook regelmatig sprake van kruisbestuiving. Een voorbeeld daarvan kan de beheersing van risico's in een automatiseringsproject zijn: de juridische afdekking daarvan in het contract in termen van bijvoorbeeld garanties, aansprakelijkheid en geschillenbeslechting is veelal nutteloos indien niet tegelijkertijd aandacht besteed wordt aan kwaliteitsaspecten van het project als beheersing van planning, inhoudelijke kwaliteit van de producten, onderhoudbaarheid, organisatie, communicatie en dergelijke. Van Esch en Schuringa hebben in hun artikel in Compact van winter 1992 het informaticarecht en EDP-auditing wel eens 'communicerende vaten' genoemd ([Esch92]).

Informaticarecht: enkele ontwikkelingen

De discipline informaticarecht krijgt in de jaren zeventig vorm in Nederland. Vanuit de bakermat Amerika worden diverse onderwerpen vertaald en onderzocht voor de Nederlandse situatie. Onderwerpen als automatiseringscontracten, privacy (bijvoorbeeld naar aanleiding van het voornemen de bevolkingsgegevens van de volkstelling door middel van een centraal persoonsnummer geautomatiseerd vast te leggen) en de bescherming van software waren ook toen al actueel. Informaticarecht was echter nog een 'hobby' van enkelen. Informatietechnologie (IT) had immers nog lang niet zo'n belangrijke plaats in de samenleving als nu.

In de jaren tachtig ontstaan enkele verenigingen, waaronder in 1986 de Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht. Er ontstaat wetgeving en jurisprudentie op informaticarechtsgebied, bijvoorbeeld omtrent de bescherming van persoonsgegevens (de langverwachte en veelbesproken Wet persoonsregistraties) en omtrent de groeiende computercriminaliteit. Een juridisch beroemd en berucht voorbeeld op het laatste gebied is de uitspraak van het Hof Arnhem van 23 oktober 1983, waarin diefstal van gegevens vergeleken werd met diefstal van elektriciteit. Dat was immers reeds in 1921 door de Hoge Raad, ons hoogste rechtcollege, bestempeld als 'diefstal van een goed', en het leek (met de nadruk op leek) het Hof een aardige parallel op te leveren met informatiediefstal. Inmiddels is dit standpunt achterhaald. Eind 1985 wordt ook de Eerste Commissie Franken geïnstalleerd, die zich bezig gaat houden met een advies omtrent de wenselijkheid van wetgeving inzake computercriminaliteit ([Fran85]).

In de jaren negentig worden de thema's van het informaticarecht meer en meer internationaal/Europees beïnvloed en ontstaat er een meer samenhangend beeld tussen de diverse onderwerpen onderling. De uitdrukkingen 'techniekonafhankelijke wetgeving' en 'wat off line geldt moet ook on line gelden' doen steeds meer opgeld. Binnen de Europese Unie ontstaat vanuit het verlangen naar harmonisatie en liberalisering van de markt steeds meer wetgeving op ICT-gebied, waar de Nederlandse jurist rekening mee dient te houden. Onder invloed van de ontwikkelingen in de IT en telecommunicatie, de groei van toepassingen als het Internet en door de toenemende integratie van ICT in alle lagen van de samenleving ontstaat belangstelling voor onderwerpen als 'de digitale burger' en 'de digitale overheid'. Een voorbeeld van die ontwikkeling is het project 'Loket 2000'. Privacy raakt weer 'in', nu in het kader van datamining en data-warehousing, onder meer door het toenemend gebruik van klantenkaarten en benefitsystemen. Ook de juridische aspecten van electronic commerce komen steeds meer in beeld. Een initiatief in dit kader is de Code of Conduct die wordt ontwikkeld door ECP.NL in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, teneinde een kader van zelfregulering te scheppen waarbinnen het vertrouwen van de markt in digitale commercie kan groeien.

Ook op Internet is schending van auteursrechten niet toegestaan, ondanks het feit dat menigeen vaak nog denkt dat het recht van Sherwood Forest van toepassing is.

