Privaatrecht: virtuele verkenningen

Prof.. mr. J.E.J. Prins[1]

1. Inleiding

Het leidt geen twijfel dat informatie- en communicatietechnologie (ICT) steeds meer greep krijgt op maatschappelijke, economische en sociale processen en verschijnselen. Toepassingen als Internet, e-mail en – schoorvoetend – ook elektronische handel raken in toenemende mate verweven met ons dagelijks handelen en meer algemeen onze samenleving. Dat deze ontwikkeling belangrijke consequenties voor ons recht heeft, spreekt voor zich. Volgens de Kabinetsnota *Wetgeving voor de elektronische snelweg*[2] worden deze consequenties gekenmerkt door drie ontwikkelingen: dematerialisering (de economie draait in toenemende mate om informatie, kennis en diensten die digitaal zijn: fysieke aanknopingspunten als papier en tastbare produkten komen op de achtergrond te staan), internationalisering of deterritorialisering (voor het Internet bestaan landsgrenzen niet, waardoor kwesties rondom rechtsmacht in een nieuw daglicht komen te staan) en technologische turbulentie (de techniek ontwikkelt zich in een dusdanig hoog tempo dat nieuwe wetgeving constant achter de feiten aanloopt).

Dit themanummer beoogt een aantal van de juridische consequenties van de inzet van ICT inzichtelijk te maken en handelt vanuit die doelstelling over de belangrijkste privaatrechtelijke consequenties van Internet en meer specifiek elektronische handel. De diverse bijdragen gaan echter niet alleen over de consequenties voor het privaatrecht. Ze staan tevens stil bij de rol van het privaatrecht bij het vormgeven van de informatiemaatschappij. De vraag die dan natuurlijk direct naar voren treedt is of het privaatrecht eigenlijk wel een rol heeft bij de ontwikkeling van het Internet? Immers, in de virtuele wereld zou toch sprake zijn van een volledig vrije, niet door traditionele normen en waarden bepaalde maatschappij? Er bestaat geen recht in de Internet-wereld en dat zou er ook niet moeten zijn, aldus John Perry Barlow.[3]

Deze visie lijkt inmiddels door de feiten achterhaald. Er is wel degelijk wet- en regelgeving die het gedrag en het handelen op het Internet beïnvloedt. Sommige auteurs stellen daarbij dat de toepasselijke regels niet zozeer worden gesteld door de wetgever, maar liggen besloten in (de mogelijkheden van) de techniek. Het zijn de waarden en normen die we middels de techniek inbouwen (zoals bijvoorbeeld via filterprogramma's of privacyvriendelijke browsers) die het gedrag op het Internet beheersen. Dit uitgangspunt ligt onder meer ten grondslag aan het idee van de Lex Informatica zoals gepropageerd door Reidenberg.[4] Dat de bestaande – uit de fysieke wereld afkomstige - wetgeving toch zeker ook van invloed is op het reilen en zeilen in de virtuele wereld, laat bijvoorbeeld het auteursrecht zien. Er is geen ander juridisch

---

1 Prof. mr. J.E.J. Prins is als hoogleraar recht en informatisering verbonden aan het Centrum voor Recht, Bestuur en Informatisering van de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.

2 Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg, *Kamerstukken II* 1997/98, 25880, nr. 1-2.

3 John Perry Barlow, "The Economy of Ideas", *Wired*, maart 1994, p. 84. Beschikbaar via: <http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html>.

4 Joel R. Reidenberg: "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review* 1998-3, p. 553.

domein dat inmiddels zo is (zal worden) aangepast vanwege juist de consequenties van de bestaande regels wanneer ze worden toegepast op de virtuele wereld. Ook het Burgerlijk Wetboek staan belangrijke aanpassingen te wachten naar aanleiding van een groot pakket van Europese maatregelen om het vertrouwen in elektronische handel te bevorderen. Kortom, wet- en regelgeving lijkt een belangrijke invloed te hebben c.q. te krijgen op de ontwikkeling van het Internet en de elektronische handel.

De navolgende bijdragen handelen zoals gezegd over diverse, met name privaatrechtelijke, consequenties die het Internet en meer specifiek elektronische handel met zich meebrengen. Natuurlijk zijn dit niet alle andere belangrijke onderwerpen. Zo zijn bijvoorbeeld de procesrechtelijke implicaties in dit nummer hier 'buiten de boot gevallen'.[5] Zeker niet omdat deze en andere thema's minder belangrijk of interessant zouden zijn voor het denken over privaatrecht en elektronische handel. Binnen de ruimte van één aflevering van dit tijdschrift moeten echter nu eenmaal keuzes gemaakt worden.
Allereerst staat Rob van Esch stil bij de ontwikkelingen binnen het Nederlands vermogensrecht naar aanleiding van diverse Europese richtlijnen op het terrein van de elektronische handel. Duidelijk wordt dat het Burgerlijk Wetboek op diverse onderdelen wijzigingen ondergaat en nog zal moeten ondergaan. Overigens bieden de diverse Europese richtlijnen de Nederlandse wetgever in lang niet alle gevallen de noodzakelijke duidelijkheid over de te maken keuzes. Coen Drion bespreekt vervolgens de vraag in hoeverre het Amerikaanse recht, en meer specifiek de Uniform Computer Information Transactions Act ("UCITA") als inspiratiebron kan dienen voor de Nederlandse regelgeving op het terrein van de elektronische handel. Zijn analyse toont onder meer aan dat alhoewel de UCITA in algemene zin onbruikbaar is als inspiratiebron, er zeker individuele elementen in de regeling zitten die wel als zodanig kunnen dienen. Hans Franken neemt in aansluiting hierop de ontwikkelingen en implicaties voor het notariaat onder de loep. Voor de notaris lijkt namelijk een belangrijke rol te zijn weggelegd bij het bevorderen van het vertrouwen in elektronische communicatie en transacties. Bernt Hugenholtz stapt hierna over naar het intellectuele eigendomsrecht en bespreekt de enorme uitdagingen die een virtuele en grenzeloze wereld stelt aan de traditionele uitgangspunten en onderliggende waarden van het auteursrecht en het octrooirecht. Tevens gaat hij in op een relatief nieuw intellectuele eigendomsrecht, het databankenrecht. Dat het mondiale en virtuele karakter van het Internet belangrijke implicaties voor het internationaal privaatrecht heeft en vele vragen oproept, is niet verbazingwekkend. Welke concrete antwoorden op de vele vragen gegeven moeten worden is echter allerminst duidelijk. Maurice Polak staat in zijn bijdrage bij dit complexe onderwerp stil. Ook het fiscale regime wordt geraakt door de grensoverschrijdende en virtuele dimensie van elektronische handel. Welke aanknopingspunten dienen er bijvoorbeeld te gelden voor de heffing van BTW in een wereld waar primair diensten en niet zozeer produkten de dienst uitmaken? Deze en andere fiscale vragen worden besproken in de bijdrage van Henk Vording. Sjaak Nouwt, tenslotte, staat stil bij de relatie tussen privacy en e-commerce. Privacybescherming blijkt een cruciale rol te (gaan) spelen bij het eventuele succes van electronic commerce. Uit onderzoek komt naar voren dat de vrees voor een volstrekt kenbare elektronische samenleving waarin aanbieders beschikken over gigantische bestanden met persoonsgegevens en profielen van consumenten een

