

## **Nemo Plus...**

Afscheidsrede uitgesproken door

**Prof. Mr H. Franken**

aan de Universiteit Leiden op 14 september 2001.



## INHOUD

1. Inleiding
2. Is het digitale tijdperk en daarbij in het bijzonder cyberspace werkelijk iets nieuws?
  - 2.1 Wat is er veranderd?
  - 2.2 Wat verwachten we in dat digitale tijdperk en met name in cyberspace?
3. De rechtsorde in cyberspace
  - 3.1 Is er verschil met de rechtsorde in de werkelijke wereld?
  - 3.2 Een effectieve rechtsorde in cyberspace
4. Hoe moet de rechtsorde zijn in cyberspace?
  - 4.1 Afweging van belangen
  - 4.2 De uitoefening van vermogensrechten in cyberspace
  - 4.3 Aansprakelijkheid in cyberspace
5. De overgang naar een nieuw regiem

## 1. Inleiding

Een vraag om mee te beginnen. Wat heeft King Lear eigenlijk fout gedaan? U kent het verhaal. Een brave koning, die zijn koninkrijk goed had geregeld – er was orde op zaken en er waren zelfs geen financiële tekorten – dacht aan de toekomst. Hij wilde van “all cares and business” af zijn en er voor zorgen, dat alles ook na *zijn* tijd goed zou doorlopen op de manier zoals het was gegaan.

U ziet een prachtig aanknopingspunt voor een afscheidscollege: een gelegenheid om een aantal goede dingen uit het verleden nog eens te etaleren en wijze raadgevingen te spuien voor de opvolgers. Ik zie bij deze gedachte al, dat sommigen onder u zich zitten te verkneukelen in de verwachting van wat sappige verhalen, terwijl ik aan de gezichten van anderen zie dat zij hun tenen in hun schoenen krommen, bevreesd voor prikkelende opmerkingen, die tot dikke koppen in de Mare zullen leiden.

Welnu degenen, die zich verkneukelen moet ik teleurstellen en degenen, die hun tenen hebben gekromd, kunnen gerust zijn. De spreker voor u wil zich niet identificeren met King Lear, maar ik wil voorstellen dat u zich allemaal als een soort King Lear zal voelen. Wij allen verkeren namelijk in de toestand van de overgang naar een andere tijd – we spreken dan van het digitale tijdperk -, waarin een ander soort ruimte – de virtuele ruimte of cyberspace – een belangrijke rol speelt. We zijn in de overgang(speriode) naar een nieuw regiem. Z'n overgang wekt verwachtingen, zoals we ook hebben gezien bij de Franse Revolutie en de Val van de Muur in 1989. Maar verwachtingen komen niet altijd uit. In Frankrijk verwachtte men vrijheid, gelijkheid en broederschap, maar er volgde een lange periode van terreur. Bij de Val van de Muur verwachtte men vrijheid en welvaart door de werking van de markt, bevrijd van de druk van de overheid. Maar de markt kwam vooralsnog niet erg tot bloei en de overheid verloor haar traditionele ordenende taken aan maffiose groeperingen, zodat het ene ondemocratische controle-systeem werd vervangen door een ander en vrijheid en welvaart voor de burger zijn uitgebleven.

Bij de overgang naar zo'n nieuw regiem – een nieuwe maatschappij misschien – moeten we goed uitkijken. Daarover wil ik vanmiddag met u praten. We moeten ons daarom afvragen:

- Is het wel zo, dat er sprake is van een nieuw tijdperk, dan wel is cyberspace echt iets anders dan “realspace”?
- Als dat zo is, welke verwachtingen hebben we daarvan?
- Wat moeten we doen om niet de fouten van Lear te maken bij die overgang, want het liep slecht af met hem en met zijn koninkrijk: misverstanden, oorlog met Frankrijk, kommer en kwel.

Hij had in ieder geval verkeerde adviseurs: twee vreselijk gemene dochters, waarvan er één nog met een deugniet was getrouwd, die zich nota bene Duke of Cornwall mocht noemen, terwijl Lear niet luisterde naar de derde – aardige – dochter. Wij hebben nu ook een serie adviseurs, die heten bijvoorbeeld McKinsey, KPMG, Merrill Lynch, Morgan Stanley en er zijn nog wat incidenten

tele goeroes als Moore, Gilder en Negroponte. Bij hun voorspellingen en adviezen moeten we ons kritisch opstellen en de goede vragen weten te formuleren.<sup>1</sup> Lear koos ook een fout criterium: een vergelijking van liefdesverklaringen (een love contest) voor zijn persoon. Ik denk dat wij ons moeten oriënteren op andere waarden en idealen.

- Deze stellingname wil ik dan nog koppelen aan de specifieke problemen, die zich nu voor de jurist voordoen om ten slotte
- Een enkele oplossingsrichting – mooi vaag woord uit de politiek – aan te geven.

Die oplossingsrichtingen zijn aan te duiden met behulp van twee adagia:

- 1e. Een dichtregel van een romanticus uit de 19de eeuw, Jaques Perk, die luidt: “de ware vrijheid luistert naar de wetten”, en
- 2e. Een regel van Ulpianus<sup>2</sup>, die begint met de woorden “Nemo plus” en inhoudt dat iemand niet meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft. Het heeft dus niet te maken met kapitein Nemo van Jules Verne, zoals me door een aantal belezen vrienden is gevraagd, hoewel we uit diens gebruik van innovatieve technieken wel lering kunnen trekken.

## 2. Is het digitale tijdperk en daarbij in het bijzonder cyberspace werkelijk iets nieuws?

Deze vraag moeten we natuurlijk wel beantwoorden met inachtneming van het motto, dat ik bijna 30 jaar aan studenten heb voorgehouden: “Je kunt dezelfde dingen anders zien”. We zullen dus criteria moeten aangeven om te beoordelen of er van iets anders/nieuws sprake is en het niet alleen om een nieuwigheid gaat.

### 2.1 Wat is er veranderd?

Bij de informatie en communicatie technologie (ICT) gaat het niet om een verzameling van instrumenten, die neutraal zijn.<sup>3</sup> Het gaat niet om meer van hetzelfde dat nu alleen vlugger, beter en goedkoper kan. Het gaat om een andere vorm van menselijke interactie. Het Internet (cyberspace)<sup>4</sup> transformeert een groot deel van het maatschappelijk en persoonlijk leven.<sup>5</sup>

De mens *vermag* iets meer. Hij heeft veel meer keuzemogelijkheden en kan daarmee sociale en politieke gebeurtenissen bepalen. Dat maakt democratie op een veel bredere schaal mogelijk en je kan zelfs stellen, dat het al heeft bijgedragen tot het verdwijnen van autoritaire regimens in de reële wereld.

Bovendien werkt het over landsgrenzen heen; het is internationaal en betreft alle sectoren van het maatschappelijk leven. De technologie heeft vroegere beperkingen weggenomen. Zoals in het verleden de boekdrukkunst, het buskruit en de magneet het gezicht van de wereld en de stand van zaken hebben gewijzigd met betrekking tot respectievelijk de literatuur, de oorlogvoering en de navigatie is nu de informatie-

voorziening radicaal gewijzigd en daaruit zijn weer ontelbare veranderingen voortgevloeid.<sup>6</sup>

We zien nu een overgang van het fysieke domein – het domein van de atomen – naar het virtuele domein – het domein van de bits. In het fysieke domein zijn er (rechts)subjecten. We hebben de beschikking over tastbare instrumenten (je kan iemand in zijn kraag pakken), en een territorium (dus de geografie) bepaalt jurisdictie. Dat kan direct zijn of indirect via nationaliteit of afgeleide theorieën.

In het virtuele domein (het domein van de bits) is het anders. Daar is geen individueel bepaalde subjectiviteit, waar iemand of iets enig of uniek is, maar bestaat een multiplicitéit van feiten en mogelijkheden, aangezien alles multipel, veelvoudig is: het is onbepaald herhaalbaar (multipliceerbaar).<sup>7</sup> Daar is geen bepaald territorium, maar ubiquiteit (in Angelsaksisch potjeslatijn).<sup>8</sup> Daar zijn instrumenten vluchtig: de jongens zonder das hebben ook geen kraag meer, waarin zij zijn te vatten. Jurisdicties zijn diffuus en overheden kunnen niet reguleren. Gemeenschappen zijn bottum-up opgebouwd niet onder leiding van een staat. De vraag dringt zich dan op: heeft Marx toch gelijk gekregen? Is de staat verdwenen weliswaar niet ten gevolge van omverwerping door de arbeidersklasse, maar door het feit, dat er miljarden gigabytes door de ether vliegen?

