

# Convergentie of divergentie: een kwestie van recht of techniek?

Prof. dr. mr. J.M. Smits

Het recht wacht niet alleen tot oude regels op nieuwe technieken worden toegepast. Regelgevende instanties proberen juist ook vooruit te lopen op moeilijkheden. De technologie beweegt zich in de richting van convergentie, het steeds meer overlappen van deelgebieden. In het recht echter dreigt juist divergentie, het voor aparte gevallen aanhouden van aparte richtlijnen. Dit verschijnsel wordt toegelicht aan de hand van telecommunicatie en privacy(bescherming).

## Inleiding

Het wetenschappelijke genoegen te smaken een mooie uitvinding te doen dan wel te slagen in een genetische manipulatie alléén is niet (meer) genoeg. Degene die uitvond of slaagde in de genetische manipulatie vraagt *het* recht om bijstand: men wil (en krijgt na voldane formaliteiten) *een recht*. Dat recht kan vervolgens worden gebruikt om anderen toegang tot die kennis te ontzeggen. We noemen dit het intellectuele eigendomsrecht van de uitvindende ingenieur. Aan deze context denken we meestal wanneer we vanuit de techniek kijken naar het recht. Dit is het recht dat de samenleving in het algemeen en de techniek in het bijzonder faciliteert. Zonder intellectuele eigendomsrechten, zonder mededingingsrecht, zonder contractenrecht, etc. zou de ontwikkeling van de techniek, zou onze samenleving al snel tot stilstand komen. Hier gaat het dus meestal om recht dat de op dat moment in de tijd geldende verdeling van de macht en de erbij horende belangen vastlegt. Maar over dit recht c.q. regelgeving wilde ik het hier niet hebben. Immers, grote hoeveelheden in de juridische dogmatiek geïnteresseerde juristen buigen zich over dit aspect, en de meesters zien techniek als een buiten hen en hun beroepsuitoefening liggend fenomeen.

De vraag die ik in dit artikel aan zal stippen kijkt anders naar de techniek c.q. de technologische ontwikkeling. De vraag is op welke manier het recht probeert technologische ontwikkelingen en hun vaak nog onvoorzienbare maatschappelijke gevolgen te incorporeren. Wat mij

betreft is dit fenomeen ook veel interessanter dan het eerste. Dan hebben we het dus over de vraag hoe het recht technische fenomenen adresseert. Hieronder zal ik twee (rechts)gebieden nemen die als gevolg van technologische ontwikkelingen nogal onder druk staan, namelijk het terrein van de telecommunicatie en de privacy(bescherming). Daaraan voorafgaand bespreek ik de convergentie van de informatietechnologie en communicatietechniek. Vanuit het perspectief van de convergentie zou ik eigenlijk ook nog aandacht aan de (massa)media moeten besteden. Om de hierboven gestelde vraag te kunnen beantwoorden heb ik waarschijnlijk het omroep- en mediarecht niet nodig.

## Convergentie

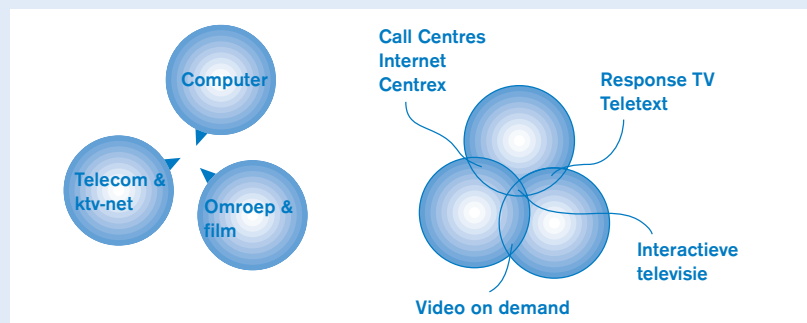
Tony Rutkowski, in de jaren tachtig adviseur van de Amerikaanse overheid bij onderhandelingen in het kader van de Internationale Telecommunicatie Unie (bestaat vanaf 1865), zei op een door de ITU georganiseerde bijeenkomst in 1985 in Washington: het enige verschil tussen een computer en een telecommunicatienetwerk is de afstand tussen de verschillende componenten.<sup>1</sup> Vanuit technische optiek heeft hij daarin natuurlijk gelijk. Zijn uitspraak is in mijn ogen een mooi voorbeeld van de toen nog lang niet zo vanzelfsprekende convergentie van de informatie- en communicatietechnologie (ICT).