[5] Zie hierover de, naar verwachting dit jaar in het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging te verschijnen, bijdrage "De toegang tot de civiele rechter in het ICT tijdperk" van de hand van M. Freudental.

belangrijke reden vormt voor de aarzeling van consumenten over te gaan tot de on-line aanschaf van produkten of diensten. Ter introductie op de diverse bijdragen, beoogt dit eerste artikel op een meer abstract niveau een overzicht te geven van de belangrijkste implicaties van Internet en elektronische handel voor het privaatrecht.[6]

2. Vertrouwde aanknopingspunten ter discussie

De introductie van Internet knaagt aan vele in ons recht vertrouwde concepten en uitgangpunten. Belangrijke factoren hierbij vormen de genoemde ontwikkelingen van dematerialisering en deterritorialisering. Wat betreft de eerste ontwikkeling: de fysieke drager verdwijnt als een logisch aangrijpingspunt voor privaatrechtelijke regulering. Informatie wordt niet langer in schriftelijke vorm, maar in enen en nullen (elektronisch) aangeleverd. Het papieren contract wordt verdrongen door een elektronisch afgesloten overeenkomst, waaraan partijen zich verbinden middels een elektronische handtekening of – nog eenvoudiger – een enkele klik op de OK-button. Het privaatrecht gaat bij de normering van handelingen echter nog in veel gevallen uit van tastbare aanknopingspunten en objecten, schriftelijke communicatie, etc. De regeling inzake algemene voorwaarden spreekt in art. 6:231 BW over een schriftelijk beding. De specifieke beschermingsmaatregelen van consumentenkoop (Boek 7 BW) spreken van koop, waarbij nog immer onduidelijk is of ook de on-line aanschaf van een boek of cd als koop mag worden aangemerkt.[7] De regeling produktenaansprakelijkheid biedt consumenten bescherming tegen ontploffende frisdrankflessen, lekkende babykruiken: maar twijfelachtig is nog steeds de status onder deze regeling van foutief geprogrammeerde (bestralings)software.[8]

Behalve het verlies van een fysiek aanknopingspunt ter regulering van bepaald handelen, brengt dematerialisering ook met zich mee dat communicatieprocessen en –handelingen oncontroleerbaar, manipuleerbaar en moeilijk traceerbaar zijn. Digitale sporen zijn soms eenvoudig te vervalsen, elektronische identiteiten zijn niet langer met 100% zekerheid vast te stellen en het onderscheid tussen origineel en kopie is niet meer vast te stellen. Een en ander heeft belangrijke consequenties voor de betrouwbaarheid van en het vertrouwen in elektronische communicatie, kortom de kwestbaarheid van onze informatiesamenleving.

Wat betreft de tweede ontwikkeling – deterritorialisering – blijken landsgrenzen geen adequaat aanknopingspunt meer te bieden. Internet trekt zich immers niets van dergelijke grenzen aan. Daarbij blijkt het vanwege de mobiliteit van het Internetverkeer alsmede de eigenschappen van deze vorm van communicatie überhaupt welhaast onmogelijk vast te stellen waar precies een bepaald persoon zich bevindt dan wel (van)waar een handeling wordt verricht. Een bijkomend (technisch) aspect is dat door het gebruik van zogenaamde zelf-routerende systemen de weg die

---

[6] Zie meer in detail hierover: B. van Klink, J.E.J. Prins, W. Witteveen, *Het conceptuele tekort. Een surveyonderzoek naar de wisselwerking tussen ICT en het recht*, Den Haag: Infodrome, 2000 (te publiceren bij Sdu in de loop van 2001). Beschikbaar via <http://www.infodrome.nl/terminal/pdf/surv_klink.pdf>.

[7] Zie hierover onder meer: J.E.J. Prins & S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 186-188; C.E. "Drion, Kroniek van het vermogensrecht", *NJB* 1999, p. 1457.

[8] Zie hierover uitgebreid: R.J.J. Westerdijk, *Produktenaansprakelijkheid voor software. Beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieprodukten*, Deventer 1995.

een elektronisch bericht aflegt niet langer door de mens te bepalen is. Aldus valt het steeds moeilijker vast te stellen welke route een elektronische bericht precies heeft afgelegd om uiteindelijk op zijn plaats van bestemming te komen.

In een dergelijke context schieten rechtsregels die uitgaan van fysieke kenmerken tekort en staan we voor de vraag welke uitgangspunten dan wel gehanteerd dienen te worden om het handelen van personen en organisaties 'thuis te brengen'. En de problemen rondom rechtsmacht worden alleen maar complexer wanneer elektronische transacties niet langer uitsluitend via vaste verbindingen, maar ook met behulp van draadloze communicatie (mobiele e-commerce oftewel M-Commerce)kunnen worden uitgevoerd. Een en ander betekent dat de overheden van de diverse landen een visie dienen te ontwikkelen op de rol van de staat in een elektronische omgeving. Een blik op de activiteiten binnen de internationale organisaties leert dat deze vooral beleidsvoornemens en globale principes op hebben geleverd, maar nog weinig concrete resultaten. Alhoewel ook de Nederlandse regering een eerste aanzet heeft gepresenteerd middels de notitie *Internationalisering en recht in de informatiemaatschappij*[9], blijkt dat "er vooralsnog te weinig effectieve gedachtevorming plaatsvindt over het beleid op het thema internationalisering en rechtsmacht."[10]

Tenslotte moet gewezen worden op nog een laatste belangrijke ontwikkeling die naar voren treedt tengevolge van ICT-toepassingen: het afnemend belang van menselijke inbreng. In principe vallen alle handelingen in ons maatschappelijk verkeer terug te voeren op rechtshandelingen welke zijn verricht door een natuurlijk persoon dan wel een rechtspersoon. De opkomst van ICT toepassingen maakt menselijke interventie echter steeds meer overbodig. Virtuele popmuzikanten voeren inmiddels de hitparade aan11 en een voorraadbeheersysteem kan volledig geautomatiseerd producten bestellen op het moment dat de voorraadcijfers aangeven dat een normwaarde is bereikt. Met de inzet van zogenaamde intelligente agenten op het Internet is hier weer een dimensie aan toegevoegd. Het betreft in dit geval programmatuur die voor de gebruiker op diens verzoek bepaalde taken op het Internet kan uitvoeren. Zo kan de agent op het Internet zoeken naar sites en de daarop geplaatste informatie om deze informatie vervolgens te sorteren en interpreteren. Inmiddels kunnen dergelijke agenten ook e-mail afhandelen. Wanneer op termijn de techniek verder is verbeterd, kunnen agenten over de voorwaarden van het downloaden van bijvoorbeeld een databank 'onderhandelen' met de intelligent agent die is geplaatst op de computer van een informatieleverancier. De juridische status van een dergelijke handeling is nog verre van duidelijk: kan een overeenkomst, of meer in het algemeen een rechtshandeling, ontstaan zonder menselijke tussenkomst? Een rechtshandeling vergt immers een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Kan middels een dergelijke volledig geautomatiseerde verklaring een op de rechtsgevolg gerichte wil van de persoon die dit systeem benut worden aangenomen? Concrete aanknopingspunten in wetgeving en rechtspraak ontbreken helaas in Europa en Nederland. In de Verenigde Staten daarentegen heeft men via de,

---

[9] *Kamerstukken II* 1999/00, 25880, nr. 10.