In ieder geval constateer ik, dat er een nieuwe ruimte bestaat met nieuwe mogelijkheden en nieuwe kansen, waar “tijd” en “plaats” - belangrijke oriëntatiepunten in het intermenselijk verkeer - niet meer als ordeningscriteria kunnen dienen, waar de overheid geen grip op heeft en personen anoniem kunnen opereren.

## 2.2 Wat verwachten we in dat digitale tijdperk en met name in cyberspace?

“Vrijheid zonder anarchie, controle zonder overheid, consensus zonder macht”, zeggen de “netizens”, als tegenpolen van de “citizens”. Iedereen kan immers met iedereen communiceren en transactiekosten met betrekking tot informatie zijn minimaal, d.w.z. er zijn ook geen economische barrières.

Nu wordt in dit verband net als ten tijde van de Val van de Muur (de ondergang van de communistische regieën in Oost-Europa) vrijheid geformuleerd als afwezigheid van de staat.<sup>9</sup> Dat is een verkeerde benadering.

Trouwens – even terzijde – de terminologie met betrekking tot cyberspace is ook niet juist als het gaat om vrij te zijn van de staat. Cybernetica betekent sturing en ik heb in 1975 in Rotterdam mijn oratie gehouden over recht als cybernetisch systeem, als stuurmiddel in de samenleving.<sup>10</sup> Cyberspace betekent, dat er zelf organiserende gemeenschappen bestaan. Daarin is geen persoonlijk en fysiek contact: de actoren kunnen anoniem opereren met daarmee het gevaar van “freeriders-gedrag”. Daarom ontstaan er regels, waaraan de deelnemers zich moeten houden op straffe van bijvoorbeeld excommunicatie.

Die regels worden niet – zoals bij staatsvorming – opgelegd door een autoriteit. Deze zelfregulering is ook niet het werk van een “invisible hand”.<sup>11</sup> We moeten nog maar

eens bij Max Weber te rade gaan, die de technieken van sociaal reguleren zo fraai heeft beschreven. Hij noemt: macht, morele leiding en gezag. Bij de laatste vorm kan je dan weer een onderscheid maken tussen charisma, traditie en rationele argumenten.

Als ik nu kijk naar cyberspace – ik ben descriptief bezig – dan zie ik, dat diverse technieken – overlappend of aanvullend – worden gehanteerd.

*Macht* (“orders backed by threats”, zoals Austin “recht” omschreef) is niet aanwezig, want in verband met de anonimiteit van de participanten is de opvolging van bevelen niet te effectueren.

*Morele leiding* zien we wel in cyberspace. Groepsdeelnemers houden zich aan sociale normen, een netiquette in het algemeen en gedifferentieerde normen die horen bij een specifieke nieuwsgroep, chatbox, een MUD of MOO<sup>12</sup>, omdat zij bij de groep willen horen.<sup>13</sup> Houdt een deelnemer zich niet aan die regels dan kunnen krachtige sancties volgen door de overtreders de toegang te ontzeggen of door het toepassen van spamming, het bombarderen van zijn elektronische postbus, zodat deze onbruikbaar wordt.

Vormen van *gezag* – je laten gezeggen – zullen niet als traditie en charisma voorkomen, want alles is nieuw en iedereen is gelijk. *Rationele argumenten* zien we wel en met name in een contractbenadering: “do ut des”.<sup>14</sup> Op een open markt zal worden onderhandeld.

We zien daarnaast dat de netziner (netburger, de citizen op het net) met een tweetal vormen van *indirecte* machtsuitoefening wordt geconfronteerd: in de eerste plaats door de overheid en in de tweede plaats door de technici – de programmeurs.

Overheden kunnen het niet laten – vaak weliswaar met goede bedoelingen – door middel van regelgeving in te grijpen in de technische structuren waarmee de burgers worden geconfronteerd. Zo zijn telecom aanbieders verplicht een aftapmogelijkheid aan te brengen (art. 13.1 Tw), kan een verplicht aangebrachte chip in de apparatuur het aantal kopieën van tapes beperken en heeft de regering Clinton geprobeerd met de Clipper Chip een encryptiestandaard (versleutelingsstandaard) door te drukken, die toegang voor de overheid mogelijk maakte door middel van een speciale sleutel of een sleuteldepot.<sup>15</sup>

De programmeur staat nog dicht bij de individuele netburger. Hij stelt technische protocollen en netwerk architecturen vast. Hij bepaalt daarmee de weg waarlangs je kan lopen en de manier waarop deuren worden geopend of gesloten blijven. Sterker nog: hij/zij bepaalt daarmee wat wel of niet mogelijk is, of beter gezegd: wat wel of niet *mag* en *moet*. William Mitchell zegt: “the software and hardware that make cyberspace what it is *regulate* cyberspace as it is. This code is cyberspace’s law”.<sup>16</sup> Of zoals de Harvard Hoogleraar Laurence Lessig en ook anderen het hebben uitgewerkt: “code is law”.<sup>17</sup> De softwarecode of de architectuur, d.w.z. de structuur van het informatiesysteem, is het equivalent van de voortdurende sociale controle waaraan deelnemers aan een samenleving zijn onderworpen. Net als bij een wet het geval is (ik kijk even naar Michel Foucault)<sup>18</sup>, is de structuur van de voortdurende sociale con-

trole een vorm van ordening voor het gedrag van de burger. We zien dus in cyberspace - een samenleving, die niet zomaar op een natuurlijke orde berust, maar door mensen is bedacht en door een grote hoeveelheid mensen wordt gemaakt – wel dege-lijk vormen van ordening. Soms wordt die ordening geïnitieerd door niet te identifi-ceren actoren, omdat de normen zich vormen door het gedrag (wat normaal is, is normatief), maar dit gebeurt ook door een nationale of internationale wetgever, die indirect zeggenschap uitoefent over producenten van ICT middelen en zo de opdrachtgevers van de programmeurs bijstuurt of zelfs aanstuurt. Om – althans een zekere mate – van vrijheid te bewerkstelligen, die meer inhoudt dan een aversie tegen de staat – blijkt een bepaalde mate van ordening noodzakelijk te zijn. Ook in cyberspace geldt: “de ware vrijheid luistert naar de wetten”.

### 3. De rechtsorde in cyberspace

#### 3.1 Is er verschil met de rechtsorde in de werkelijke wereld?

Nu moeten we nog wel weten wanneer we van de “*ware*” vrijheid mogen spreken. Om die vast te stellen zijn keuzen nodig. Keuzen in cyberspace of in de echte wereld of misschien in allebei?

Ik geef u een casus.<sup>19</sup> Aan Ann Arbor, de universiteit van Michigan, studeerde in 1995 een vriendelijke onopvallende jongen, Jake Baker. Niets bijzonders aan op te merken. Het was echter wel zo, dat Jake goed kon schrijven. Hij verzond via USENET – een netwerkorganisatie van nieuwsgroepen, waar je op bepaalde onderwerpen kan inloggen – verhalen over ontvoering, mishandeling, verkrachting en moord op vrouwen, waarin hij zelf een rol speelde. In de nieuwsgroep was hij een min of meer beroemde auteur, die aan de figuren, die op deze literatuur gesteld waren, gratis een constante stroom van geweld en verkrachting leverde.

Op een avond las een 16-jarig meisje in Moskou zo'n verhaal van Jake. Zij toonde dat aan haar vader, die een alumnus van Michigan kende. De alumnus was geschokt en schaamde zich er voor dat de account de naam van de universiteit van Michigan toonde. Hij belde zijn Alma Mater, het universiteitsbestuur belde de politie en de politie voerde Jake geboeid af en zette hem in een cel.

Een serie dokters onderzocht of Jake wel in een politiecel hoorde. Sommigen kwamen tot de conclusie dat hij een bedreiging vormde voor de samenleving. In wat voor cel hij dan ook moest worden opgesloten, het OM pakte de zaak voortvarend aan, vooral toen uit e-mail correspondentie, aangetroffen op de computer van Jake, was gebleken, dat een Canadese fan het plan had opgevat één van de verhalen, die in cyberspace was gepubliceerd, in de realspace ten uitvoer te brengen. Jake kwam voor de rechter. Ter zitting zei hij dat zijn verhalen alleen maar woorden op een computerscherm waren en hij beriep zich op de vrijheid van meningsuiting.

Zes weken later volgde vrijspraak. Samengevat was de redenering van de rechter: zijn woorden in de reële wereld worden beschermd door de vrijheid van meningsuiting.<sup>20</sup>



Wat hij in de virtuele wereld doet, dat *is* iets anders, maar daar bemoeien we ons niet mee.