Het toenemend gebruik van Internet schept vragen omtrent het gebruik en misbruik van gegevens in de digitale samenleving en omtrent de 'digitale duurzaamheid' van een informatiesamenleving. Een voorbeeld van het eerste is het gebruik en de integratie van veelal 'geleende' beelden, teksten en geluiden op het Internet. 'Geleende' tussen aanhalingstekens, immers ook op Internet is schending van auteursrechten niet toegestaan, ondanks het feit dat menigeen vaak nog denkt dat het recht van Sherwood Forest van toepassing is.

Een voorbeeld van actie rondom de toenemende zorg voor digitale duurzaamheid is het gelijknamige project van de overheid inzake bewaring van digitale overheidsinformatie. Op dit gebied bestaat grote bezorgdheid, dat gegevens binnen korte tijd niet meer toegankelijk zullen zijn. Ook binnen het bedrijfsleven bestaat deze zorg voor het voorkomen van 'digitale dementie'. Een initiatief dat in dat kader al is genomen, is het ontwikkelen van de 'Praktijkrichtlijn Bewaren' van Ediforum en het NNI ([NNI98]), waarmee wordt beoogd een standaard neer te zetten voor digitale informatiebewaring, die mogelijk op den duur ook juridische waarde zal krijgen.

Een ander onderwerp dat de gemoederen sterk bezighoudt is het millenniumprobleem, dat met name ten aanzien van aansprakelijkheid juridische vragen opwerpt. Overigens lijkt het erop dat de raad van minister-president Kok gevolgd wordt, dat eerst 'de handen uit de mouwen gestoken dienen te worden' alvorens de schuld-

vraag behandeld wordt. Deze handelwijze, waarbij het juridische 'van latere zorg' wordt geacht, kan helaas wel tot juridische verjaringsproblemen leiden indien niet reeds tijdig een ingebrekestelling voor voorzienbare schade wordt gestuurd.

Een laatste maar niet onbelangrijke ontwikkeling is natuurlijk de groeiende internationalisering van de bovengenoemde onderwerpen. Immers, in een virtuele omgeving vervagen of vervallen fysieke nationale grenzen. Dit doet zich bijvoorbeeld gelden op het vlak van computercriminaliteit: waar wordt een delict gepleegd? Wie heeft rechtsmacht dit op te sporen en te vervolgen? Volgens welk recht?

Ook ziet men de ontwikkeling van alweer tweede generatie wetgeving, zoals de (ontwerp-)Wet bescherming persoonsgegevens, gebaseerd op een Europese Richtlijn ter zake ([Eur95]) en gericht op modernisering van de verouderde Wet persoonsregistraties (die sterk gericht was op bescherming van bestanden in plaats van op verwerking van persoonsgegevens als zodanig) en op harmonisatie van privacywetgeving in Europa. Een ander voorbeeld is de nieuwe Telecommunicatiewet, die onder meer onder invloed van de sterke liberalisering in deze sector aan vernieuwing toe was.

Ondanks het feit dat nog steeds wetgeving ontstaat voor het moderniseren van verouderde wetgeving of het scheppen van nieuwe kaders voor nieuwe ontwikkelingen, is er aan het eind van deze eeuw ook een sterke roep om minder overheidsregulering en meer ruimte voor zelfregulering te horen. Dat is bijvoorbeeld zo op het vlak van electronic commerce. Een sprekend initiatief op dit gebied is de eerdergenoemde ontwikkeling van een *Code of Conduct* door het Electronic Commerce Platform Nederland (ECP.NL), in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken. Dit initiatief, dat ook internationaal grote belangstelling geniet, is ingegeven door de gedachte dat het stimuleren van elektronische handel allereerst het wekken van onderling vertrouwen tussen de (potentiële) deelnemers behoeft. Dat vertrouwen in de vorm en in elkaar kunnen zij ook heel goed zelf bewerkstelligen door zich te binden aan een gedragscode; overheidsinmenging of -inperking is daar in eerste instantie niet voor nodig.