[10] B.J. Koops, J.E.J. Prins, M.H.M. Schellekens, S.J.H.Gijrath & E. Schreuders, 'Overheden over internationalisering en ICT-recht. De standpunten van Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten', *ITeR-reeks 39*, Den Haag 2000, p. 124. Beschikbaar via: <http://www.minjust.nl/c_actual/rapport/overcrbi.pdf>.

[11] E-Cyas oftewel Electronic Cybernetic Artificial Superstar <http://www.e-cyas.com> lanceerde een single en clip onder de veelzeggende titel 'Are you real?'.

in de bijdrage van Drion in meer detail besproken, Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)[12] de juridische status van handelingen door intelligente agenten wel geregeld en daarbij voor een redelijk rigide, maar daarom ook zeer praktische benadering gekozen.

Alle genoemde problemen en uitdagingen hangen min of meer samen met traditionele privaatrechtelijke aanknopingspunten die niet langer adequaat lijken te kunnen functioneren in een elektronische omgeving. Een deel van deze problemen alsmede de eerste richtingen voor een aanpak ervan, komen in de diverse bijdragen van dit themanummer aan de orde. Geabstraheerd van deze concrete problemen, is bestudering van de positie van het privaatrecht in de informatiemaatschappij nog om andere redenen interessant. In de navolgende paragrafen wordt dit geïllustreerd aan de hand van twee tendensen: de rol van het individu en de rol van privaatrechtelijke normeringsinstrumenten.

3. De rol van het individu

In eerdere publicaties over de invloed van ICT op het recht is er reeds op gewezen dat niet alleen geografische grenzen hun relevantie verliezen, maar dat ook de traditionele grenzen in de ordening van ons economisch en maatschappelijk verkeer ter discussie staan.[13] Starre 'fysieke' organisaties maken plaats maken voor dynamische 'virtuele' organisaties omdat ICT de mogelijkheden biedt om ten behoeve van de zich op dat moment voordoende situatie de juiste organisatorische constellatie op de been te brengen. Waar vroeger voor bepaalde economische activiteiten een groot en financieel krachtig bedrijf voor nodig was, kan iedere schooljongen nu met behulp van één computer en een dosis creativiteit een miljoenenbedrijf van de grond krijgen.

Dergelijke ontwikkelingen roepen bijvoorbeeld de vraag op in hoeverre het – ook in het privaatrecht gehanteerde – onderscheid tussen grote en kleine ondernemingen nog relevant is voor het beoordelen van bepaalde maatschappelijke en economische processen. In zijn boek *The Control Revolution* laat Andrew L. Shapiro zien dat in het Internet-tijdperk de macht van instituties naar individuen verschuift.14 Dissidenten gebruiken het Net om de hen opgelegde regels van censuur te omzeilen, *day-traders* hebben lak aan de traditionele instituties op de optie- en effectenbeurs en kopen en verkopen in luttele minuten met één click van de muis en scholieren leggen met het versturen van een enkel virus complete mondiale netwerken plat. Illustratief in dit verband is ook de positie van de consument, een traditioneel als economisch zwak aangemerkte partij.

Enerzijds brengt het Internet nieuwe risico's voor consumenten met zich mee. Zo is in een elektronische omgeving de positie van de consument met name zwakker als het aankomt op kwesties rondom privacy, betalen en transacties onder vreemd recht. Daarbij zijn consumenten op het Internet veelal verplicht het gehele

---

[12] Het betreft hier een tekst opgesteld door de National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, zie: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm#ucita>.

[13] Zie: J.E.J. Prins, R.W. van Kralingen, 'De invloed van informatie- en communicatietechnologie op het recht', in: Volatilisering in de economie (red. M.F. Gelok, W.M. de Jong), Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Voorstudies en achtergronden, V98, Den Haag 1997, p. 108-109.

14 A.L. Shapiro,, *The Control Revolution*, New York: Public Affairs 1999. Zie hierover ook de diverse rapporten opgesteld in het kader van het programma AEconomie van de 21e eeuw@ van het Ministerie van Economische Zaken: Economische Zaken (2001).

aankoopbedrag vooruit te betalen, terwijl de wettelijke regelingen deze praktijk uitdrukkelijk verbieden (zie Boek 7 titel 1 BW). Volledige betaling vooruit brengt consumenten in een nadelige positie wanneer het aankomt op teruggave van de koopprijs indien het afgeleverde niet aam de overeengekomen vereisten voldoet. Dit probleem wordt op het Internet nog eens extra uitvergroot in verband met de grensoverschrijdende dimensie van de transactie.

Anderzijds biedt het Internet consumenten en andere gebruikers ook belangrijke nieuwe mogelijkheden tot het verstevigen van de positie. Zo kunnen consumenten via sites als LetsBuyIt.com de aankoopprijs beïnvloeden door collectief een bepaald product te kopen. Prijsvergelijking is op het Internet een fluitje van een cent geworden en ontevreden consumenten en patiënten of verontruste burgers kunnen het Internet gebruiken om hun ontevredenheid of andere gevoelens voor een wereldwijd publiek kenbaar te maken. Kenmerkend voor deze ontwikkeling is dat het nu de consument is – traditioneel de passieve eindgebruiker – die het initiatief neemt en een bepalende rol heeft bij de specifieke kenmerken en omstandigheden van het consumeren. Zo vraagt een site als Priceline.com aan bezoekers om de prijs en de condities te noemen, welke ze bereid zijn voor een vliegticket, een hotelkamer of een hypotheek te betalen. Vervolgens is het aan de aanbieders van deze producten en diensten om aan te geven of zij op hun beurt bereid zijn onder deze condities een overeenkomst aan te gaan. Nog een stap verder gaat Richard Branson's plan voor een omkering van het traditionele veilingmodel: via de site Virginunlimited.com kunnen consumenten een bestelling plaatsen voor een gewenst product - bijvoorbeeld een auto. Vervolgens bieden de aanbieders – in dit geval de autodealers – virtueel met elkaar op de beste (goedkoopste) koop. Het meest recente voorbeeld van de machtsgreep van consumenten betreft de populariteit van de zogenaamde peer-to-peer (P2P) techniek, waarmee toepassingen als Napster, Freenet en Gnutella werken. P2P biedt gebruikers de mogelijkheid om zonder de tussenkomst van servers elkaars opslagruimte en de informatie die daarop staat, te gebruiken. Centrale sturing en controle ontbreekt hier in principe en het initiatief ligt bij de gebruiker.