Die scheiding tussen twee werelden, waar de ene rechtsorde de andere niet is, komt uitdrukkelijk tot uiting in het manifest, dat één van de spraakmakende figuren van internet/cyberspace John Perry Barlow op 8 februari 1996 heeft uitgegeven onder de titel:

“A Declaration of the Independence of Cyberspace.”<sup>21</sup>

“Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.

We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear ....”

Het stuk vermeldt verder dat die overheden – reuzen van vlees en staal – geen kennis dragen van “onze” cultuur, “onze” ethiek en de ongeschreven codes die in “onze” samenleving al meer orde scheppen dan door hen zou kunnen worden opgelegd. Die overheden stellen dat wij problemen hebben, die zij zo nodig moeten oplossen. Dat is een excuus om bij ons binnen te dringen. Veel van die problemen bestaan niet. Als er al problemen zijn dan zullen wij die met onze middelen oplossen. “We are forming our own Social Contract”. Onze wereld is verschillend, want “Cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the web of our communications. Ours is a world that is both everywhere and nowhere, but it is not where bodies live.”

De consequentie hiervan is onder andere: “Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.”

Die duidelijke scheiding tussen de wereld “hier” en de wereld “daar”, waar een volstrekt andere rechtsorde geldt, ziet men trouwens ook bij vertegenwoordigers van overheden, die hun onmacht met betrekking tot de wereld “daar” maskeren door vrijwillige zelfregulering voor informatieaanbieders te prediken en zich verder geheel onthouden.

Ook serieuze juristen kiezen niet uit louter onmacht voor deze scheiding van werelden en rechtsordes. Er zijn auteurs, die aangeven, dat voor internet geen jurisdictie uit de echte wereld geldt, omdat fysieke locatie en fysieke grenzen daar nu eenmaal irrelevant zijn.<sup>22</sup> Ook wordt de legitimiteit van ingrijpen door de echte wereld betwist, omdat rechtspraak van de echte wereld niet effectief is vanwege de binding aan een enkel nationaal recht. Daarom kan cyberspace niet worden benaderd als of het verschillende jurisdicties zou omvatten. Het heeft een eigen afzonderlijke juris-

dictie met eigen wetten, die dat unieke karakter tot uitdrukking brengen.<sup>23</sup> Een nationale wetgever heeft alleen nog een aanvullende taak naast “the very first system of truly global law”.<sup>24</sup>

Maar hoe werkt het nu binnen dat nieuwe rechtssysteem? Kijk eens, zeggen die auteurs in hun web publicaties wat we van de chaostheorie en de theorie van cybernetische systemen kunnen leren. Daar zien we hoe er in complexe gedecentraliseerde systemen orde kan ontstaan. De participanten zullen kiezen voor combinaties van regels (rule-sets). Tussen de informatieverschaffers en gebruikers op het Net ontstaan er defacto regels, die het resultaat zijn van individuele beslissingen van grote aantallen netwerkbeheerders die zich vrijwillig houden aan een aantal door hen opgestelde basis regels waarbij de individuele gebruikers “met hun elektronen” kiezen voor de groepen van aanbieders waarbij zij zich het meest thuis voelen.<sup>25</sup> Deze groepsvorming van netwerkbeheerders (die de condities voor toegang en adressering vaststellen), system operators (die aangeven welke communicatie protocollen, filters en contacten met andere systemen worden gehanteerd) en gebruikers wordt aangeduid als net-federalisme, een mengeling van morele leiding en contractuele afspraken.

Er is nog een andere benadering waar men benadrukt, dat de overheden in de werkelijke wereld zich bewust moeten zijn dat de technologische architecturen en netwerken regels vastleggen voor de toegang tot en het gebruik van informatie, die los staan van het geldende recht. Voor deze regels spreken Reidenberg en andere schrijvers van een “Lex Informatica”.<sup>26</sup> Zoals de handelaren in de Middeleeuwen een Lex Mercatoria<sup>27</sup> deden ontstaan om snel en effectief in verschillende landen problemen op te lossen en geschillen te doen beslechten door eigen gekozen arbiters, komen er nu door de communicatie- netwerken spontaan regels voor transacties en instanties voor geschillenbeslechting tot stand. Een gewoonterecht op het Net. Een gewoonterecht, dat niet de lange ontstaansperiode zal (kunnen) doormaken zoals in de werkelijke wereld het geval is. Dan gaat het om “usus” van jaren. In het Net-recht kan dit ook al na een enkele week het geval zijn. Bij dit gewoonterecht voelen de netburgers zich meer thuis dan bij het recht in de reële wereld, want zij hebben meer kans zelf met dit recht van de bits bezig te zijn en het te vormen dan het recht in de wereld van de atomen.

Bij deze theorieën plaats ik graag een persoonlijke kanttekening. We constateerden dat internet/cyberspace iets nieuws is ten opzichte van de communicatie mogelijkheden, die we tot voor kort kenden. Het gaat om heel wat meer dan een nieuw alfabet of een modern Esperanto. Zelfs mogen we zeggen, dat er van een andere wereld sprake is, maar dat neemt niet weg, dat op allerlei tijdstippen de rechtsorde van allerlei staten in de werkelijke wereld betrokken zal zijn bij de handelingen van mensen, die on-line plaatsvinden.<sup>28</sup> Er is een osmose tussen de rechtsorde van cyberspace en één of meer rechtsordes in realspace. De anekdote van de verdachte, die voor een Engelse rechter op de vraag wat een alibi is, antwoordt: “it is being in two places at the same time”, is niet meer zo gek. Er is een nieuw domein ontstaan, maar dat domein heeft

een bereik tot in de reële wereld. Dat betekent, dat niet zomaar kan worden gezegd: “jouw rechtsorde is de mijne niet”. Het is als met buitenaardse wezens, die met hun UFO op het Rapenburg landen, dat zij wel andere regels, normen, codes mogen hanteren, maar in ons domein toch onze fundamentele waarden en misschien ook normen zullen moeten respecteren. Dit betekent niet, dat wij in de echte wereld nu onmiddellijk wetten voor cyberspace moeten gaan maken. De Verenigde Staten nemen hier een merkwaardige positie in. Daar heeft men de mond vol van vrijheid en – zo nodig – zelfregulering, vooral waar het de privacy problematiek betreft, maar er worden series federale wetten gemaakt ter bescherming van morele waarden en financiële belangen van in de werkelijke wereld gevestigde posities. De ongelukkige Communications Decency Act,<sup>29</sup> een exportverbod voor encryptie,<sup>30</sup> de Clipper Chip, nieuwe steeds verder verfijnde copyright laws<sup>31</sup> zijn slechte voorbeelden. We moeten ons echter wel realiseren, dat we in de reële wereld toch overheden nodig hebben om bepaalde substantiële waarden, zoals belichaamd in onze klassieke grondrechten, te garanderen en dat is alleen maar mogelijk wanneer onze instituties een zodanige structuur hebben, dat “checks and balances” zijn ingebouwd.

We zullen bij het beschermen van onze off-line waarden en daarop gebaseerde regels wel moeilijkheden ondervinden. Problemen vormen:

- 1e. de identiteit van de actoren, omdat in cyberspace totale anonimiteit mogelijk is;
- 2e. de competentie van autoriteiten, omdat er geen unieke rechtsmacht kan worden toegekend. “Bits know no borders” en de route, die zij afleggen, wordt niet door mensen bepaald;
- 3e. de inhoud van berichten is vluchtig en daarom veranderbaar (een bewijs probleem);
- 4e. de turbulentie van de techniek, omdat er zeer snel ingrijpende veranderingen kunnen plaatsvinden, waarvoor regelgeving en beschermings-constructies tekort schieten.

Dit alles is niet gering, want het betreft, zowel “wie”, als “wat”, “waar” en “hoe”.

Daarom: het totale Net kunnen we vanuit de diverse rechtsordes in de werkelijke wereld niet reguleren. Dat moeten we ook niet willen. Dan toch een invisible hand? Ik ben geen agnost en in dit geval geloof ik in de mogelijkheid van regulering door middel van de techniek, d.w.z. de code of ICT-architectuur in samenspel met enige andere al genoemde middelen van sociaal reguleren. Een bepaalde mate van regulering zal ook noodzakelijk zijn.<sup>32</sup> Daarbij wil ik heel uitdrukkelijk twee punten vooropstellen.

In de eerste plaats reguleren als controle moet m.i. niet worden opgevat met behulp van het Engelse begrip “to control”, d.w.z. beheersen. Het gaat mij om de Franse versie van het woord: controle wil zeggen contre-rôle, tegenkoppeling. “Check and balance”! als imperatief. Ik zit dan weer in de lijn van mijn Rotterdamse oratie uit 1975 en de discussies, die ik daarover met mijn collega Ter Heide heb gevoerd. We

moeten ons realiseren, dat ook op het Net geldt: “ Power corrupts”, d.w.z. er is tegen-spel of tegen-stuur als een structurele voorwaarde noodzakelijk.