**De informatiemaatschappij:
'Wat zal de toekomst brengen?' of:
'Wat willen wij dat de toekomst brengt?'**

Tot zover een zeer snelle en korte blik op de ontwikkelingen tot nu toe. Wat zal de toekomst ons brengen? De jurist is doorgaans niet degene die vooroploopt in het in kaders gieten van nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen. Dit is ook niet erg; het is immers beter om nieuwe initiatieven en groeiende structuren niet te snel (althans: niet vóór dat alle implicaties bekend zijn) in de wettelijke kiem te smoren. Het recht is doorgaans volgend. Op het vlak van het informaticarecht is het enthousiasme echter soms moeilijk te bedwingen. De stormachtige ontwikkelingen in de ICT de afgelopen decennia zijn bijkans sciencefiction te noemen. Het is dan moeilijk – om met Schmidt ([Schm96]) te spreken –

om zich niet te laten verleiden door de techniek en met lenteachtige aandring de wetgeving mee te laten ontwikkelen. Bezinning is hier op zijn plaats. Techniek-onafhankelijke en internationaal georiënteerde regelgeving en afspraken (dus ook niet-wettelijke!) is het adagium voor de toekomst, vaak onder het motto 'wat off line geldt, heeft ook on line te gelden'. En bovenal ook: een duidelijke visie op waar wij naartoe willen gaan met de techniek. Te vaak lijkt het er nog op dat er uitsluitend een visie wordt gezocht op waar de techniek naartoe gaat met ons.

Beelden van sciencefictionseries zullen nog wel enige tijd als metafoor gebruikt worden wanneer het over de zegenrijke of juist afschrikwekkende toekomstmogelijkheden van de ICT gaat. De wereld die daarin wordt voorgespiegeld, is veelal zo totaal en 'normaal' doordrongen van fantastische toepassingsmogelijkheden van ICT, dat hij door het publiek al snel als levendig voorbeeld gezien wordt voor de technologische toekomst van onze samenleving. Om enkele voorbeelden uit de bekende serie 'Star Trek' te noemen: transmitters die ongeacht tijd, plaats en ruimte onderlinge communicatie mogelijk maken, volledig intelligente computers, medische 'tricorners' waarmee iedere patiënt zowel onderzocht als behandeld kan worden, virtuele ruimtedefensieschilden waar de Star Wars-plannen van ex-president Reagan mager bij afstaken en als klap op de vuurpijl natuurlijk de 'beamer', een soort deeltjesoverstraler in ruimte en tijd, waarmee iedere andere vorm van vervoermiddel – behalve dan het ruimteschip Enterprise zelf natuurlijk – overbodig wordt gemaakt. De juridische implicaties van dergelijke technieken zouden geweldig zijn.

Het Amerikaanse cyberblad *Wired* heeft eens wetenschappers ondervraagd omtrent de tijdslijn van 1996 tot 2025 waarbinnen men dacht dat allerlei voorziene (bio)technologische ontwikkelingen tot werkelijkheid zouden worden ([Wien96]). Ontwikkelingen als 'tricorners' zouden volgens hen nooit tot de mogelijkheden gaan behoren (helaas is de 'beamer' door de auteurs niet besproken ...), maar dat onze samenleving nog grote veranderingen zal ondergaan onder invloed van ICT en ontwikkelingen in de biotechnologie, ruimtevaarttechnologie en dergelijke, dat stond voor iedere ondervraagde deskundige vast.

Nu we volop midden in de volgende 'industriële revolutie' zitten en Star Trek nog echt heel ver weg is of lijkt, zijn de grenzen hiervan nog moeilijk te overzien. In het kader van het *hype* woord 'informatiemaatschappij' spiegelen sommigen ons wel een samenleving voor met technologische bomen die qua mogelijkheden tot in de hemel groeien. Maar zullen deze veranderingen er allemaal komen, uitsluitend omdat ze technisch mogelijk zijn en 'de techniek nu eenmaal niet valt tegen te houden'? Dit soort veelvoorkomende fatalistische of deterministische gedachten, die soms zelfs aanleiding tot paniekvoetbal kunnen zijn¹, zijn naar mijn mening geen goede basis voor planning, zeker niet als het gaat om het concipiëren van beleid en regelgeving. Of om met Arnbak te spreken in zijn voorwoord bij het boek van Ruud Overdijk over de mythe van *de* elektronische snelweg ([Over97]): '... de telecommunicatietechnologie (die overall in principe hetzelfde is) lijkt een minder bepalende factor dan de mens en zijn uiteenlopende culturele en