Met deze ontwikkelingen treedt de vraag naar voren of we in een elektronische omgeving nog kunnen spreken van de 'zwakke' partij zoals die in de traditionele wereld bestaat en waartoe de overheid - middels onder meer het privaatrecht - beschermende maatregelen introduceerde? Kenmerkend bij veel van de wettelijke beschermingsmaatregelen is daarbij dat ze een repressief karakter hebben. Het Internet daarentegen biedt een scala aan preventieve mogelijkheden waarmee de consument, burger, patiënt diens – in beginsel – zwakke positie aanmerkelijk kan verstevigen. Behalve de voornoemde mogelijkheden kan ook nog worden gewezen op het toenemend aantal mogelijkheden voor privacybewuste Internet-gebruikers om anoniem te surfen of (semi-)anoniem betalingen te verrichten.[15]

Een met de nieuwe positie van de consument vergelijkbare situatie betreft de relatie tussen auteurs en inhoudsexploitanten. Ook hier heeft het Internet invloed op de traditionele machtsverhouding tussen deze partijen. Terwijl in de traditionele wereld veel geld en een flinke organisatie nodig is om manuscripten, muziek, films, etc. uit te geven en te distribueren, biedt het Internet (met daarbij de recente ontwikkelingen in compressietechnieken) welhaast een ieder de mogelijkheid om zelf te verveelvoudigen en openbaar te maken. Niet alleen de schrijver Stephen King,

[15] Zie hierover: J.E.J. Prins, 'Privacy, consument en het recht op anonimiteit: een oud fenomeen in een nieuw jasje', in: *De e-Consument. Consumentenbescherming in de Nieuwe Economie*, Elsevier 2000, p. 123-140.

maar ook bekende popartiesten hebben inmiddels laten zien dat ze hun werken zonder tussenkomst van een uitgever of platenmaatschappij onder het Internet-publiek kunnen verspreiden. Voor de individuele auteur, muziekartiest, etc. betekent het Internet vrijheid en daarmee een mogelijkheid tot het verstevigen van de positie.[16]

Toch laat het Internet zien dat ook de positie van de auteur verzwakt. Immers, heeft de auteur zijn werk zonder tussenkomst van de platenmaatschappij, uitgever of een andere inhoudexploitant via het Internet algemeen beschikbaar gesteld, dan is daarmee zijn macht over het werk ook totaal verdwenen. Zijn broodwinning kan de auteur – en dan met name de uitvoerende artiest – nog uitsluitend veilig stellen middels optredens. Voor de succesvolle artiesten zal dit voldoende zijn. De minder succesvolle auteurs zullen toch weer in de armen van de inhoudexploitanten worden gedreven. De praktijk is vervolgens dat auteur alle auteursrechten aan de inhoudexploitanten dient over te dragen en daar totaal afhankelijk van wordt. Juist het Internet heeft inhoudexploitanten ervan overtuigd uitsluitend te kunnen overleven indien men over alle rechten kan beschikken. Alleen dan kan de overlevingsstrategie optimaal worden ingezet. Voor de auteur blijft er dan van de door het Internet geboden vrijheid weinig meer over.[17]

Naast de bovenstaande voorbeelden zijn er nog diverse andere maatschappelijke posities te noemen waarbij het Internet enerzijds verstevigt en anderzijds afbreekt. Genoemd kan worden de privacypositie van Internetparticipanten (waar sprake is van enerzijds een verzwakking door de toepassing van electronic monitoring technieken en anderzijds een versterking door anonimiseringsdiensten, encryptie en andere technieken[18]) en de rol van intermediairs. In een elektronische omgeving lijkt aan de ene kant geen behoefte meer te zijn aan tussenpersonen als dealers, distributeurs, producenten, etc. Aan de andere kant ontstaan ook weer geheel nieuwe intermediairs, zoals de in de bijdrage van Franken besproken Trusted Third Parties.

4. De rol van private sturingsinstrumenten

Mede in het licht van de veranderende positie van individuele participanten op het Internet, wijst alles er op dat private sturingsinstrumenten een steeds belangrijker rol spelen bij het vormgeven van de toepasselijke normen, waarden en concrete gedragsregels op het Internet. Niet alleen de techniek, maar ook de gedragscode, het certificaat en de individuele overeenkomst vormen de leidende instrumenten bij de regulering van maatschappelijke en economische verhoudingen.

---

[16] Zo lanceerde David Bowie zijn nieuwe cd allereerst via zijn eigen website Little Wonderworld, waarna de cd pas later in de winkel verkrijgbaar was. Bowie heeft inmiddels ook een eigen bancaire Internet-voorziening, waar fans betaalpasjes, overschrijfformulieren en cheques met de naam en foto van de artiest kunnen bestellen <http://www.bowiebanc.com>.

[17] Zie ook: P.B. Hugenholtz, Sleeping with the enemy (inaugurele rede), Amsterdam 1999. <http://www.ivir.nl/medewerkers/hugenholtz.html>.

[18] Waarbij overigens momenteel geldt dat deze privacybeschermende technieken veelal slechts >beschikbaar= zijn voor de met name technisch goed geïnformeerde gebruiker. In de toekomst verandert dit, omdat encryptie-technieken steeds meer een standaardonderdeel van programmatuur worden, terwijl in de nabije toekomst ook op netwerkniveau (IPv6, versie 6 van het Internet Protocol) encryptie standaard zal worden toegepast.

