

3

Nieuwe visies op intellectuele vrijheid, producten van de geest, en privacy

Het Instituut voor Informatierecht

Egbert Dommering

In 1984 gingen de toenmalige vakgroepen staatsrecht, recht van intellectuele eigendom, media- en informatierecht en encyclopedie der rechtsgeleerdheid van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid gezamenlijk participeren in een onderzoeksprogramma getiteld 'Informatierecht en uitingsvrijheid'. Het programma mocht rekenen op 'voorwaardelijke' financiering. 'Het was', zo vermeldt het jaarverslag van het Instituut voor Informatierecht (IViR) uit 1988, 'een logisch gevolg van de verbreding van het schootsveld van het auteursrecht tot het media- en informatierecht, op welke terreinen ook het staatsrecht zich begeeft. Ook sloot het aan bij de ontwikkelingen in de samenleving, waarin – mede door de komst van de nieuwe media – de informatievoorziening, en derhalve regelgeving met betrekking tot informatievoorziening, steeds belangrijker werden.' Buiten de juridische faculteit werden inmiddels vergelijkbare initiatieven ontwikkeld. Het Jaarverslag 1988 van het IViR meldt daarover het volgende:

'Onder de noemer TeleCentrum Amsterdam werd overleg gevoerd tussen het Amsterdamse bedrijfsleven, de PTT, Philips, de gemeente Amsterdam en Kabeltelevisie Amsterdam (KTA). Daar werd de behoefte aan een instituut op het terrein van informatie en communicatie gesignaleerd. Mede als gevolg van dit overleg werd in 1986 de *Stichting Informatie- en Communicatierecht* opgericht met als doel de wetenschappelijke beoefening van het informatierecht te bevorderen. In hetzelfde jaar besloot de Faculteit der Rechtsgeleerdheid tot de oprichting van het Instituut voor Informatierecht en wees de Minister van Onderwijs en Wetenschappen aan als zwaartepunt in het landelijk wetenschapsbeleid en het instituut als *centre of excellence* op dit terrein. Bij wijze van startfinanciering kende de minister extra middelen toe. Het College van Bestuur en de faculteit bleven niet achter. Niet onvermeld mag blijven dat IBM-Nederland een achttal personal computers ter beschikking stelde in het kader van een 'joint study agreement.'

Het initiatief van het voorwaardelijke studieprogramma en de oprichting van het IViR vloeiden samen in de formele oprichting van het instituut ex artikel 93 van de toenmalige Wet op het Wetenschappelijke Onderwijs. Het besluit daartoe van de Universiteitsraad dateert van 20 juni 1989, de feitelijke werkzaamheden van het IViR startten al eind 1987. De voorgeschiedenis van het instituut kent drie opvallende momenten, die ik hieronder kort zal bespreken: de aard van het initiatief, het tijdstip van oprichting en het onderzoeksprogramma

1. Het initiatief: Een 'echt' instituut

Terugblikkend kan men vaststellen dat er in het midden van de jaren tachtig van de twintigste eeuw in Amsterdam een enorme daadkracht werd ontwikkeld door verschillende partijen, die de handen ineens sloegen om een wetenschappelijk antwoord te formuleren op nieuwe technische en maatschappelijke ontwikkelingen: de UvA, de gemeente Amsterdam, het bedrijfsleven en het Ministerie van Onderwijs en Wetenschap (OCW), zetten hun schouders eronder en dat resulteerde in een daadkracht die zich nadien niet meer heeft voorgedaan. Het gevoel van urgentie bij overheid, universiteit en bedrijfsleven om een wetenschappelijk

antwoord te formuleren op een nieuwe technische en maatschappelijke ontwikkeling is nadien niet afgenomen, maar de aanpak – zoals toen – om aan te sluiten bij een natuurlijke ontwikkeling binnen de universiteit, heeft plaats gemaakt voor grootschalige van boven af geïnitieerde initiatieven. Die mislukken niet allemaal, maar stranden te vaak in papier en bureaucratie. Het concept van het *centre of excellence* dat aansluit bij de natuurlijke creativiteit van een zich vormende groep van onderzoekers (een zenuwcentrum dus) is ergens in de beleidsmolen van OCW over boord gezet. Niet omdat het niet goed zou zijn, maar omdat er iets anders en groters moest komen in de vorm van landelijke onderzoeksscholen en andere grootschalige ‘instituten’ die niet gebaseerd zijn op de onderliggende onderzoekscultuur, maar fungeren als financieringsinstrumenten.