Het tweede punt is, dat de overheden in realspace niet het voortouw moeten nemen om de netizins in hun mogelijkheden te beperken. We moeten ons wel afvragen of wat goed is voor Microsoft misschien niet slecht is voor de burger. Alleen een ex-post optreden past bij een aanpak van tegen-koppeling. Vaak gaat men bij wetgeving van a-priori keuzen uit op grond van louter veronderstellingen. Vanuit onze rechtsorde kunnen en moeten we er alleen voor waken dat de fundamentele waarden, waarvoor wij een democratische en sociale rechtsstaat hebben opgebouwd, niet worden geschaad.

### 3.2 Een effectieve rechtsorde in cyberspace?

Heeft het wel zin pal te staan voor de fundamentele waarden van onze samenleving, wanneer die in cyberspace worden geschonden? Kan de tegen-koppeling met succes worden toegepast wanneer er vanuit cyberspace schade wordt toegebracht aan de leden van de reële samenleving? Ik sprak daarover zo juist een positieve veronderstelling uit. Inmiddels heb ik de motivatie tot handelen aangegeven en ... waar een wil is, is een weg. De problemen zijn niet gering: onbekende en ongrijpbare actoren, gebrek aan effectieve rechtsmacht, bewijsmoeilijkheden, die onoverkomelijk lijken, en een voortdurend hijgerig achterlopen op nieuwe technische ontwikkelingen.

Bij het hanteren van nieuwe instrumenten is de effectiviteit beslissend. Het is in ieder geval beter geen rechtsregels te maken dan regels, die niet kunnen worden gehandhaafd. Zulk recht leidt tot rechtsbederf. Over die effectiviteit moeten we de juiste vragen kunnen stellen aan onze adviseurs, want het gaat om instrumenten, die tevens (andere) rechten van de burger moeten kunnen waarborgen.<sup>33</sup> We zijn voor de wijze van vragen gewaarschuwd door Lear. Hij had adviseurs met eigen belangen, die de opdrachtgever naar de mond praten. Maar hij heeft bovendien de overgang naar het nieuwe regiem willen verzachten door zelf een aantal bevoegdheden te behouden, zodat hij zich onveranderd als koning kon blijven gedragen. Daarmee dacht hij het respect als koning en als vader te kunnen behouden. Quod non.

Bij een inventarisatie van de werking van instrumenten ten behoeve van de rechtsorde in cyberspace ga ik uit van vrijheid voor de netburger (evenals voor de gewone burger) als constitutief beginsel. Beperkingen op die vrijheid zijn alleen toegestaan om die vrijheid mogelijk te maken – de paradox naar aanleiding van Jaques Perk. Die beperkingen kunnen worden aangebracht door de overheid met behulp van wetten en rechterlijke uitspraken, door de netburgers zelf door het formuleren van sociale normen (gedragcodes en andere vormen van zelfregulering) of contracten gesloten op de vrije markt. Bij dit laatste middel kunnen zich marktimperfecties voordoen, waarvoor de overheid misschien een regeling moet geven. Verdeling vraagt om ordening. Tenslotte hebben we de programmeurs en ICT-architecten, die de gebruikers van ICT-middelen gedragspatronen opleggen.<sup>34</sup> Ook daar kan de overheid aanvullend of corrigerend optreden.

Omdat ik naar de rechtsorde kijk vanuit een rechtsstatelijk perspectief richt ik mij tot de overheid als reguleur.

De overheid kan de wet gebruiken om rechtstreeks gedragsvoorschriften te geven, maar zij kan ook indirect het gedrag van de burgers beïnvloeden.<sup>35</sup> Denk eens aan veiligheidsgordels. Er kan een wettelijke plicht zijn om gordels te dragen met een sanctie op de overtreding daarvan. De overheid kan ook kiezen voor een publiciteitscampagne waaruit de sociale norm tot het gebruiken van een gordel ontstaat op straffe van het stigma: “jij rijdt niet veilig”. Een andere keuze zou zijn eigenaren van auto’s met gordels te subsidiëren door een reductie van de verzekeringspremie en tenslotte is het mogelijk bij een niet gebruik van de gordel de motor te blokkeren – een regulering van de technische code. Deze keuzen kunnen worden gecombineerd om een optimum te bewerkstelligen. Een zelfde aanpak is mogelijk met betrekking tot hardware, sourcecode en telecommunicatie-apparatuur. De overheid kan producenten verplichten een chip in apparatuur aan te brengen waardoor de mogelijkheid tot kopiëren wordt beperkt. Zij kan ook een certificeringplicht opleggen voor bepaalde architecturen en programma’s met als gevolg dat alleen software wordt gebruikt waarmee bepaalde identiteitsgegevens worden verstrekt om opsporingsmogelijkheden zeker te stellen. Ook kan zij het gebruik van gestandaardiseerde programmatuur stimuleren, waarmee de toegang van de gebruikers gemakkelijk kan worden gecontroleerd.<sup>36</sup> Het kraken van beveiligingssoftware (om kopiëren tegen te gaan) kan worden strafbaar gesteld.<sup>37</sup> Bovendien kan de overheid als groot-afnemer op de markt van ICT-producten een zekere druk uitoefenen op bedrijven om bepaalde – haar bijvoorbeeld vanuit controle oogpunt welgevallige – software op de markt te zetten. Tenslotte moeten we ons realiseren, dat het www zo groot is, dat de burger alleen de weg niet vindt. Hij heeft zoekmachines nodig, dat zijn crawlers of software robots die van adres naar adres springen en indexen maken van de inhoud van de bladzijden waar zij langs gaan. Deze zoekmachines kan je in code reguleren. Er is al vaak sprake van “paid priority”. Het subsidie instrument kan daarop mooi aansluiten.

De overheid zal daarbij natuurlijk veelvuldig inspelen op commerciële belangen. Zo is veilige e-commerce van grote betekenis. Daarom verwachten we op korte termijn een wet met betrekking tot de digitale handtekening, waarbij voorschriften voor de technische vormgeving zijn gevoegd.<sup>38</sup> Voor die vormgeving in programmatuur e.t.q. moeten de programmeurs keuzen maken. Die keuzen betreffen ook de afweging met betrekking tot toegangsmogelijkheden (wie mag wat weten) en identificatie eisen (wat moet iemand vrijgeven). Daarom zegt Mitchell: “control of code is power”.<sup>39</sup> Bij zulke vragen komen meer dan louter commerciële vragen aan de orde. Toegang tot informatie en identificatie-eisen hebben betrekking op grondwettelijk gewaarborgde rechten. Programmeurs maken dus politieke keuzen.<sup>40</sup> Lessig stelt in zijn boek aan de orde, dat hierover verantwoording moet worden afgelegd en hij pleit voor een rol van de overheid.<sup>41</sup> Programmeurs zijn immers niet onderworpen aan democratische controle, hetgeen wij wel bij de overheid mogen verwachten.

Ook al zou de industrie, waarin en waarvoor de systeemontwerpers en programmeurs werken, zich netjes houden aan de directe of indirecte voorschriften van de overheid dan blijft er toch een vrije niet reguleerbare ruimte. Ik denk hier aan het werk van de open source movement, die bestaat uit een aantal virtuele gemeenschappen, die via internet software ontwikkelen. Voorbeelden zijn Linux, Apache, Modzilla. In deze groeperingen geldt, dat de broncode van de toepassingslaag van de software voor iedereen vrij toegankelijk moet blijven, dat wil zeggen zonder bescherming door auteursrecht of technische blokkades. Op deze manier draagt men bij aan samenwerking en innovatie binnen deze gemeenschappen. "Open code is a foundation to an open society", wordt wel gezegd. We moeten dit accepteren en m.i. zelfs respecteren. Er is hier een gemeenschappelijk gebied – the commons van cyberspace - waar controle mogelijk is, terwijl de gebruikers zich daarvan bewust zijn. Hoewel indirecte regulering door de overheid door middel van certificatie en het stellen van toegangseisen in beginsel kan gebeuren, zal het resultaat hiervan gering zijn.