4.1 Techniek

Voor de individuele burger, auteur en consument biedt de techniek belangrijke mogelijkheden voor het handhaven van zijn rechten dan wel het verstevigen van zijn positie in een on-line wereld. Men kan inmiddels gebruik maken van een scala aan beschermingstechnieken zoals Privacy Enhancing Technologies (PET)[19] en encryptie voor de bescherming van persoonsgegevens, electronic copyright management systemen[20] bij het handhaven van auteursrechten, en filteringprogramma's ter bescherming van jeugdigen voor bepaalde schadelijke informatie op het Internet.[21] Sommige auteurs stellen zelfs dat de inzet van dergelijke technieken nadere wetgeving overbodig maakt. Voorvechter van de toepassing van technische instrumenten ter vervanging van wetgeving is de Amerikaanse hoogleraar Reidenberg die de *Lex Informatica* introduceerde als nieuw reguleringsinstrument.[22] Belangrijk voordeel van de technische 'wetgevingsinstrumenten' is dat de techniek de gebruiker tot een bepaald handelen verplicht, waarmee rechten en plichten onmiddellijk kunnen worden geëffectueerd, en niet ex post zoals veelal met de traditionele juridische instrumenten het geval is. Wat wel en niet mag wordt als het ware voorgeprogrammeerd.[23] In een negatief scenario kunnen rechthebbenden en belangenorganisaties van verontruste ouders, privacy-waakhonden en anderen hun visie op de informatiemaatschappij in feite dicteren via de techniek. Daarmee komt een essentieel belang als de informatievrijheid op het spel te staan.24

Met het oog op het voordeel van 'automatische' handhaving van rechten, heeft de rol van de techniek ook op beleidsniveau inmiddels de nodige aandacht, vooral ook omdat de markt en bepaalde belangenorganisaties daar steeds nadrukkelijker om vragen. Zo hebben op het terrein van het intellectuele eigendomsrecht de Lid-Staten van de WIPO (World Intellectual Property Organisation) zich verplicht te zorgen voor procedures om het auteursrecht te handhaven. Daartoe moeten ze afdoende juridische bescherming bieden aan technische maatregelen die auteursrechthebbenden hanteren om hun rechten te kunnen uitoefenen (zoals anti-kopieermaatregelen), alsmede wettelijke bescherming geven tegen het ongeautoriseerd veranderen of verwijderen van auteursrechtbeheerinformatie ("copyrights management information") of het verspreiden van werken waarvan men weet dat dergelijke informatie is veranderd of verwijderd. Inmiddels worden deze afspraken via de Europese richtlijn auteursrecht in

---

[19] Privacy Enhancing Technologies betreft een stelsel van technologische maatregelen waarmee de privacy van gebruikers of andere personen wordt afgeschermd. Het centrale principe van PET is dat middels de inzet van technologie het gebruik van diverse identificerende persoonsgegevens kan worden vermeden. Zie het rapport van de Registratiekamer: R.Hes, J.Borking, 'Privacy Enhancing Technologies: the path to anonimity – Revised Edition', in: Achtergrondstudies en Verkenningen 11, Den Haag 1998. Beschikbaar via: <http://www.registratiekamer.nl/bis/top_1_5_35_3.html>

[20] Electronic Copyright Management Systems zijn geautomatiseerde systemen die beveiligd de distributie van auteursrechtelijke werken regelen, voor het rechtenbeheer zorg dragen, diverse controlefuncties uitvoeren en vergoedingen afrekenen.

[21] Met name in de Verenigde Staten worden filterings- en labelingsprogramma's met betekenisvolle namen als NetNanny, Savesurf en Surfwatch op grote schaal in scholen en openbare bibliotheken ingezet.

[22] Joel R. Reidenberg: "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review* 1998-3.

[23] P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1998-I, Deventer 1998, p. 253. Zie: <http://www.ivir.nl/medewerkers/hugenholtz.html>.

24 Zie onder meer: M. de Cock Buning, Auteursrecht en informatietechnologie. Over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving, (diss.), Amsterdam 1998, p. 209 ev.

de informatiemaatschappij geïmplementeerd.[25]

Een blik op de huidige praktijk leert dat de techniek inderdaad langzaam een bepalende rol lijkt te gaan spelen bij het vormgeven van gedrag en handelen op het Internet. Vereist is daarbij overigens wel dat de Internetgebruiker een adequaat inzicht in het gebruik van deze technieken heeft. De toepassing van cookies en via het Internet beschikbare versleutelingstechnieken zijn hier voorbeelden van. Wie zich nietsvermoedend op het Internet begeeft, heeft zo zonder dat hij of zij het merkt diverse cookies 'aan zich kleven' die zijn of haar handel en wandel op het Net in de gaten houden. Wie daarentegen bekend is met de techniek, zal de cookies weten af te weren en verheugt zich aldus over meer privacy. Ook technieken als P3P[26] en PICS[27] laten zien dat de mate van privacy respectievelijk informatievrijheid waarover iemand op het Internet beschikt in belangrijke mate wordt bepaald door de adequate kennis van het gebruik van deze technieken. Waar het aldus op neer lijkt te komen is dat niet uitsluitend het gedrag van mensen aanknopingspunt voor regulering dient te zijn, maar ook de inzet van de technische middelen die dit gedrag beïnvloeden. Het is aldus van groot belang dat we oog krijgen voor de mate waarin op deze indirecte beïnvloeding (namelijk niet direct op gedrag, maar op de inzet van de techniek) door de overheid dan wel de markt gestuurd kan worden.[28]

Bezien moet tevens worden in hoeverre de techniek de noodzakelijke flexibiliteit biedt om de nuances van onze taal en ons normensysteem te incorporeren. Ervaringen met filterprogramma's laten zien dat deze in sommige situaties veel te rigoureus werken omdat ze ook niet-aanstootgevende informatie weigeren indien daar bepaalde termen in voorkomen. Zo kunnen bijvoorbeeld sites van anti-drugsprojecten niet worden doorgelaten omdat de term 'drug' daarin voorkomt. De implicaties in relatie tot de nuances van het normensysteem kunnen worden geïllustreerd aan de hand van het auteursrecht. De Auteurswet kent in het belang van de informatievrijheid een breed scala aan gedetailleerd uitgewerkte uitzonderingen op de exclusieve rechten van de auteur. Zo worden er, afhankelijk van het type werk (geschrift, muziek, software, etc.), verschillende voorwaarden gesteld bij de regeling inzake kopiëren voor eigen gebruik. Ervaringen met de door informatieleveranciers aangebrachte beveiligingstechnieken tegen kopiëren, laten zien dat deze technieken in lang niet alle gevallen ruimte bieden voor de rechtmatige uitoefening van de specifieke gebruiksrechten, waardoor de informatievrijheid onder druk komt te staan.

Met andere woorden, waar het de finesses van onze taal en ons normenstelsel betreft, blijkt de techniek veelal een nogal grofmazig instrument te zijn bij het handhaven van rechten. Bovendien verschillen de opvattingen over wat wel of niet

---

[25] Zie hierover de bijdrage van Hugenholtz in dit nummer.

[26] P3P staat voor het Platform for Privacy Preferences, een project opgezet door het World Wide Web Consortium (W3C), dat een set protocollen en afspraken omvat waarmee browsers of andere programma's automatisch over de afgifte van persoonsgegevens kunnen 'onderhandelen'. Het systeem werkt op basis van privacywensen en privacyprofielen die gebruikers kunnen instellen.

[27] PICS staat voor Platform for Internet Content Regulation. Dit platform scant websites op hun inhoud en labelt de websites vervolgens wel of niet. Met behulp van filterprogrammatuur worden vervolgens sites zonder PICS-label automatisch geblokkeerd. Op deze wijze past het Internet zelfcensuur toe.