De ICT kan vandaag worden beschouwd als een uitvloeisel van de post-industriële samenleving. Zo spreekt Negroponte in het door Steward Brand geschreven boek *The Media Lab* over drie verschillende communicatie-industrieën: de telecommunicatie-industrie, de film- en omroepindustrie en de informatietechnologie-industrie (zie figuur 1).

De convergentie is het gevolg van de technologische ontwikkelingen. De snelheid waarmee programmatuur en apparatuur zich ontwikkelen neemt nog steeds sterk toe. Men spreekt in dit verband wel van de halfwaardetijd van apparatuur en programmatuur: de tijd die nodig is om de capaciteit te verdubbelen tegen dezelfde prijs. Op dit moment is deze halfwaardetijd van apparatuur zoals personal computers, en die is nu al enkele jaren achtereen dezelfde, ongeveer acht maanden. In de tijd ontstaat, door telkenmale een verdubbeling in een bepaalde tijdsperiode, een ontwikkeling die zich in een exponentiële grafiek laat weergeven: aanvankelijk lijkt de ontwikkeling slechts geleidelijk, maar op een zeker moment stijgt de lijn in de grafiek zeer sterk. Als meerdere dergelijke

1) A.M. Rutkowski, *Transborder Data flow: User responsibilities and obligations in the new telecommunications environment*, in: The Washington Round: World Telecommunications Forum 18-19 april 1985, ITU Geneva 1985, p. 128.

Figuur 1.  
Ontwikkelingen in technologie: Teething rings van Negroponte.



ontwikkelingscurven van met elkaar samenhangende technieken zich tegelijk ontwikkelen, ontstaat een sprong in de techniek waardoor klanten de mogelijkheid hebben om enorme veranderingen in hun consumptiepatroon te realiseren.

De convergentie kenmerkt (wellicht beter: toont) zich in de huiskamer, op de werkplek als een combinatie van alle interessante eigenschappen van de verschillende toegepaste technologieën. Niet alleen nieuwe combinaties 'vertonen' zich, er worden ook weer allerlei nieuwe eigenschappen toegevoegd aan de geconvergeerde technologieën.

Zo is Internet geschikt voor zowel massaal (allocutie) als individueel gebruik (one-to-many en one-to-one, zodat interactiviteit kan worden toegepast) en kan de informatie lineair in de tijd worden verzonden. Een gebruiker kan echter ook non-lineaire (door middel van hyperlinks) informatie tot zich nemen. Verder verschaft Internet de mogelijkheid om te komen tot repositie (het herhaald voortzetten van informatie voor achtereenvolgend gebruik). Deze eigenschappen maken Internet tot een veelbelovend medium. Het feit dat op dit moment nog slechts smalbandig gebruikgemaakt kan worden van dit medium, beperkt enigszins de toepassing van real-time video en audio. Compressietechnieken en spectaculaire groei in beschikbare bandbreedte zullen op niet al te lange termijn in belangrijke mate deze beperkingen wegnemen.

2) Dit intermezzo is inhoudelijk grotendeels gebaseerd op een recentelijk door KPMG in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerde convergentiestudie.

### Intermezzo: Convergentie<sup>2</sup>

Ten aanzien van het begrip convergentie bestaan veel misverstanden. Eerst convergeert de techniek, daarna convergeren de bedrijven en tot slot de markten. Veelal wordt verondersteld dat in geconvergeerde markten sprake zal zijn van slechts één of enkele platformen die alle ideale eigenschappen in zich zullen verenigen. Een veelgehoorde discussie is die van het gevecht tussen de PC en de tv. Echter, het is veel waarschijnlijker te veronderstellen dat er een veelheid van producten met verschillende variërende eigenschappen beschikbaar zal komen. Weliswaar zullen er technische variaties op het digitale thema zijn, maar de eigenschappen zullen steeds aan één of enkele van de specifieke wensen van afnemers voldoen.

Zo zal er waarschijnlijk op niet al te lange termijn een televisietoestel op de markt zijn waarin een set-top box is ingebouwd en dat voorzien zal zijn van geheugen capaciteit en enige programmatuur, op basis waarvan het toestel enigermate een PC-functionaliteit zal bezitten. Omgekeerd zijn er op dit moment al PC's verkrijgbaar waarmee, door middel van een extra tv-kaart, 'intelligent' televisie gekeken kan worden. Intelligent, omdat het kiezen van de kanalen en het laten zien van verschillende kanalen in verschillende windows verder gaat dan het simpelweg gebruiken van de computermonitor als beeldbuis. Toch zal de primaire focus van het gebruik van dit apparaat liggen bij PC-applicaties. Op dit moment worden verder tal van andere platformen ontwikkeld die gericht zijn op andere vormen van informatieoverdracht. Op het gebied van elektronische kranten