We moeten ons wel realiseren, dat ook regulering met betrekking tot een deel van het te besturen domein voor overheden al bevredigend kan zijn. In de techniek van de code en ICT-architecturen kunnen we bepaalde functionaliteiten kiezen waarvoor voorschriften worden gegeven. Het is een controle in lagen of in zones van gebruikers. In bepaalde codes kunnen bijvoorbeeld wel voorschriften voor de toegang tot het systeem worden gegeven, terwijl een andere keuze voor de inhoud van de boodschap kan worden gemaakt. Of als het om toegang gaat, zijn er modaliteiten mogelijk van gebruikers waarvan niets bekend hoeft te zijn, of gebruikers, die een beperkt aantal gegevens ter identificatie moeten verstrekken dan wel zich van pseudoniemen kunnen bedienen, of zich misschien wel volledig moeten bekend maken. Dat hangt af van de aard van de gemeenschap, waarin men wil communiceren. Een on-line management overleg van een multinational zal veel identificatie gegevens vragen, maar een aankoop in een internetwinkel moet het met pseudonimiteit kunnen stellen. De authenticiteitsvraag vormt één van de kernproblemen in cyberspace en dat maakt een inmiddels beroemde cartoon in een New Yorkse krant zonder meer duidelijk.<sup>42</sup> Twee honden zitten voor een computerscherm, waarbij de één tegen de ander zegt: "op internet weet niemand dat jij een hond bent". Met name voor de e-commerce is het belangrijk bepaalde lagen van identiteit te kunnen vaststellen. Dat kan bijvoorbeeld door middel van een password, een cookie<sup>43</sup> of een digitale handtekening. Het lichtste middel verdient vanuit een oogpunt van kostenbeheersing de voorkeur, maar kan gelet op andere belangen volstrekt onvoldoende zijn. Net als voor een gelaagde benadering kan men ook kiezen voor een beperkt bereik waardoor niet alle gebruikers worden "aangesproken". Dat is niet vreemd aan onze rechtsorde in de werkelijke wereld. We geven in Nederland een relatief gering bedrag uit voor politie en justitie en daarmee accepteren we een bepaalde hoeveelheid criminaliteit. Rechtvaardigheid is sinds de tweede helft van de 20<sup>e</sup> eeuw een kwestie van expliciete beleidskeuzen. Dat betekent, dat we in onze democratische en sociale

rechtsstaat er uitdrukkelijk voor hebben gekozen een deel van de misdaad ongestraft te laten. Ik doe over dit punt nu geen normatieve uitspraak, maar volsta alleen met vast te stellen, dat met het gelijkheidsbeginsel door de Nederlandse en andere overheden wordt gemarchandeerd. Dat betekent, dat men ook met betrekking tot regulering van cyberspace er voor kan kiezen slechts een - naar ik aanneem significant - gedeelte van de justitiabelen te bereiken en de anderen buiten schot te laten. Een interessant voorbeeld daarvan is de Yahoo zaak,<sup>44</sup> waarin het Tribunal de Grande Instance de Paris op 20 november 2000 een eindvonnis wees. Yahoo Inc. was naast Yahoo France gedagvaard om haar site, waarop nazi memorabilia werden aangeboden, te sluiten. Yahoo Inc. voerde drie verweren: a) de Franse rechter is onbevoegd, b) het is technisch niet mogelijk om iedere consultatie van de verkoopafdeling van nazi memorabilia voor Frankrijk te voorkomen, terwijl de site in verband met de vrijheid van meningsuiting voor andere landen zeker mag worden voortgezet, c) als er technische middelen bestaan om deze consultatie onmogelijk te maken dan legt dat de onderneming hoge kosten op, die haar bestaan in gevaar brengen.

Met de bevoegdheidsvraag maakt de rechter korte metten. Yahoo Inc. richt zich ook tot Fransen. De site is vanuit een post in Frankrijk opgezet en verzoeken van bezoekers van de site worden in het Frans beantwoord. Maar nu de tweede vraag. Is het technisch mogelijk de Franse bezoekers te weren? Voor die vraag worden deskundigen benaderd. Deze stellen, dat Yahoo om aan de eisen te voldoen 1<sup>e</sup> de geografische afkomst en de nationaliteit van de bezoekers van de site moet kennen, 2<sup>e</sup> de Franse bezoekers moet verhinderen om kennis te nemen van de beschrijving van de nazi objecten. Twee van de deskundigen schatten dat 70% van de IP adressen, die aan Fransen zijn toegekend met zekerheid met een locatie in Frankrijk kunnen worden verbonden. Yahoo moet voor de overige bezoekers die toegang krijgen via een internationale ISP of een particuliere bron, een op erewoord af te leggen nationaliteitsverklaring vragen. Met deze beide middelen tezamen kan ongeveer 90% worden uitgefilt. De derde deskundige - een Amerikaan - heeft een afwijkend advies. Hij acht het niet haalbaar ("feasible") de geografische herkomst vast te stellen.

De rechter neemt het oordeel van de andere deskundigen over en veroordeelt Yahoo Inc., die inmiddels het aanbod van de eiseressen heeft aanvaard om haar met de opzet van de surveillance te helpen en een in het Frans gesteld protocol, dat de toegang vergemakkelijkte, heeft weggehaald, om op straffe van een dwangsom de toegang tot de site te filteren. De rechter legt deze maatregel op in de kennelijke wetenschap dat het bereik beperkt zal zijn. Een half ei is vaak beter dan een lege dop.

Hoewel een overheid geen wetten voor cyberspace kan uitvaardigen, kunnen nationale overheden wel indirect gedrag in cyberspace reguleren. De codeschrijvers kunnen dit op een directe wijze doen. Daarbij maken zij keuzen, die niet alleen hun eigen commerciële belangen reflecteren, maar ook voortvloeien uit wensen dan wel bevelen van aardse overheden. Keuzen, die betrekking hebben op toegangsbeperkingen en identiteitscontroles en daarmee raken aan fundamentele waarden, waarmee burgers

in de echte wereld in hun rol als netburger worden geconfronteerd. De legitimiteit van die keuzen hangt af van degenen, die de programmeurs en ontwerpers controleren in de zin van contre-rôle. Dit zijn de netburgers door middel van hun marktgedrag, maar dat is ook weer de overheid die wettelijke voorschriften tot code laat maken. Daarbij zijn die nationale overheden niet altijd even consequent. In de Verenigde Staten was een breed gedragen wens om technologische ontwerpen onder controle van het publiek te brengen en zo met name het recht op privacy veilig te stellen. Maar in de jaren 90 zien we juist in de Verenigde Staten technische en juridische maatregelen om surveillance op het Net mogelijk te maken. Daar steekt Europa gunstig bij af.<sup>45</sup> Het gaat er uiteindelijk om dat de keuzen van codeschrijvers en van overheden transparant zijn.

#### 4. Hoe moet de rechtsorde zijn in cyberspace?

##### 4.1 Afweging van belangen

De ware vrijheid luistert naar de wetten. Dat geldt zowel de wereldburger als de netburger. Uitgangspunt zijn de waarden van de democratische en sociale rechtsstaat: substantieel – de klassieke grondrechten – en structureel – de checks and balances. De verschillende instrumenten om een rechtsorde ook in cyberspace te effectueren kunnen evenwel zó worden gebruikt, dat zij tegenstrijdig uitwerken. Code en informatie-architecturen kunnen zowel leiden tot bescherming van privacy – door middel van encryptie kan de gebruiker beslissen wat hij vrijgeeft – als tot een vergaande identificatie om te bewijzen wie je eigenlijk bent. Code kan zowel dienen ter voorkoming van censuur – door teksten openbaar te maken via vrijplaatsen en berichten via een omleidingsroute te verzenden – als tot controle daarvan door middel van content filters of cookies. De filters mogen enige zin hebben om kinderen allerlei schokkende geweldscènes te besparen (aldus de Amerikaanse wetgever),<sup>46</sup> maar zij maken censuur door private organisaties mogelijk. De cookies leggen vast waar je bent geweest en wat je hebt gezien. Zo blijkt de beheerder van Thuisnet aan de Leidse Universiteit geïnteresseerd in mijn bezoeken na 11 uur 's-avonds aan de Postbank, als ik wil zien of mijn salaris al is overgemaakt. Maar ook als het om grote commerciële belangen gaat, kan een afweging met betrekking tot de werking van de code nodig zijn: dienen exclusieve exploitatierechten volledig te worden beschermd of moet er ten behoeve van onderwijs, wetenschap en kunst een beperking worden aangebracht?

Het privacy probleem betreft de mate van anonimiteit van actoren. In cyberspace weet niemand dat je een hond bent. Er is alleen een adres van een computer bekend zonder dat men weet door wie, waar, aan wie, waarvoor en wat voor soort data zijn verzonden. Afhankelijk van het doel van de groep waarin de communicatie plaatsvindt zal meer of minder van de actoren bekend moeten zijn. In commerciële relaties zal zelfs een betrouwbare identificatie nodig zijn door middel van een elektronische handtekening, die zodanig is opgezet dat voldoende zeker is, dat de authenticiteit



juist is. Ten aanzien van de mate van identiteit is een gelaagde aanpak waarschijnlijk de beste. Met behulp van PET<sup>47</sup> kan het volgen van iemands handel en wandel zo veel mogelijk worden afgeschermd. Het is de sfeer van het zonder meer vrijgeven van bepaalde data tot het hanteren van pseudoniemen. Gaat het om het stelselmatig zoeken naar dat wat mensen in onze cultuur voor zichzelf willen houden dan is de pseudonimiteit het minimum en is voor geheimhouding of beschermd gebruik van gegevens in Europa terecht aanvullende wetgeving voorhanden. De wetgever zal moeten aangeven hoe vooral de code de privacy zal waarborgen.