[28] In verband kan ook worden gewezen op het onderscheid tussen open en gesloten source codes en de rol die beide kunnen spelen bij regulering door de overheid. Zie: L. Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, Basic Books, New York 1999.

aanstootgevende informatie is ook nog eens per land of cultuur.[29] De cynische woorden van de Amerikaanse hoogleraar Lessig zeggen in feite genoeg: "In the well implemented system, there is no civil disobedience. Law as a code is a start to the perfect technology of justice."[30]

4.2 De overeenkomst

Niet alleen de techniek, maar ook het contract blijkt in onze informatiemaatschappij een instrument bij uitstek om posities veilig te stellen. Zo constateerde Hugenholtz in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging "Het overeenkomstenrecht is in veel opzichten een volwaardig alternatief voor auteursrechtelijke bescherming op het Internet."[31] Opvallend is ook de grote aandacht voor het contractuele instrument bij het vormgeven van privacybescherming. In de Europese privacyrichtlijn wordt de overeenkomst expliciet genoemd als een mogelijkheid om te voorzien in een adequaat beschermingsniveau bij grensoverschrijdend verkeer van persoonsgegevens. Inmiddels zijn door diverse internationale organisaties projecten gestart waarin gewerkt wordt aan model contracten.[32]

Belangrijk voordeel van het Internet is dat het als het ware de optimale randvoorwaarden schept voor een contractuele afhandeling van rechten en plichten. Het is niet toevallig dat waar een koper in de fysieke wereld veelal nooit een (uitgewerkt) contract voor zijn neus krijgt, hij op het Internet wordt geconfronteerd met een diversiteit aan zogenaamde 'mouse-click' of 'click-through' overeenkomsten.[33]

De opmars van het contract valt te verklaren uit de kenmerken van het Internet: rechtstreekse relaties tussen aanbieders en gebruikers, eenvoud, interactiviteit en flexibiliteit. Bovendien lijkt het Internet de geografische afstand voorbij, hetgeen betekent dat partijen veel van de verschillen tussen de wereldwijde rechtsstelsel wensen te 'wegcontracteren'.[34] Daarbij is de grensoverschrijdende context in combinatie met de vooralsnog terughoudende opstelling van de overheid waar het de regulering van handelingen en relaties betreft een uitstekende voedingsbodem voor het experimenteren met contractuele afspraken tussen partijen.

Dat de relaties op het Internet in toenemende mate door het contactenrecht worden beheerst, heeft ook zijn keerzijde. Zo stelt Hugenholtz in zijn voornoemde

---

[29] Zie meer over deze problematiek: T. Oudejans, "Internet on-line: privacy off-site?", *Privacy & Informatie*, no. 4 1998, p. 153-160.

[30] L. Lessig, "The Zones of Cyberspace", *Stanford Law Review* 1996-48, p. 1408.

[31] Zie hierover uitgebreid: P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1998-I, Deventer 1998, p. 236. Zie: <http://www.ivir.nl/medewerkers/hugenholtz.html>.

[32] Zie bijvoorbeeld de door de International Chamber of Commerce opgestelde "Model clauses for use in contracts involving transborder data flows": <http://www.iccwbo.org>.

[33] Bij dergelijke overeenkomsten aanvaardt de gebruiker met een druk op de muisknop de voorwaarden dan wel klikt door de voorwaarden heen. Door de eenvoud waarmee informatie op het Internet kan worden geplaatst worden en vervolgens ook door gebruikers (moet) worden aanvaard, plaatsen informatie- en dienstenaanbieder op het Internet alles wat met rechten en plichten te maken heeft op hun site.

[34] Dat wil zeggen dat partijen – gegeven het in principe in vele rechtsstelsels gehanteerde uitgangspunt van contractsvrijheid - in feite hun eigen regels kunnen stellen en daarmee de door de diverse nationale overheden gestelde regels ter zijde kunnen stellen. Dit geldt overigens niet voor de bepalingen van dwingend recht.

preadvies vast dat via het contract veel van de wettelijke beperkingen (onder meer de vrijheid tot het kopiëren voor eigen gebruik) wordt afgeknabbeld. Op het terrein van de privacybescherming stellen we vast dat via het contract het gebruik van persoonsgegevens vogelvrij wordt verklaard. Via een clausule in de algemene voorwaarden van de meerderheid van de gratis Internetproviders doen gebruikers afstand van hun privacy en mogen de persoonsgegevens worden gebruikt voor marketingdoeleinden. Kortom, het gevaar bestaat dat fundamentele vrijheden zoals de *free flow of information* en privacy op de tocht komen te staan bij een te ongebreidelde opmars van het contract.

4.3 Intermediairs en hun instrumenten

Wanneer zelfregulering en contractuele afspraken op de voorgrond komen te staan en de normstelling in de virtuele wereld zich kenmerkt door een primaire rol voor private actoren, betekent dit dat ook voor intermediaire instanties, zoals consumentenorganisaties, privacybelangenorganisaties en verenigingen van Internet Service Providers een rol is weggelegd. Immers, individuele consumenten bevinden zich niet altijd in de positie om met aanbieders van de elektronische diensten en goederen over hun wijze van dienstverlening alsmede de door hen gehanteerde algemene voorwaarden te onderhandelen. Individuele Internet providers zullen veelal onvoldoende macht hebben om bij de wetgever op de al dan niet wenselijkheid van wetgeving aan te dringen. Individuele Internet-gebruikers zijn niet bij machte om op een mondiaal niveau het privacybeleid van organisaties, bedrijven en andere participanten op het Internet te doorgronden. Kortom, belangenorganisaties rekenen het tot hun taak de individuele betrokkenen op strategisch niveau een stem geven dan wel hen van instrumenten te voorzien waarmee ze hun rechten op de elektronische snelweg kunnen effectueren.

De belangenvertegenwoordigers staan daarbij diverse instrumenten ter beschikking. Voor een deel betreft het reeds in de traditionele wereld gehanteerde instrumenten, voor een ander deel zijn het nieuwe instrumenten dan wel nieuwe vormen van oude instrumenten. Wat betreft de oude instrumenten valt te wijzen op het voorwaardenoverleg. Vertegenwoordigers van consumenten kunnen als partij bij het voorwaardenoverleg de toepasselijke regels helpen vormgeven. Aldus kunnen in branches waarin veelvuldig elektronische transacties op afstand tot stand komen, de toepasselijke bepalingen in het algemene voorwaardenoverleg tot stand komen.[35] Vaststelling in SER-kader, zoals eerder gebeurd bij de Voorwaarden gebruik geld- en betaalautomaten - biedt consumentenorganisaties eveneens een mogelijkheid tot participatie. Wat betreft de traditionele instrumenten valt ook te wijzen op de inzet van intermediaire organisaties bij het vormgeven van procedures voor klachtenbehandeling en geschillenregelingen.