institutionele voorkeuren voor inrichting en sturing van openbare telecommunicatie. (...) Er is geen dwingend pad – laat staan een verplichte snelweg naar de toekomst – dat ingeslagen moet worden.' De veranderingen in de samenleving komen doorgaans tot stand door de mensen daarin, met behulp van technologie. Dat deze dan soms onvermoede nieuwe mogelijkheden blijkt te hebben, is iets waar de samenleving al dan niet op in kan spelen, indien de behoefte daartoe algemeen wordt gevoeld. Het plannen voor de toekomst, ook in beleid en regelgeving, begint dus niet bij de technologie, maar bij het ontwikkelen van gestructureerde ideeën over de wijze waarop wij van de technologie gebruik wensen te maken en wat er dan voor nodig is om deze verder in die gewenste richting te laten groeien en gedijen. Hiervoor is naast een uitstekend technologisch inzicht en visie vooral ook inzicht nodig in wat de wensen en problemen zijn van de toekomstige gebruikers in hun diverse rollen en relaties als burgers, consumenten, bedrijven, instellingen en overheden. Zo zal 'de' elektronische snelweg nooit bestaan, als er geen gestructureerde visie is op de infrastructuur, op het dienstenaanbod daarop en op voldoende duidelijke (internationale) gestandaardiseerde regels om communicatie mogelijk te maken (zo ook [Over97]).

Aan het eind van deze eeuw is er een sterke roep om minder overheidsregulering en meer ruimte voor zelfregulering te horen.

De toekomst van het informaticarecht

Wat off line geldt, heeft ook on line te gelden. Dit hierboven reeds aangehaalde motto, dat vooral populair werd naar aanleiding van de Nota wetgeving voor de Elektronische Snelweg van het Ministerie van Justitie ([Min97]), wordt steeds vaker aangehaald als het gaat om de toekomst van de regulering van 'de informatiesamenleving'. Het maakt de discussie ook heerlijk eenvoudig. Mag men zich anoniem bewegen op de openbare weg? Dan dient dat recht ook te bestaan op een elektronische weg. Bestaat er in het dagelijks verkeer niet zoiets als een briefgeheim? Dan dient dat dus ook voor elektronische communicatie te gelden. Welke functies vervult de gewone handtekening? Een elektronische handtekening die dezelfde functies vervult, dient dan ook dezelfde juridische status te hebben. Een interessante kanttekening hierbij werd geplaatst door Kuitenbrouwer tijdens de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging (zie voor een verslag hiervan [Drio98]) in 1998: er bestaat een gevaar, dat te zijner tijd dit credo zal kunnen omdraaien, zodat dan in de 'gewone wereld' als acceptabel zal worden aangenomen datgene wat op Internet gebeurt. Een sprekend voorbeeld hiervan zijn de door sommigen gewenste vergaande bevoegdheden van de overheid om op te treden op het Internet, zoals elektronische surveillance en aftappen. Er bestaat daarbij een risico dat voor dat medium privacy of andere grondrechten onvoldoende in ogenschouw worden genomen.

1) Denk aan het veelbesproken Nederlandse voorontwerp van een wet inzake de regulering van encryptie, dat in 1994 tot heftige discussies in media en op Internet heeft geleid, en dat naar het scheen werd ingegeven door de angst dat in de toekomst de opsporing van misdaad onmogelijk zou worden op *de* elektronische snelweg.

Verwezen wordt in dit verband ook naar de passage in het artikel van Smits in deze bundel, waar hij zijn intrede uit 1993 aanhaalt: 'Het recht en de wetgever zouden (...) voorwaarden voor en grenzen aan technische ontwikkelingen en haar receptie in bindende juridische normen moeten stellen. Anders wordt techniek recht.' Dat dat een intrinsiek moeilijke opgave is voor de wetgever, vanuit de traditie dat het recht volgend is en niet leidend, mag een voor de hand liggende conclusie zijn.