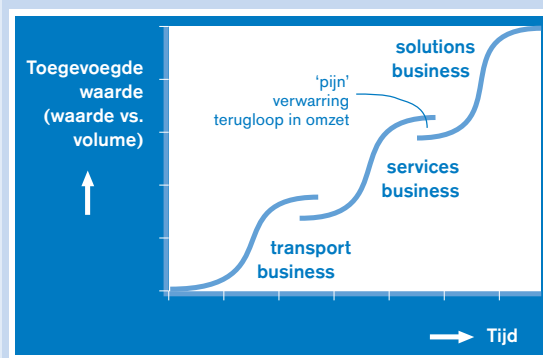
en tijdschriften bijvoorbeeld is een ontwikkeling gaande van zogenaamde tablets (LCD-schermen die met een aanraakscherm zijn uitgerust en waarin meerdere parallel geschakelde processoren zorgen voor voldoende rekenkracht). Op dergelijke apparaten, die voor het eind van deze eeuw tegen aanvaardbare consumentenprijzen beschikbaar kunnen zijn, kunnen naast 'gedrukte' informatie ook bewegende beelden, geluiden en animaties worden afgespeeld. Verder kan men duidelijk de trend waarnemen dat allerhande bestaande apparaten, zoals de telefoon, met apparatuur en programmatuur een uitbreiding en verbetering van hun oorspronkelijke functie ondergaan door toevoeging van een microprocessor en bijbehorende programmatuur.

### Schoksgewijze ontwikkeling

De ontwikkeling van de organisaties op de ICT-markten kan worden weergegeven door middel van S-shaped curves met een plat aanloopstuk: de pioniersfase, een steil groeigedeelte en een afplattend of zelfs dalend verzadigingsdeel.

In de ICT-markt bestaat een drietal opeenvolgende, maar discontinue leer- c.q. levenskrommen die een bedrijf/organisatie respectievelijk kenschetsen als telecommunicatiebedrijf (in de transport business), als dienstenaanbieder of als bedrijf in het aanbieden van commercieel interessante (individuele, op de afnemer toegesneden) oplossingen.

De meeste volwassen telecommunicatiebedrijven, met name die in het westen van Europa, oefenen hun bedrijf uit in de verzadigingsfase van de eerste leercurve en bereiden zich voor op de overgang naar het aanbieden van diensten en belanden dus langzamerhand in de tweede (de diensten-) kromme. Zij doen daar een groot aantal experimenten, proefprojecten of lanceren aarzelend hun eerste echte serviceproducten. Telecommunicatiebedrijven treffen we in de derde kromme nog niet aan. Wel is daar een aantal typische IT-bedrijven met succes werkzaam. Eén van de problemen (en dus kansen voor nieuwe toetreders) is de cultuuromslag die telecommunicatiebedrijven moeten maken als zij de transformatie naar dienstenaanbieder willen maken. De markt in deze tweede kromme telt nog slechts weinig bedrijven die daar werken, en veelal hebben zij een ander vertrekpunt dan telecommunicatie. Voorbeelden zijn Nethold en Oracle.



Figuur 2.

## Divergentie

In februari 1998 stuurde de minister van Justitie de nota *Wetgeving voor de elektronische snelweg* naar de Tweede Kamer.<sup>3</sup> Deze nota geeft een overzicht van de belangrijkste wetgevende gevolgen van de elektronische snelweg in Nederland. De nota probeert een 'legitimatie te geven aan het overheidsoptreden tijdens de overgang naar de informatiesamenleving, voor zover het instrument wetgeving daarbij een rol speelt'. Het door het kabinet gekozen uitgangspunt dat er als gevolg van de elektronische snelweg geen radicale breuk met het verleden bestaat, leidt dan tot het gevolg dat wat *off line* geldt ook *on line* moet gelden. En dat kan ook, zo gaat de minister verder, omdat belangrijke delen van het Nederlands recht 'open, technologie-onafhankelijke formuleringen' kennen. De thematiek, de wijze van benadering van de juist genoemde problematiek worden in de nota aan de hand van vijf thema's besproken:

- 1 internationalisering en rechtsmacht;
- 2 het mogelijk maken van betrouwbaar elektronisch verkeer tussen burgers;
- 3 het waarborgen van de privacy;
- 4 het zorg dragen voor een goede werking van de informatiemarkt waartoe burgers toegang hebben;
- 5 wetshandhaving.

Met name de stelling dat Nederland 'open, technologie-onafhankelijke formuleringen' kent in wet- en regelgeving wilde ik hieronder eens nader aan de tand voelen. Ik wil dat illustreren door twee rechtsgebieden die als gevolg van de technologische ontwikkelingen onder druk staan, nader onder de loep te nemen. Van convergerende juridische benaderingen is naar mijn overtuiging en ondanks goede bedoelingen vooralsnog geen sprake.