Een blik op de activiteiten van de diverse belangenorganisaties leert dat ze momenteel actief inzetten op het bewerkstelligen van meer transparantie voor de achterban inzake de diverse rechten en plichten op het Internet. Belangrijke instrumenten hierbij zijn de gedragscodes en keurmerken. Zo werd in Nederland in november 1999 door het Electronic Commerce Platform Nederland (ECP.NL) een

---

[35] Vgl. hierover het SER-advies "ICT en de consument", Den Haag 1998, p. 64-66. Beschikbaar via: <http://www.ser.nl>.

gedragscode gepresenteerd met voorbeeldclausules voor betrouwbare elektronische communicatie <http://www.ecp.nl/trust/gedrag.htm>. Vergelijkbaar met het Nederlandse ECP.NL initiatief zijn ook op een mondiaal niveau gedragscodes opgesteld.

Onder de naam *Webtrader* lanceerde niet alleen de Nederlandse Consumentenbond, maar diverse andere consumentenorganisaties in de Europese landen een keurmerk voor commerciële websites. Een Nederlandse aanbieder van elektronische diensten die het webtrader-logo voert, zegt toe zich te houden aan de door de Consumentenbond geformuleerde voorwaarden voor elektronisch zakendoen. Belangrijk bij deze voorwaarden is de keuzevrijheid voor consumenten, de eenvoudige prijs-kwaliteit vergelijking en de transparantie van de transactievoorwaarden <http://www.webtrader.nl>. Ook de Nederlandse Vereniging van Internet Providers (NLIP) heeft een gedragscode opgesteld, waar de leden bij hun activiteiten aan dienen te voldoen.[36]

Veel belangenorganisaties gebruiken het Internet zelf bij hun activiteiten, hetgeen hen nieuwe 'onderhandelingsinstrumenten' in handen geeft. Zo worden zogenaamde "sweeps" georganiseerd, waarbij de organisaties (veelal in een gezamenlijke actie met partners in andere landen) het Internet afsurfen op zoek naar frauduleuze en misleidende praktijken. Naar de verdachte sites wordt een e-mail gestuurd met de mededeling dat de activiteiten niet in overeenstemming met geldende wet- en regelgeving zijn en men wordt verzocht de site aan te passen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de activiteiten van de zogenaamde Better Business Bureau's.[37]

Een ander elektronisch instrument betreft het aanbieden van faciliteiten voor alternatieve geschillenoplossing (*e*-ADR). Inmiddels ontwikkelen diverse instanties, maar ook individuele aanbieders (zoals de veiling-site E-bay) elektronische faciliteiten voor het beslechten van geschillen. De Europese Commissie acht dit instrument van groot belang bij het verbeteren van de positie van de elektronische consument en heeft inmiddels een groot aantal activiteiten ontplooid om *e*-ADR te stimuleren.[38] Als belangrijk voordeel voor consumenten wordt het laagdrempelige karakter van een dergelijke faciliteit gezien. Toch zijn er ook kritische geluiden, waarbij er met name op wordt gewezen dat er nog zeer aspecten veel nader uitgewerkt dienen te worden: welke regels gelden er voor de toegang tot en authenticiteit van de ingediende stukken?, welke termijnen gelden er voor het indienen van de processtukken?, op welke wijze worden de argumenten naar voren gebracht (wordt een digitaal gepleit)?, op welke wijze wordt de uitspraak ondertekend en wat is de status van de on-line uitspraak?[39]

Het staat vast dat - gegeven het grensoverschrijdende karakter van Internettransacties – de diverse belangenorganisaties niet uitsluitend vanuit een nationaal perspectief kunnen opereren: ze zullen op een internationaal niveau moeten samenwerken.

---

[36] Zie: <http://www.nlip.nl>.

[37] <Http://www.bbb.org>

[38] In Nederland heeft het Electronic Commerce Platform Nederland (ECP.NL) een projectgroep e-ADR opgezet.

[39] Zie de reactie van het Bureau Européen des Union de Consommateurs, "Consumers'rights in electronic commerce. Jurisdiction and applicable law on cross-border consumer contracts", Brussel 9 mei 2000, p. 5; J.E.J. Prins, S.J.H. Gijrath, "Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel. Aandachtspunten voor ISPs", Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 56-57.

Inmiddels gebeurt dit ook al. Zo kennen we het International Marketing Supervision Network (ISMN)[40], een mondiaal samenwerkingsverband tussen consumentenorganisaties waarbij 29 landen zijn aangesloten. Ook andere instanties, zoals de International Society of Consumer and Competition Officials (ISCOO) trachten de positie van hun achterban op de mondiale digitale markt te verbeteren. De diverse meldpunten werken eveneens op een internationaal niveau samen. Genoemd moet in dit verband worden de Internet Hotline Providers in Europe Association, een samenwerkingsverband van meldpunten voor schadelijke en illegale inhoud in Nederland, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk, met partners in de Verenigde Staten en Noorwegen. Het bestrijdt met name kinderporno op het Internet door het netwerk van nationale meldpunten te ondersteunen, nieuwe meldpunten te trainen, het bewustzijn van Internetveiligheid bij Europese Internetgebruikers te stimuleren, en gemeenschappelijke procedures op te stellen voor meldingen en rapportages van schadelijke en illegale inhoud.[41]

5. Conclusie

Het voorgaande laat zien dat er in de elektronische wereld als het ware sprake is van een privatisering van de normering: de rol van private (internationale) partijen en sturingsinstrumenten neemt on-line sterk in belang toe. Bij alle initiatieven en activiteiten rijst natuurlijk de vraag hoe ver de vrijheid van de markt om de informatiesamenleving vorm te geven mag reiken? Het lijkt er op dat de grenzen in zicht komen. Waar enige jaren in de diverse beleidsdocumenten van landen het welhaast volledige primaat in eerste instantie bij de markt lag, lijkt de overheid recentelijk weer nadrukkelijk op de toneel aanwezig.

Ingegeven door diverse belangen en overwegingen wordt er momenteel op gewezen dat de overheid niet uitsluitend een stimulerende rol, maar wel degelijk ook een sturende rol bij zelfregulering moet hebben. Immers, wanneer regulering volledig aan de markt wordt overgelaten lopen consumenten het gevaar dat hun belangen niet voldoende gewaarborgd worden. Daarnaast kan pure zelfregulering ook marktverstorend werken en mogelijk negatieve effecten voor de internationale handel hebben. Immers, zelfregulering kan het gevaar in zich hebben dat (onbedoeld) handelsbarrières worden opgeroepen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de voorwaarden die in de diverse landen voor het voeren van een keurmerk voor veilige elektronische handel worden gesteld. In ene land kan daarmee aan bedrijven een hoger niveau van consumentenbescherming worden opgelegd dan in het andere land.

Een sturende rol van de overheid kan vorm krijgen door bijvoorbeeld[42]:

- het behartigen van onvoldoende vertegenwoordigde – kwetsbare – belangen, bijvoorbeeld via het formuleren van randvoorwaarden voor gedragscodes en elektronische alternatieve geschillenbeslechting[43];

---

[40] Meer over deze organisatie: <http://www.imsnricc.org/imsn/activities.htm>.