## 4.2 De uitoefening van vermogensrechten in cyberspace

Aan het maken van afwegingen tussen waarden en belangen is de jurist gewend. Dit zal ook moeten gebeuren met betrekking tot de uitoefening van subjectieve vermogensrechten in cyberspace. Ik wil daarbij het uitgangspunt hanteren: kennis is vrij, met andere woorden informatie is vrij. Dat wil niet zeggen dat informatie altijd gratis ter beschikking moet worden gesteld, maar in principe geldt daarvoor een omgeving waar vrije mededinging plaatsvindt.<sup>48</sup> Nu zeggen wij in de werkelijke wereld terecht, dat auteurs van werken van letterkunde, wetenschap en kunst en ook van computer programma's een passende vergoeding dienen te krijgen voor hun werk. Zo kunnen zij bijdragen aan de vooruitgang. Ten behoeve van de exploitatie sluiten zij (licentie)overeenkomsten met afnemers. Dat vermogensrecht is in cyberspace alleen te handhaven als het exploitatierecht wordt vervangen door een recht van toegang<sup>49</sup> en er door middel van de code een technische afrastering is ingebouwd.<sup>50</sup> Nu zal het mogelijk worden die technische afrastering zó sterk te maken, dat de auteur zo goed als volledig is beschermd.<sup>51</sup> Dit heeft tweërlei gevolg. In de eerste plaats kan hij effectief inbreukmakers weren en daarnaast zou het aan de rechthebbende zijn overgelaten van zijn recht het vrije genot te hebben en daarover op de meest volstreekte wijze te beschikken. Met zoveel woorden: code is law in de zin van art. 625 BW-oud. Het eerste punt betreft de handhaafbaarheid en daarmee de omvang van het recht. De techniek is een nieuw soort vorm voor het corpus mysticum, die het mogelijk maakt de toegang en de beperkingen daarop, de waarborgen van authenticiteit en identificatie volledig te beheersen. Met behulp van deze bevoegdheden kan de rechthebbende (auteur of licentienemer) zijn exclusieve recht afgrenzen en bewijzen.<sup>52</sup> Eigenlijk zou men daaraan de consequentie moeten verbinden dat alleen een door middel van technische code afgegrensd en daardoor effectief handhaafbaar recht als auteursrecht in cyberspace kan gelden. Alleen degene, die een zodanig recht heeft, kan dit als zodanig geheel of gedeeltelijk overdragen of daarop beperkte rechten vestigen.<sup>53</sup> De laatste woorden van de bekende regel van Ulpianus: "Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet", zouden moeten luiden "quam ipsum habere demonstrat". Natuurlijk zullen modificaties mogelijk zijn. Bepaalde uitwerkingen en contractuele afspraken, en ook sociale normen in cyberspace zullen tot nuanceringen aanleiding geven. Ik pretendeer niet, dat het laatste woord over

auteursrecht in cyberspace hiermee is gezegd. Het is een idee, dat wel past in de actuele aanpak van intellectuele eigendomsrechten in cyberspace, zoals die blijkt uit de onlangs gepubliceerde auteursrechtlijn.<sup>54</sup> Art. 6 verbiedt het kraken van een technische bescherming. Weliswaar gaat het daar alleen om technische voorzieningen die zijn aangebracht op door een intellectueel eigendomsrecht beschermd materiaal, waarmee voor de situatie in cyberspace de zaak wordt omgedraaid. Maar wat niet is, kan komen. De discussie gaat verder. Ik teken daarbij wel aan, dat we aan de stap “code is law” niet nog eens een derde laag moeten toevoegen.<sup>55</sup> Het omzeilingverbod zou niet tot een nieuw exclusief recht moeten leiden. Ook een strafsancie lijkt me niet gewenst, al was het maar in verband met tenuitvoerleggingsproblemen in de reële wereld. Ik denk alleen aan een mogelijke onrechtmatige daadsactie.

Het tweede aspect is de noodzaak van beperkingen op het auteursrecht op grond van publieke belangen. Zoals de reële eigendom vermaatschappelijkt is en het uitoefenen van auteursrechten is begrensd ten behoeve van de uitoefening van informatie grondrechten, de positie van consumenten (lezen, luisteren en kijken laat ik me maar niet zo maar ontnemen) en de vooruitgang van wetenschap en kunst, die allen tot het publieke domein behoren, zo zal ook de absoluut door de techniek beschermde code moeten worden beperkt. Hiertoe is de wetgever nodig. De toe te passen middelen zouden kunnen zijn: afsplitsing van bevoegdheden, voorwaardelijke toegang, dwanglicenties, tijdsbeperkingen en eventueel (in het verlengde van het mededingingsrecht, art. 86 EG) vormen van misbruik van recht.<sup>56</sup> We zouden vast met enige zelfregulering kunnen gaan experimenteren: standaardregelingen, gebruikerslicenties, laagdrempelige toegangsafspraken, die bij gebleken succes algemeen verbindend zouden kunnen worden verklaard.<sup>57</sup> De overheid zou het falen van communicatiemarkten in de vorm van dominante machtsposities en misbruik daarvan in ieder geval moeten reguleren.

### 4.3 Aansprakelijkheid in cyberspace

Naast rechten zijn er ook plichten in cyberspace. Overtreders en inbreukmakers op rechten van anderen zijn niet of nauwelijks te traceren. Daarom ligt het voor de hand voor de aansprakelijkheid te denken aan de dienstverleners, de contactpersonen met de virtuele wereld. Die contactpersonen hebben verschillende rollen: de één biedt (veel) meer dan de ander. Zij kunnen ook moeilijk met de verschillende tussenpersonen, die wij kennen in de echte wereld worden vergeleken. De vroegere PTT, die als “common carrier” aan een bij de wet opgelegde leveringsplicht was gebonden, kon nog zeggen, dat zij “geen boodschap had aan de boodschap”, maar dat geldt niet voor de diverse soorten ISP’s. De Richtlijn e-commerce geeft nu een aansprakelijkheidsregeling, die verschillend is met betrekking tot de aangeboden diensten. Die verschillen worden evenwel door de techniek bepaald, zodat er geen sprake is van een regeling, die zelfs de tand van een korte tijd kan doorstaan. De providers zijn volgens de Richtlijn in beginsel niet aansprakelijk, tenzij een bepaalde voorwaarde wordt ver-

vuld. Heel kort gezegd, gaat het om een vrijstelling van aansprakelijkheid onder condities.<sup>58</sup> Ik vraag me af of we daarmee op de goede weg zijn.<sup>59</sup> De gelaedeerde wordt het virtuele bos ingestuurd net zoals dat tot een aantal jaren geleden slachtoffers van een medische fout overkwam. Hier heeft de wetgever tenslotte het ziekenhuis (art. 7:462 BW) als letterlijk aanspreekpunt aangewezen. Zouden we hier niet moeten denken dat ISP's degenen zijn, die als de "gatekeepers" van de virtuele wereld de nieuwe risico's van het contact met de virtuele wereld moeten dragen? We leven in een risico maatschappij, waar de ontwikkeling van de techniek steeds nieuwe risico's met zich brengt.<sup>60</sup>

Er is trouwens nog een ander aanknopingspunt mogelijk. De werkgever is krachtens art. 7:658 BW verplicht de nodige maatregelen te nemen om te voorkomen, dat de werknemer schade lijdt, ten gevolge van gevaren in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De ratio is a) zijn sociaal-economische positie is sterker en b) hij heeft zeggenschap over de werkplek. Beide argumenten gelden ook ten aanzien van de ISP. Overigens heeft de Hoge Raad de werkgever ook aansprakelijk geacht voor schade van de werknemer buiten art. 7:658 BW op grond van redelijkheid en billijkheid en van verplichtingen uit hoofde van een goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).<sup>61</sup> Dit komt mede door de op de werkgever rustende bewijslast erg dicht in de buurt van een risicoaansprakelijkheid. Omdat risicoaansprakelijkheid van een ISP evenwel tot een zodanig uitgebreide zorgplicht kan leiden, dat er zich vormen van private censuur kunnen voordoen, ben ik daar geen voorstander van. De beste regeling geeft m.i. de uit WCCII geschrapte benadering<sup>62</sup> van een technologie neutrale tussenpersoon, die als een uitgever of drukker zich op strafrechtelijk gebied van een vervolgingsuitsluitingsgrond en civielrechtelijk van een heldere exoneratie kan bedienen door zich bekend te maken, de dader aan te wijzen en inbreukmakend materiaal spoorslags te verwijderen.