De toekomst van het informaticarecht houdt voor de beoefenaren nog een grote uitdaging in. Onder invloed van media als het Internet en door de vergaande liberalisering van de markt ziet men een vergaande vorm van convergentie ontstaan, zowel in de techniek als binnen de aanbieders en de tot voor kort tamelijk gescheiden markten. Van oorsprong waren informatica en telecommunicatie strikt gescheiden vakgebieden. Je had de 'computerjongens' en de 'telecomboeren' (toen nog groten-deels enkelvoud, overigens). Tegenwoordig is er een sterke tendens tot convergentie zichtbaar. Een steeds verder verweven raken van IT, telecommunicatie en ook het aanbieden van informatie via de ontstane structuren ('content'). Deze verwevenheid heeft ook meer en meer implicaties voor het (informatica)recht. De toegang tot informatie, de concurrentieregulering van aanbieders, de vormgeving van de aanbieding (bijvoorbeeld nummerportabiliteit, privacyaspecten, aansprakelijkheden in een geconvergeerde omgeving), vergen van de informaticajurist dat deze meer en meer de onderwerpen aan elkaar kan knopen en de grote verbanden kan zien. Privacy in een omgeving met enkele stand-alonecomputers is een heel ander onderwerp dan privacy in een geconvergeerde wereld, waarin Internet de boventoon voert. Pioniers, u bent nog steeds nodig!

Het motto 'Wat off line geldt, heeft ook on line te gelden' maakt de discussie heerlijk eenvoudig.

Tot slot een kort overzicht

Aan het slot van dit artikel een kleine routebeschrijving voor de lezer van de juridisch getinte artikelen die in deze sectie van het boek zijn opgenomen. De selectie van artikelen poogt een – selecte – steekproef te zijn van enkele informaticarechtsonderwerpen die de gemeederen – ook de niet-juridische – de komende periode van ontwikkeling bezig zullen houden. Het eerste, reeds kort aangehaalde artikel van Smits gaat in op het probleem van convergentie in de markt en de implicaties voor de rechtsontwikkeling daarbij. Hoe lang zal het informaticarecht nog bestaan in zijn huidige vorm? Vervolgens is een artikel van Wiersema opgenomen over het vraagstuk van privacy in het kader van datamining/datawarehousing. Aan de hand van de sterk in opkomst zijnde klantenkaart en de daarmee gepaard gaande veranderende relatie tussen klanten en aanbieders wordt de aanstonds te vernieuwen privacywetgeving besproken.

Een ander onderwerp dat van velen reeds geruime tijd de aandacht vraagt en voor juristen (volgens sommigen) nog tot een 'lawyers paradise' zal leiden, is het millenniumprobleem. De auteurs Enneking en Seelt analyseren in hun artikel de aansprakelijkheidsposities van partijen bij de millenniumbug in standaardsoftware.

Het artikel van Cramwinckel dat aansluit in de rij handelt over de problematiek van domeinnamen op Internet. Welke beschermstatus h(g)eeft een domeinnaam eigenlijk? Mag iedereen zomaar een domeinnaam reserveren, of is dat oneerlijk handelsgedrag?

Mede met het oog op de wens tot voortzetting van de multidisciplinaire kruisbestuiving wordt de lezer een aangenaam vervolg gewenst met het lezen van deze artikelen.

Literatuur

[Drio98]

C.E. Drion, *Van de mazen en het Net*, verslag van de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging op 12 juni 1998 over Recht en Internet, Nederlands Juristenblad, jaargang 73, nr. 27, 1998.

[Esch92]

Mr. R.E. van Esch en ir. G.J. Schuringa, *Beveiligingsaspecten en juridische aspecten als communicerende vaten*, Compact 1992/4.

[EUR95]

Richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 november 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, PbEG L 281.

[Fran85]

Besluit van 13 november 1985, Stcrt. 1985/227.

[Min]97]

Ministerie van Justitie, Wetgeving voor elektronische snelweg, Kamerstukken II, 1997-1998, 25880, nrs. 1-2.

[NNI98]

Nederlands Normalisatie-instituut, ECP.NL, *Bewaren en Bewijzen*, mei 1998.

[Over97]

Ruud Overdijk i.s.m. het Telematica Research Centrum, *De Mythe van de elektronische snelweg*, met een voorwoord van Jens Arnbak, Otto Cramwinckel, 1997.

[Schm96]

A.H.J. Schmidt, *Expertsystemen & juridische informatisering*, in: *10 jaar IT & Recht*, NVvIR, Samsom BedrijfsInformatie, Alphen aan den Rijn 1996.

[Wien96]

Brad Wieners en David Perscovitz, *Reality Check*, Hardwired, San Francisco 1996.