[41] Zie <http://www.inhope.org>.

[42] Zie in deze de Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg, *Kamerstukken II* 1997/98, 25880 nr. 1-2, p. 186. Beschikbaar via: <http://www.overheid.nl/op>; en via: <http://www.minjust.nl/sdu>.

[43] Het kan dan gaan om randvoorwaarden zoals: de doelgroepen dienen voldoende georganiseerd te zijn, er moet sprake zijn van een gelijkwaardige behartiging van maatschappelijke belangen, er dient een voldoende binding van alle partijen te zijn en de handhaving van de afspraken moet voldoende verzekerd zijn.

- het opstellen ondersteunende wetgeving;
- het dreigen met wetgeving;
- het houden van toezicht;
- het meewerken aan handhaving (zoals via de voornoemde meldpunten).

In de visie waarin de overheid participeert in het vormgeven van beleid voor de informatiemaatschappij - de overheid en de private sector bundelen als het ware hun krachten om te komen tot een beleid – wordt in veel beleidsdocumenten gesproken van co-regulering. Alhoewel – met name vanuit een internationaal perspectief - nog verre van duidelijk is wat precies onder het concept co-regulering verstaan dient te worden (dit hangt immers in belangrijke mate af van de wetgevingstraditie van een landen alsmede culturele aspecten), stellen we vast dat het besef groeit dat de overheid niet kan volstaan met uitsluitend stimuleren, maar dat het vormgeven van ICT-beleid een taak voor de overheid en de markt gezamenlijk is.[44]

Een belangrijke vraag die dan naar voren treedt is hoever de rol en invloed van de overheid op zelfreguleringsinstrumenten reikt. In het licht van de hiervoor gemaakte opmerking over sturen op techniek in plaats van sturen op gedrag, zal veel gaan afhangen van de mate waarin de overheid invloed uitoefent op de uitgifte van certificaten, de aan *e*-ADR te stellen vereisten, en zelfs de randvoorwaarden voor zelfregulering. Kortom: regulering van zelfregulering. Via het stellen van concrete voorwaarden aan bijvoorbeeld de uitgifte van certificaten alsmede het handelen conform deze certificaten kunnen (inter)nationale overheden immers hun invloed op de ontwikkeling van het Internet vergroten.

Bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid doen zich momenteel in feite tegenstrijdige ontwikkelingen voor. Wat betreft de rol van de overheid bij het interveniëren op de ICT-markt stellen we enerzijds op grond van het bovenstaande vast dat deze rol wordt verstrekt in een scenario van co-regulering. Anderzijds stellen we vast dat die rol ook weer wordt verzwakt omdat de mogelijkheden om op een nationaal niveau sturend op te treden afbrokkelen. Gegeven het inherent grensoverschrijdende karakter van het Internet, wordt het regulerend vermogen in toenemende mate aan internationale organisaties overgedragen. Dat nationale overheden hun autonomie in dit opzicht niet snel loslaten, wordt overigens ook wel duidelijk. In veel gevallen lijken nationale overheden allereerst een nationale oplossing voor bepaalde problemen te formuleren om deze dan vervolgens internationaal als model te presenteren. Een mooi voorbeeld in dit opzicht is de Duitse aanpak bij onder meer de regulering van elektronische handtekeningen. In feite wordt een belangrijk deel van de problemen nog steeds vanuit een nationale benadering aangepakt en is er tot op heden weinig oog voor de internationale dimensie van de problematiek. Dit geldt met name voor de onderwerpen waar het nationaal handelingsvermogen nog groot is en de problemen vooralsnog nationaal aangepakt kunnen worden (de status van elektronische handtekeningen, aansprakelijkheid van ISPs). Daar waar dit handelingsvermogen klein is (bijvoorbeeld bij het vraagstuk van toepasselijk recht bij online overeenkomsten en grensoverschrijdende satelliettaps) verschijnen de onderwerpen eerder op de internationale agenda. Maar ook dan nog

[44] Zie hierover in meer detail: B.J. Koops, J.E.J. Prins, M.H.M. Schellekens, S.J.H.Gijrath & E. Schreuders, 'Overheden over internationalisering en ICT-recht. De standpunten van Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten', *ITeR-reeks* 39, Den Haag 2000. Beschikbaar via: <http://www.minjust.nl/c_actual/rapport/overcrbi.pdf>.

blijken de nationale standpunten voorop te staan.[45] Toch zullen de nationale overheden er niet aan ontkomen de internationale dimensie van alle problemen met open visier tegemoet te treden om aldus een goede wisselwerking tussen de beleidsvorming op nationaal en die op internationaal niveau te garanderen.

Als het dan vervolgens aankomt op de inhoud van de – internationale – overheidsinterventie, dan is het van essentieel belang dat er bij het formuleren van deze visie aandacht is voor de *belangen en doelstellingen* die aan een eventuele keuze voor normering ten grondslag (moeten) liggen. Hoe moeilijk ook: we moeten hierbij niet te zeer blindvaren op de techniek als zodanig. Het is duidelijk dat veel van de in dit deel beschreven processen laten zien dat technologische ontwikkelingen een centrale rol spelen bij het veranderende perspectief op de rol van het recht bij de regulering van de informatiemaatschappij. De inzet van de Nederlandse regering op zelfreguleringmechanismen lijkt primair voort te komen uit een visie op de invloed van de techniek.[46] Toch is het van belang voor ogen te houden dat de invloed van de techniek niet doorslaggevend mag zijn bij het formuleren van een visie op regulering. Hoe hoogdravend het ook moge klinken: de centrale vraag blijft iedere keer welk soort samenleving we wensen en creëren. Vervolgens zijn er de vragen: waar leggen we het evenwicht van "informatiemachten" en hoe rusten we de diverse partijen toe om dit evenwicht te bereiken? En: hoe organiseren en reguleren we vervolgens het vertrouwen van de partijen op de informatiesnelweg mede met het oog op de vraag of het handelen van wederpartijen inderdaad conform dit evenwicht plaatsvindt? In essentie raken we met deze vragen de vraag: wat is het *doel* van de regels die we stellen; wat beogen we met overheidsinterventie.

---

[45] Voorbeelden hiervan zijn grensoverschrijdend persoonsgegevensverkeer en het toepasselijk recht bij online overeenkomsten.

[46] Zoals opgemerkt: juist door op het instrument van de zelfregulering in te zetten, hoopt de overheid voldoende flexibiliteit te bieden in een tijd waarin technologische en maatschappelijke turbulentie de overhand hebben. Bijkomend voordeel is dat zelfregulering in principe niet aan landsgrenzen is gebonden, hetgeen eveneens een belangrijk voordeel is gegeven het grenzeloze karakter van het Internet.