## 5. De overgang naar een nieuw regiem

Een conclusie. We zijn niet geconfronteerd met een andere wereld. Het zijn steeds mensen, die achter de knoppen zitten. We komen wel in een ander tijdperk met een ander regiem. Van dat regiem kunnen we veel verwachten, maar we hebben inmiddels gezien, dat Newconomy-dromen bedrog zijn. Er liggen grote kansen voor netburgers, die vrijheid in gebondenheid accepteren. De markt zal zijn werk doen en daar zijn de technische code en netwerkarchitecturen de sterkste instrumenten. Daarbij is een bijsturende overheid nodig, die tegen-koppeling geeft ter bescherming van een aantal fundamentele waarden van onze – reële en virtuele – samenleving. Welke waarden dat zijn, zal uit transparante procedures moeten blijken, want er zullen steeds afwegingen tussen belangen van burgers uit de echte en uit de virtuele wereld en tussen het private en publieke domein nodig zijn.<sup>63</sup> Voor deze regulering neemt men tegenwoordig in toenemende mate het woord co-regulering in de mond zonder evenwel aan te geven wat dat inhoudt. Daar valt wel iets bij te bedenken:

overleg zoals in het verband van het Electronic Commerce Platform-NL is een goede, lichte vorm. Een “Forum des droits sur l’Internet” is een zware aanpak.<sup>64</sup> Laten we voorzichtig blijven. Daarbij neem ik een voorbeeld aan de door mij bewonderde Voltaire, die beslist niet gewoon was wegen van de minste weerstand te kiezen. In zijn grote pleidooi voor tolerantie<sup>65</sup> – zijn behandeling van de zaak Jean Calas – vroeg hij niet onmiddellijk het onderste uit de kan, maar wist de mensen rijp te maken voor een aantal eerste maar grote stappen. Zo zullen wij ook in het nieuwe regiem met trial and error – met gissen en missen – stappen moeten zetten naar een rechtsorde overeenkomstig onze beginselen.

Daarbij geldt, dat de adviseurs – hoe ze ook mogen heten – altijd vertegenwoordigers zijn van exacte en sociale wetenschappen. Die zijn beschrijvend bezig; zij formuleren trends en de knappen onder hen, die een theorie kunnen formuleren, kunnen zelfs het een en ander voorspellen. Dat deed Jules Verne ook. Maar wat juristen doen, is veel belangrijker. Zij zijn normatief bezig, zij geven aan wat “mag” en “moet”.

Daarom, als ik weer zou mogen kiezen: ik zou rechten gaan studeren ..... in Leiden.

## Noten

- 1 Vlg. de verkenningenrapporten, die regelmatig worden gepubliceerd, zoals Trends in IT 2001 van het IT Trends Institute van KPMG, Den Haag 2001, en Trends in ICT 2001 van Ernst en Young ICT Leadership, Utrecht 2001.
- 2 Ulpianus D.50, 17, 54.
- 3 Het standaard werk op het gebied van de veranderingen ten gevolge van de ICT is de trilogie van Manuel Castells: *The Information Age: Economy, Society and Culture*, Blackwell Massachusetts/Oxford 1996. Hiervan is in dit verband vooral deel I *The Rise of the Network Society* relevant. Castells laat zien hoe de sociale structuur van de (reële) wereld verandert door de mogelijkheden van de informatie en communicatie technologie. Als gevolg van de technologische sprong is er een economie op wereldschaal ontstaan, waarin men voortdurend op zoek is naar nieuwe productie- en consumptiemogelijkheden. Er vindt een flexibele productie plaats in steeds wisselende ketens van bedrijven en instellingen. Regionale bindingen verliezen het van internationale allianties. Economen, zoals in Nederland Prof.Dr. Luc G. Soete, hebben het economisch perspectief uitgewerkt. Zij stellen, dat er in tegenstelling tot de situatie op de traditionele markten in de “nieuwe economie” overvloed is in plaats van schaarste. De aanbieders van immateriële producten kunnen eindeloze reeksen kopieën op de markt brengen zonder dat er fysieke overdracht van die goederen plaats heeft. Er bestaat daarom geen regulerend prijsmechanisme meer dat als vanzelf de markten in evenwicht brengt. Dit heeft enerzijds tot gevolg dat het eigendomsrecht zijn betekenis verliest, waardoor een producent van immateriële producten, die gemakkelijk door derden kunnen worden gekopieerd, geen kans heeft om commercieel succesvol te zijn. Aan de andere kant zijn er aanbieders, die er in slagen hun product te laten uitgroeien tot de algemeen aanvaarde standaard. In dat geval ontwikkelt zich automatisch een monopolist, die woe-kerwinsten kan maken.
- 4 Strikt genomen zijn internet en het worldwide web niet hetzelfde. Internet is een systeem van elektronische communicatie; het www is een manier om digitale informatie te verwerken en te presenteren.
- 5 Gordon Graham: *The Internet: A Philosophical Inquiry*, Routledge London 1999, vertaald als *Internet: een filosofisch onderzoek*, Lemniscaat Rotterdam 2001.
- 6 Francis Bacon: *The New Organon (Novum Organum)*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1960, ook – iets anders – geciteerd door Graham t.a.p.

- 7 Dit betekent, dat er met betrekking tot virtuele “producten” geen schaarste is, die op een markt optimaal kan worden verdeeld. Er zal nu uit een overvloed moeten worden geselecteerd.
- 8 Concrete omstandigheden leveren de beste aanknopingspunten op, waar ter wereld zij zich ook voordoen.
- 9 Vgl. John Perry Barlow: A Declaration of the Independence of Cyberspace, [http://www.eff.org/pub/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/barlow\\_0296.declaration](http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration).
- 10 H. Franken: Maat en regel, Gouda Quint Arnhem 1976.
- 11 Vgl. R.M. Unger: Social Theory: Its Situation and its Task, Cambridge Univ. Press New York 1987.
- 12 MUD: Multi-User Domain. Een object-oriented MUD wordt als een MOO aangeduid.
- 13 Eric A. Posner: Law and Social Norms, Harvard Univ. Press Cambridge/London 2000, geeft ook expliciet aan, dat en hoe de overheid sociale normen kan beïnvloeden.
- 14 Vgl. Bruce Ackerman: Social Justice in the Liberal State, Yale Univ. Press, New Haven 1980.
- 15 A.M. Froomkin: The Metaphor is the Key: Cryptography, the Clipper Chip, and the Constitution, University of Pennsylvania Law Review 143 (1995) blz. 709 e.v.
- 16 William J. Mitchell: City of Bits: Space, Place and the Infobahn, MIT Press, Cambridge Mass 1995, vooral blz. 111 e.v.
- 17 Lawrence Lessig: Code and other laws of cyberspace, Basic Books New York 1999. Zie voor andere auteurs, die ook al eerder hebben gewezen op het verband tussen technische ontwerpen en methoden van sociale controle Marc Rotenberg: Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry doesn't get), 2001 Stanford Technical Law Review 1.
- 18 M. Foucault (in Engelse vertaling): Discipline and Punish; the Birth of the Prison, Peregrine Books 1997 en James Boyle: Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hard-Wired Censors, University of Cincinnati

- Law Review 66 (1997).
- 19 US vs Baker, 890 Fsupp 1375, 1390 (ED Mich. 1995); in de tekst ontleend aan Lessig t.a.p. blz. 14 e.v.
  - 20 Van de plannen van de Canadees in de reële wereld bleek overigens geen begin van uitvoering aan te tonen.
  - 21 John Perry Barlow t.a.p. De stijl van het stuk is misschien enigszins beïnvloed door het feit, dat de auteur ook bekendheid heeft verworven als tekstschrijver voor de band “The Grateful Dead”.
  - 22 David R. Johnson and David G. Post: And How Shall the Net be Governed? A Meditation of the Relative Virtues of Decentralised, Emergent Law, <http://www.cli.org/emdraft.html>.
  - 23 Aron Mefford: Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.html>. Joel R. Reidenberg: Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology (1998), 76 Texas Law Review blz. 553 e.v.
  - 24 Mefford t.a.p. II F.
  - 25 David R. Johnson and David G. Post vgl. noot 21.
  - 26 Het artikel van Joel R. Reidenberg t.a.p. is het meest uitgewerkt. Mefford t.a.p. geeft ook een interessant overzicht van het werk van andere auteurs.
  - 27 In dit verband is interessant, dat R. van Delden: Lex Mercatoria of Ius Commune? Oratie EUR Deventer 1986, een aantal bovenstatelijke algemene beginselen voor het civiele recht heeft afgeleid uit de literatuur en de gepubliceerde arbitrale rechtspraak.
  - 28 In deze zin eveneens Adrew L. Shapiro: The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code, 8 Seton Hall Constitutional Law Journal 703 en Lessig t.a.p. blz. 190.
  - 29 Communications Decency Act, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).
  - 30 Export Administration Act, amendement Export Rules for Encryption, Pub. L. No. 99-64, 99 Stat. 120 (1985).