Privacybescherming heeft vooral het oog op de rechten en verplichtingen van individuen c.q. burgers in relatie tot organisaties en bedrijven die (beroepshalve dan wel bedrijfsmatig) systematisch toegankelijke persoonsregistraties aanleggen en beheren. De ontwikkeling van de IT, zowel op het niveau van de apparatuur als de programmatuur, maakt dat het identificeren van op (een) individu(en) toegesneden (commerciële) benadering steeds gemakkelijker (goedkoper) maar ook steeds succesvoller wordt. Zo bezien 'belichaamt' de juridische bescherming van de persoonlijke levenssfeer vooral de individueel materieel-rechtelijke (inhoudelijke) kant.

De (als gevolg van de door de technische vooruitgang) in gang gezette regelgevende ontwikkeling op het terrein van de telecommunicatie zal grote gevolgen hebben voor de manier waarop telecommunicatiediensten in de komende jaren aan individuele afnemers zullen worden aangeboden. En ook in die 'hoedanigheid' (van de telecommunicatie) zal er voor het individu ingrijpend veel veranderen. Maar op dit terrein gaat het toch vooral om het (regelgevend) faciliteren van telecommunicatiebedrijven en het tot ontwikkeling brengen van nieuwe markten. Er is slechts in beperkte mate 'belangstelling' voor een juridisch-inhoudelijk op het individu afgestemde bescherming. Dit laatste betreft voornamelijk het onderwerp of er eventueel een universele dienstverleningsverplichting aan de telecommunicatiebedrijven opgelegd zou moeten worden wat betreft het leveren van vaste spraaktelefonie.

## Privacy

### Regelgeving

Op 1 januari 1989 trad de Wet persoonsregistraties (WPR) in werking. De WPR was beloofd tijdens de grondwetsherziening van 1983. De WPR gaf uitvoering aan hetgeen sindsdien in artikel 10 van de Grondwet staat, namelijk dat de Nederlandse burger recht heeft op de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Samenhangende verzamelingen van persoonsgegevens worden door de WPR bestierd.

De ontwikkeling van de ICT vanaf het begin van de jaren negentig *en* de steeds sterker wordende economische eenheid binnen de Europese Unie hadden tot gevolg dat een meer voor de gehele Unie geharmoniseerde privacyregelgeving onontkoombaar werd. Eind 1995 publiceerde de Europese Commissie dan ook een Richtlijn waarin een nieuw voor de gehele Unie geldend materieel kader voor de privacyregelgeving werd gegeven.<sup>4</sup> De WPR kan als gevolg van dit nieuwe Europese materiële kader in de vuilnisbak. In de memorie van toelichting bij het nieuwe wetsontwerp *Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)* wordt het zo verwoord:

Binnen de ruimte die de Richtlijn liet, is uitgegaan van een beschermingsniveau van de WPR, voor zover de evaluaties geen aanwijzingen hebben opgeleverd voor een afwijkend standpunt. De thans geldende WPR komt daarmee geheel te vervallen.<sup>5</sup>

### De Wbp en (de) techniek

Hieronder volgt opnieuw een citaat uit de Memorie van Toelichting, ik wil de lezer oproepen dit eens goed te lezen:

De ontwikkeling van de techniek verloopt evenwel onafhankelijk van de ontwikkeling van het recht en het vormt een uitdaging aan de rechtspraktijk nieuwe juridische begrippen te ontwikkelen, die tot op zekere hoogte technologie-neutraal zijn en daardoor minder snel verouderen ten gevolge van de technologische ontwikkelingen. Het begrip 'persoonsregistratie' is een voorbeeld van een technologie-afhankelijk begrip en het onderhavige wetsvoorstel neemt dan ook het meer neutrale begrip 'gegevensverwerking' als aangrijpingspunt. Met dit nieuwe begrip wordt aangesloten bij de realiteit van netwerkvorming waarin de computers van weleer vaak slechts een ondergeschikt knooppunt vormen. (MvT p. 6)

De ICT-techniek die samenhangt met het individualiseerbaar maken van de burger/klant/afnemer is zo krachtig geworden dat er relatief weinig 'ongelukken' gebeuren waar veel mensen bij (één incident) betrokken zijn. Dit doet echter niets af aan het feit dat juist dit 'narrowcasten' naar alle waarschijnlijkheid zorgt voor tien à vijftien ongelukken per jaar per 'systeem'. Ervan uitgaande dat er (minstens) enige honderden operationele systemen zijn gebeuren er dus enkele duizenden 'ongelukken' per jaar.

3) Wetgeving voor de elektronische snelweg, Handelingen IIe Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, 25880, nr. 1-2.

4) Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en het vrije verkeer van de gegevens, PB nr. L 281 van 23.11.1995 p. 31.

5) Wet bescherming persoonsgegevens, Handelingen IIe Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, 25 892, nr. 3, blz. 3-4 (MvT).

Het (moeten) maken van een nieuwe wet is het gevolg van Europese regelgeving, stelde ik boven al. Nu is de Wbp het gevolg van een algemene Richtlijn. De systematiek die de EU heeft gekozen voor het kunnen beschermen van de persoonlijke levenssfeer is zodanig dat er vanuit het algemene kader ook nog sectorspecifieke privacymaatregelen afgekondigd kunnen worden. Het voorwerk om te komen tot een dergelijke sectorspecifieke maatregel is inmiddels afgerond. Dan heb ik het over de Ontwerp *Richtlijn betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, met name in het kader van het digitale netwerk voor geïntegreerde diensten (ISDN) en van digitale mobiele netwerken*.<sup>6</sup>

Hieruit citeer ik een overweging die voor de EU aanleiding is om te komen tot deze sectorspecifieke maatregel:

Overwegende dat thans in de Gemeenschap in openbare telecommunicatienetwerken nieuwe geavanceerde digitale technologieën worden ingevoerd die met betrekking tot de bescherming van de persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker specifieke eisen stellen; dat de ontwikkeling van de informatiemaatschappij wordt gekenmerkt door de invoering van nieuwe telecommunicatiediensten; dat een geslaagde grensoverschrijdende ontwikkeling van die diensten, zoals video op verzoek en interactieve televisie, gedeeltelijk afhangt van de mate waarin gebruikers erop vertrouwen dat hun persoonlijke levenssfeer geen gevaar loopt.

Deze sectorspecifieke maatregel zal niet binnen de Wbp worden opgenomen maar vrijwel in zijn geheel in de op 15 december 1998 van kracht geworden Telecommunicatiewet.<sup>7</sup> Het is dan illustratief om te kijken hoe het Ministerie van Verkeer en Waterstaat omgaat met deze sectorspecifieke maatregel en op welke manier hij de techniek (in dit geval techniek die voor een bedreiging voor de persoonlijke levenssfeer zou kunnen zorgen) het recht binnenbrengt.

**Op grond van artikel 9, eerste lid van de Richtlijn 95/62/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1995 inzake de toepassing van 'Open Network Provision (ONP)' op spraaktelefonie (PbEG L 321) (hierna ONP spraakrichtlijn) dienen de nationale regelgevende instanties er zorg voor te dragen dat de in de bijlage III, punt 1 (bedoeld wordt: 'identificatie van de oproepende lijn'), van de richtlijn genoemde faciliteiten, voor zover technisch uitvoerbaar en economisch haalbaar, overeenkomstig de op grond van de richtlijn nr. 90/387/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (PbEG L192) geldende technische normen beschikbaar worden gesteld (p. 13).**

En waar is nu de plaats van het *normerende recht*? Het recht zal (pas) normeren wanneer dat technisch uitvoerbaar en economisch haalbaar is, zo stelt de Memorie van Toelichting. Nog anders geformuleerd, ingenieurs en

boekhouders bepalen of een bepaald niveau van privacybescherming door middel van regelgeving gewaarborgd zou moeten (c.q. zou kunnen) worden. Kijken we naar de plaatsen waar persoonsgegevensbescherming in het Nederlandse recht (binnenkort) terug te vinden is, dan horen hier in elk geval de volgende wetten te worden genoemd:

- 1 Wet persoonsregistraties (WPR) c.q. Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp);
- 2 Wet op de Politieregisters;
- 3 Wet op de Gemeentelijke Basisadministraties (GBA);
- 4 Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO);
- 5 Telecommunicatiewet.

Gelet op de voor elke wet op zichzelf bijzondere omgeving waarin die de privacy moet beschermen, is het zeer aannemelijk dat het normerende kader in plaats van te convergeren zal divergeren. Op de middellange termijn betekent dit dat de zo gewenste transparantie, zo u wilt voorspelbaarheid dan wel rechtszekerheid voor de burger ten aanzien van de reactie van het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zal afhangen van het 'soort' privacy dat beschermd moet worden, de telecommunicatieprivacy dreigt zo een andere te worden dan de Politieregisters-privacy, etc. Hier zal het recht dus zorgen voor een divergerende in plaats van een convergerende tendens.