- 31 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).
- 32 Zoals hierna zal blijken sta ik een uiterst terughoudende benadering van de wetgever voor. Een instrumentele en zeker een techniek afhankelijke benadering leiden in verreweg van de meeste gevallen tot overtollig recht inzake ICT. Vgl. J.E.J. Prins: Overtollig recht inzake informatietechnologie, oratie KUB, Kluwer 1995. Bij een functionele benadering ligt dit minder voor de hand tenzij de wetgever kiest voor een functionele differentiëring naar rechtssystemen of rechtsgebieden. Dat laatste zal vergeefse arbeid zijn.
- 33 Een rechtsregel dient zowel instrument als waarborg te zijn. Het spanningsveld, dat daarbij ontstaat, dient een jurist al vroeg in zijn opleiding te worden voorgehouden.
- 34 J.M. Smits bepleit in zijn oratie aan de TUE, Normalisatie: Recht of Techniek?, Eindhoven 1993, de substitutie van regelgeving door technische oplossingen.
- 35 Vgl. ook Lessig t.a.p. blz. 51 e.v. en beknopter en helderder L. Lessig: The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach.  
[http://www.cyber.law.harvard.edu/works/lessig/law\\_horse.pdf](http://www.cyber.law.harvard.edu/works/lessig/law_horse.pdf).
- 36 Er wordt bijvoorbeeld biometrie als identificatie middel gehanteerd.
- 37 In Nederland zijn bepaalde vormen van kraken strafbaar gesteld, vgl. artt. 138a, 350a, b, 139c Sr. Art. 32a Aw verbiedt het verspreiden van kraakmiddelen.
- 38 Naar aanleiding van de Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen Pb. EG L 013 van 19-01-2000.
- 39 Mitchell vgl. noot 15 blz. 112.
- 40 Lessig vgl. noot 16 passim en vooral hoofdstuk 5. Met andere voorbeelden ook Graham Greenleaf: An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law? University of New South Wales 2000.
- 41 Kritiek komt van David G. Post: What Larry doesn't get: Code, Law and Liberty in Cyberspace, Stanford Law Review Vol 52 (May 2000) blz. 1439 e.v. Deze auteur betwist de noodzaak van de totstandkoming van de codes en architecturen door middel van politieke besluitvorming in een collectief proces. Hij gaat uit van groepsvorming door middel van – kort gezegd – morele leiding en contractuele afspraken, die worden geconfronteerd met een zelfde soort code/archi-



teatuur als de spreektaal vormt. Mensen maken zelf wel uit tot welke groepen of subgroepen zij willen behoren. Daar is geen Ministerie van Semantiek voor nodig. Een andere scherpe criticus is Marc Rotenberg: Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry doesn't get) 2001, Stanford Technical Law Review 1, die aangeeft dat voor het terrein van de privacy in de VS de industrie de politiek voorschrijft hoe het moet en publieke waarden als privacybescherming aan de markt worden overgelaten. De voorstellen van Lessig missen feitelijke grondslag en verwarren private ordening en publieke belangen.

- 42 The New Yorker July 5, 1993, te vinden op <http://www.unc.edu/courses/jomc050/idog.html>.
- 43 Een cookie is een onderdeel van een Internetprotocol dan wel van server software of browser software waardoor informatie kan worden geplaatst op of opgeroepen van de harddisk van een gebruiker gedurende het raadplegen van websites. Hiermee kan worden nagegaan met wie de gebruiker in contact is geweest en kan degene, die de cookie heeft geplaatst informatie van de harde schijf over voorgaande transacties van de gebruiker raadplegen.
- 44 Tribunal de Grande Instance de Paris: Association "Union des Etudiants Juifs de France", la "lique contre le Racisme et l'Antisemitisme", le "MRAP" (intervenant volontaire)/Yahoo! Inc. et Yahoo France, d.d. 20-11-2000, <http://www.legalis.net/jnet>.
- 45 Microsoft, Intel, Hewlett-Packard, Procter and Gamble en 69 andere bedrijven hebben inmiddels de Safe Harbour overeenkomst ondertekend, waarmee zij de privacybescherming van hun klanten naar Europees niveau hebben getild <http://www.avired.com/news/print/O.1294.44922.00.html>.
- 46 Children's Online Protection Act. Pub. L. No. 105-277, 112 Stat. 2681 (1998).
- 47 Privacy Enhancing Technologies. Zie Dr J.A.G. Versmissen: Sleutels van vertrouwen; TTP's, digitale certificaten en privacy. Achtergrondstudie nr. 22 van de Registratiekamer, Den Haag 2001.
- 48 T. Koopmans: Intellectuele eigendom, economie en politiek, Informatierecht/AMI 1994-6, blz. 107. P.B. Hugenholtz: Het Internet: het auteursrecht voorbij? Praeadvies NJV 1998 I blz. 199 e.v.
- 49 D.J.G. Visser: Auteursrecht op toegang, VUGA Den Haag 1997.

- 50 E.J. Mackaay: The Economics of Emergent Property Rights on the Internet, in P.B. Hugenholtz (ed), The Future of Copyright in a Digital Environment, Kluwer Law International Den Haag 1996 blz. 20 e.v.
- 51 Mark Stefik: Trusted Systems, Scientific American 78 (March 1997).
- 52 Zie over de relatie auteurs (producenten) en exploitanten (uitgevers) hetgeen Hugenholtz in zijn oratie opmerkt. P.B. Hugenholtz: Sleeping with the Enemy, Amsterdam 1999.
- 53 Minister Korthals stelt in de notitie Internationalisering en Recht in de Informatiemaatschappij als vervolg op de Nota Wetgeving voor elektronische snelweg TK25880, dat technische beveiliging een bruikbare aanvulling kan zijn op meer traditionele vormen van handhaving van subjectieve vermogensrechten. De realiteit gebiedt de technische beveiliging als uitgangspunt voor de handhaving te beschouwen.
- 54 Op 28 september 2000 heeft de Raad van de Europese Unie het Gemeenschapelijk Standpunt vastgesteld (Pb EG 2000/C344/01) inzake het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatie maatschappij.
- 55 Hugenholtz Praeadvies, vgl. noot 47 blz. 246. K.J. Koelman: Bescherming van technische voorzieningen, AMI 2001, blz. 17 e.v.
- 56 Vgl. James Boyle: Shamans, Software, and Spleens Harvard Univ. Press, Cambridge/London 1996 hoofdstuk 13. Laat men daarnaast met open source naar hartelust experimenteren!
- 57 De algemeen verbindendverklaring is een suggestie van N.J. Huls: Recht in de risicomaatschappij, oratie TU Delft 1997, blz. 16. Het is een interessante vorm van co-regulering.
- 58 Vgl. de artt. 12, 13 en 14 van de Richtlijn van 8 juni 2000 inzake Elektronische Handel (2000/31/EG). Kenbaarheid en verwijtbaarheid vormen de kern voor de aansprakelijkheid.
- 59 De Scientology uitspraak Rb 's-Gravenhage 9-6-1999 AMI 1999/7, blz. 110 nt. K.J. Koelman en Mediaforum 1999, blz. 205 nt. D.J.G. Visser geeft wel een techniek onafhankelijke benadering. Zie in dit verband over de Napster-zaak J.M.B. Seignette: Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk. AMI 2001, blz. 29 e.v.

- 60 Zie de oratie van Huls t.a.p.
- 61 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253.
- 62 Wet computercriminaliteit II TK 26671, C. van der Net: Grenzen stellen op het Internet, dissertatie UL, Gouda Quint Deventer, 2000. M.H.M. Schellekens: Aansprakelijkheid van Internetaanbieders, dissertatie KUB 2001.
- 63 Mijn pleidooi om waarden, die off-line hun betekenis hebben ook on-line hoog te houden, wil niet zeggen, dat alle rechtsregels, die off-line gelden, ook on-line zouden moeten worden gehanteerd.
- 64 Forum des droits sur l'Internet, in: Christian Paul: Du droit des libertés sur internet, Rapport au Premier Ministre, Paris 2001.
- 65 Voltaire: Traité sur la Tolérance, uitg. Flammarion, Paris 1989.