## Telecommunicatie

Dé drager voor de elektronische snelweg is natuurlijk de infrastructuur die al die elektronische boodschappen van gebruiker A naar gebruiker B moet transporteren. Dat betekent dat de benadering die de (Europese) wetgever kiest voor de regulering van deze infrastructuur van wezenlijk belang is. Kijken we opnieuw naar de nota *Wetgeving voor de elektronische snelweg*, dan wordt daar over de telecommunicatievoorzieningen, mede in het kader van de ontwikkelingen binnen het Internet, het volgende opgemerkt:

Reden voor interventie kan ontstaan, zodra:

- \* nieuwe media de traditionele verdringen;
- \* voor de meningsvorming belangrijke media 'achter het modem' verdwijnen (bedoeld wordt waarschijnlijk de decoder, JS).

De technieken convergeren en de mogelijkheden voor het aanbieden van informatie nemen aanzienlijk toe. Deze ontwikkelingen vragen om hernieuwde afstemming van de verschillende regimes – met name Telecommunicatiewet en Mediawet. Over enige jaren zal deze afstemming nogmaals moeten worden bekeken.<sup>8</sup>

## Regelgeving

In 1904 kreeg Nederland de eerste regelgeving op het terrein van de telecommunicatie: de Telegraaf- & Telefoonwet (T&T-wet). Ten principale veranderde deze wetgeving pas weer in 1989, op 1 januari van dat jaar trad de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv) in werking. Met die wet streefde de wetgever in elk geval twee doelstellingen na:

6) Gemeenschappelijk Standpunt op 12.9.1996 door de Raad vastgesteld, zie PB C 315 van 24.10.1996, p. 30.

7) Telecommunicatiewet, Handelingen IIe Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, 25533.

8) Wetgeving voor de elektronische snelweg, Handelingen IIe Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, 25580, nr. 1-2, p. 10.

- 1 privatisering van de PTT;
- 2 liberalisering van de markt voor telecommunicatiediensten.

Het eerste is een zeer geslaagde operatie geworden. De schatkist (wij allemaal dus) is er wel bij gevaren. De tweede doelstelling is volstrekt mislukt. Van een echte liberalisering van de markt voor telecommunicatiediensten was aanvankelijk geen sprake. Pas doordat de EU door het nemen van allerlei maatregelen druk op de ketel zette, is er vanaf 1994 in Nederland van enige liberalisering sprake. Gerealiseerd door het in werking treden van de zogenaamde Interimwet in juli 1996. De minister gebruikte in de Hoofdlijnennotitie van 1994 een aantal argumenten om aan te geven dat de Wtv uit 1989 niet langer meer voldeed. Dit was, volgens de minister, vooral het gevolg van de *technologische ontwikkelingen*, de ontwikkelingen zoals die plaatsvonden vanuit de EU en niet in de laatste plaats vanwege de marktontwikkelingen. Twee belangrijke redenen waarom de Wtv niet langer voldeed zoals verwoord in de Hoofdlijnennotitie:

- \* Digitalisering en meer in het algemeen de technologische ontwikkelingen maken de toepassing van mobiele communicatie zeer belangrijk, voor deze vormen van telecommunicatie hebben meerdere partijen interesse, de huidige regelgeving staat dat in onvoldoende mate toe.
- \* De levering van de verschillende door de zakelijke markt gevraagde vormen van dienstverlening van PTT Telecom is niet voldoende competitief wanneer deze wordt vergeleken met andere toonaangevende telecommunicatielanden. Het betreft hier dan voornamelijk diensten zoals de kwaliteit en beschikbaarheid van huurlijnen, back-upvoorzieningen voor huurlijnen, ISDN-diensten en mobiele communicatiemogelijkheden. Tevens merkt de minister hier op dat de tarieven voor datacommunicatiediensten, in vergelijking met andere landen, in Nederland hoog genoemd kunnen worden.

Het gevolg van deze ontwikkelingen was dat de uitgangspunten zoals die ten grondslag lagen aan de Wtv aan sterke erosie onderhevig waren. Maar het heeft tot midden 1996 geduurd voordat aan deze constatering door middel van wetgeving tegemoet werd gekomen.

Inmiddels was al eind 1994 geconstateerd dat niet alleen aanpassingen nodig zouden zijn die uiteindelijk hun beslag hebben gekregen in de Interimwet, maar dat de gehele regelgeving op het terrein van de telecommunicatie op de helling moest. Dus werkte men op het Ministerie van Verkeer & Waterstaat zowel aan de Interimwet-aanpassingen als aan de nieuwe Telecommunicatiewet die Nederland in het volgende millennium zal brengen.

De eerste zinnen van de Memorie van Toelichting zijn veelzeggend:

‘Het belang van informatie en communicatie in de samenleving neemt sterk toe. De zeer snelle ontwikkelingen in de informatietechnologie zijn een bron van innovatie, met name in de dienstensector.

De enorme toename aan capaciteit en kwaliteit van telecommunicatienetwerken en computers maakt de uitwisseling van grote hoeveelheden gegevens over wereldwijde netwerken mogelijk. Hiermee ontstaan

tal van nieuwe toepassingen voor bedrijven en particulieren. Deze innovatieve mogelijkheden en toepassingen hebben belangrijke potentiële effecten op de productiviteit en de economische groei. *(Dan volgt er nog een stuk argumentatie dat ook het Nationaal Actieplan Elektronische Snelweg een rol speelt, en de alinea wordt afgesloten met:)* Daartoe is een herziening van de wet- en regelgeving op dit terrein nodig.’

Op 13 oktober 1998 keurde de Eerste Kamer de nieuwe Telecommunicatiewet goed. De wet is gefaseerd in werking getreden en wel op 15 december 1998, 15 januari 1999 en 1 juni 1999. Deze wet regelt niet alleen het nieuwe geliberaliseerde telecommunicatiedienstenverkeer en de manier waarop marktpartijen zich naar elkaar toe en naar hun gebruikers moeten/mogen gedragen, maar bevat ook een stevige herziening van de manier waarop onze overheid tegen de media, of zoals nu nog gezegd kan worden, de (publieke) omroep, aankijkt.

De Telecommunicatiewet kent onder andere de volgende op technologische uitgangspunten gebaseerde juridische definities zoals die met name van toepassing zullen zijn op de (media)omgeving:

- \* *omroep*: een elektronische mediadienst die betrekking heeft op het verzorgen en uitzenden van programma's, bijvoorbeeld de NOS;

- \* *programma*: een elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud, dat bedoeld is te worden uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan, met uitzondering van datadiensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn en andere interactieve diensten, bijvoorbeeld ‘Wedden dat..’ of het Eurovisie Songfestival;

- \* *programma voor algemene omroep*: een programma dat bestemd is voor ontvangst door het algemene publiek, bijvoorbeeld Nederland 1 of BRT 1;

- \* *programma voor bijzondere omroep*: een programma dat gecodeerd wordt uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door een deel van het algemene publiek, bestaande uit diegenen die met de omroepinstelling die het programma verzorgt, een tot de ontvangst van het programma strekkende overeenkomst hebben gesloten, bijvoorbeeld Nederland 1 in het gecodeerde pakket van Canal+ of Discovery Channel;

- \* *omroepnetwerk*: technische inrichtingen, of onderdelen daarvan, die worden gebruikt om met gebruik van kabels of radioverbindingen tussen punten programma's te verspreiden naar één of meer bij anderen in gebruik zijnde gronden, woningen, of niet tot woningen dienende gebouwen; een typisch voorbeeld is het kabeltv-net;

- \* *omroepzendernetwerk*: radiozendapparaten, satellieten daaronder begrepen, die worden gebruikt of mede gebruikt voor het verspreiden van programma's; voorlopig nog even de NOZEMA, maar kennelijk ook het satellietnetwerk waarop bijvoorbeeld RTL5 of SBS 6 wordt uitgezonden.

En tot slot het

- \* *uitzenden van een programma*: een omroepdienst, bestaande uit het al dan niet gecodeerd verspreiden van een programma naar het algemene publiek of een deel daarvan door middel van een omroepzender of een omroepnetwerk.

Nu wordt er al weer een tijdje geëxperimenteerd met alternatieven voor verspreiding van programma's door middel van verschillende digitale transmissiestandaarden toe te passen in een telefonienetwerk. Deze standaarden (technieken zo u wilt) staan bekend onder de naam xDSL. Zo heeft AT&T (Lucent) de zogenaamde Analogue Digital Subscriber Line (ADSL) ontwikkeld. Met deze xDSL-familie is het mogelijk via een gewone telefoondraad een breedbandig (tv-)programma te versturen. Ideale techniek voor het verspreiden van programma's aan individuele afnemers. Is dan het telefonienetwerk van KPN onder gebruikmaking van de ADSL-technologie en met het ter beschikking stellen van het Eurovisie Songfestival een omroepnetwerk geworden? Dan moeten we eerst even kijken wat er gebeurt wanneer we de definities uit de wet gaan toepassen. Het telefonienetwerk van KPN voldoet aan de definitie die staat onder omroepnetwerk ingeval het wordt gebruikt voor het verspreiden van het Eurovisie Songfestival, toch voorwaar een tv-programma zou je mogen zeggen. Maar volgens de strikte definitie van programma is het via xDSL verzorgen (op individuele basis, immers) van iets met beeld- en/of geluidsinhoud *geen* programma, en dus is het KPN-telefonienetwerk *geen* omroepnetwerk. Vervolgens wordt er ook aan het criterium uitzenden van een programma niet voldaan door deze dienst, want er wordt niet verspreid via een omroepnetwerk.

### Confrontatie

Het recht, beter de regelgeving, zoals opgebouwd rond de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft vooral materiële trekken. Het gaat hier om het inhoudelijk beschermen van individuen om inbreuken op de persoonlijke levenssfeer te voorkomen door precies te definiëren aan welke rechten en verplichtingen de relevante actoren zich dienen te houden. Privacy in juridische zin is dan ook vooral materieel, inhoudelijk van karakter.

Privacy in de juridische zin is inhoudelijk van karakter.

Het telecommunicatierecht heeft (tot nu toe weinig of) geen oog voor de materiële, inhoudelijke op het individu gerichte bescherming van belangen. Het is vooral recht (overigens ook nog sterk in ontwikkeling) dat ziet op de ordening van de markt. Het gaat met name over de manier waarop partijen toegang tot elkaars faciliteiten kunnen krijgen, de rol die de overheid daarbij inneemt (als scheidsrechter), en daar waar schaarse middelen in het geding zijn (denk aan nummers, radiofrequenties, graafrechten) om een systematiek waarbij de toegang tot die schaarse middelen geregeld kan worden. In een dergelijke wet horen naar mijn overtuiging geen privacybeschermingsbepalingen thuis. Immers, de keuze om privacybepalingen op te nemen in de Telecommuni-

catiewet wordt bepaald op grond van de techniek. Een dergelijk (afhankelijk van de technologische omgeving) specifiek dan wel sectorbepaald beschermingskader is gedoemd ten onder te gaan aan de verregaande specialisatie die zowel bij juristen als ingenieurs nodig zal zijn om tot acceptabele normeringen te komen. Casuïstiek en individu komen hierbij op de voorgrond te staan. Van rechtszekerheid die van algemene normen uitgaat is dan nauwelijks nog sprake. Er zijn immers specialisten nodig die de burger/klant/patiënt bij moeten staan om te bezien of er wellicht sprake is van een (technisch) onterechte, een inbreuk op de privacy makende, handeling.

In mijn intrede in 1993 stelde ik het volgende over de rol die het recht zou moeten hebben:

'Het recht en de wetgever zou zijn normerende functie (in dit tijdperk van techniek en technologie) moeten 'hernemen' en daarbij voorwaarden voor en grenzen aan technische ontwikkelingen en haar receptie in bindende juridische normen moeten stellen. Anders wordt techniek recht.'<sup>9</sup>

### Conclusie

Nu lijkt het erop dat de westerse regelgevers een beetje vat beginnen te krijgen op de vragen die als gevolg van de technologische ontwikkelingen aan beleidsmakers en wettenmakers worden gesteld wat betreft de privacybescherming enerzijds en het telecommunicatierecht anderzijds. Hierboven heb ik geprobeerd als het ware losstaand beide zeer door techniek aangestuurde juridische terreinen nader te duiden. Naar mijn stellige overtuiging werkt de hierboven beschreven duiding niet. De door de (Nederlandse) wetgever gekozen benadering waarbij nadrukkelijk het geïmponeerd zijn door de techniek naar boven komt beschouw ik als een beangstigend fenomeen.

Hierboven besprak ik kort twee recente voorbeelden van wetgeving. De enige conclusie die daar volgens mij uit te trekken is, is dat techniekonafhankelijkheid zoals die wordt gepredikt door de wettenmakers als het ware als een soort 'eindterm' wordt gehanteerd. Een eindterm die lijkt te suggereren dat zij op de juiste manier met de techniek zijn omgegaan. Zij kijken immers naar de technologische ontwikkeling, internaliseren deze en komen vervolgens met een '*gedefinieerde oplossing*', een oplossing welke (zo laten zij ons weten) techniekonafhankelijk is. Het zijn immers de definities die de grenzen aangeven, en niet de normering: '*Gij zult dit of dat doen, dan wel dit of dat laten*'. Het zijn de definities die de rechten en de plichten vastleggen. Daarmee wordt het materialiseren van *het recht* afhankelijk gemaakt van het momentane begrijpen van de techniek.

9) J.M. Smits, *Normalisatie: Recht of Techniek?*, Inaugurale rede, Technische Universiteit Eindhoven, Eindhoven, 11 juni 1993.