Wat daarvan zij: eind jaren tachtig werd er, zonder veel fanfare, dan toch een ‘echt’ instituut voor informatierecht, opgericht na een gezamenlijk initiatief van overheid, bedrijfsleven en universiteit. Dat instituut, het IViR, is inmiddels uitgegroeid tot een van de belangrijke instellingen op het gebied van het informatierecht, benijd door veel buitenlandse collega’s.

2. Het tijdstip van oprichting: beginnende liberalisering van media en telecommunicatiemarkten

In de tweede helft van de jaren tachtig was er een consolidatie opgetreden in de eerste grote omwenteling in de technologische communicatie sinds de uitvinding van de telefonie en de televisie. Die omwenteling was de communicatie per satelliet en, vooral in Nederland, aardse distributie via de gemeentelijke collectieve antenne-inrichtingen: ‘de kabel’. De auteursrechtelijke strijd over de betekenis van de distributie van informatie via de kabel was gestreden. Nee, het was niet een vervanging van individuele ontvangst maar een nieuwe auteursrechtelijke openbaarmaking.¹ De kabel had ook voor een kortstondige folklore gezorgd. Ik citeer uit een stuk dat ik daarover later schreef:

‘In 1980 was het alle nachten feest in Amsterdam. In de ochtend verschenen de inwoners gapend op hun werk. Zij hadden tot diep in de nacht televisie gekeken. Nadat de reguliere omroep was opgehouden met uitzenden en het Wilhelmus geklonken had, stemden zij af op het testbeeld. Na enige tijd kwam er een film op het scherm te voorschijn en daarna nog een. Dat ging tot diep in de nacht door. Dit arbeidsethosondermijnende amusement werd door een aantal piraten verzorgd. Zij deden dat door de techniek van het vlooienspel in het elektronische tijdperk een nieuwe toepassing te geven. Ze plaatsten een zwakke, moeilijk te traceren, richtzender vlak bij de centrale antenne inrichting van Kabeltelevisie Amsterdam (KTA), die een smalle bundel in de centrale antenne inrichting (de schotel) projecteerde. Het signaal werd dus in de schotel “gewipt”. En ziedaar: nadat KTA op het testbeeld overging werd dat signaal weggedrukt en kwam de film in beeld. Het ging om “gepirateerde” films. Toen het zelfs zover dreigde te komen dat premièrefilms uit de bioscoop werden gestolen en, nog voordat ze goed en wel in roulatie waren gekomen, onder de 300.000 abonnees van KTA zouden worden verspreid via dit handige vlooienspel, gingen auteursrechthebbenden daartegen optreden. Dat leidde tot het Kabelpiratenarrest.² KTA werd op grond van het auteursrecht aansprakelijk gehouden voor de verspreiding van de film.’³

De aansprakelijkheid van KTA kondigde de discussie aan over de aansprakelijkheid van de *internet service provider* ten aanzien van de verspreiding van onrechtmatige informatie.

De satelliet luidde ook de opening in van de televisiemarkt. Buitenlandse omroepinstellingen rammelden aan de poorten van de, ook in de jaren tachtig, nog met kracht verdedigde vesting

¹ HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435, m.nt. vNH (Amstelveen I), HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 m.nt. vNH (Amstelveen II)

² HR 14 januari 1983 NJ 1983, 696, m.nt. vNH; AA 32 (1983), 604-611, m.nt. CJH.

³ E.J. Dommering ‘De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs, Het kabelpiratenarrest revisited in de tijd van Internet’, in: D.W.F. Verkade & D. Visser (red.), *Intellectuele eigenaardigheden*, Deventer: Kluwer 1998, 75-82.

van het Nederlandse omroepbestel. De Nederlandse overheid dacht op Nederland gerichte reclame te kunnen verhinderen door een regeling af te kondigen die bepaalde dat buitenlandse programma's hier wel mochten worden ontvangen, maar niet Nederlands ondertiteld mochten worden. Met de kennis van nu zouden we een dergelijke regeling karakteriseren als een 'inburgeringsverbod' voor buitenlandse omroepen.

De Bond van Adverteerders begon diverse procedures tegen dit verbod en dat resulteerde in een van de eerste uitspraken van het Europese Hof van Justitie (HvJEG) over grensoverschrijdende omroep. Het HvJEG oordeelde dat 'omroep' moest worden gezien als een dienst in de zin van het verdrag van de Europese Gemeenschappen (EG-verdrag) en dat de Nederlandse regeling een verboden discriminatie opleverde tussen de binnenlandse en buitenlandse omroep.

De Hoge Raad (HR) deed er nog een schepje boven op door het ondertitelverbod aan te merken als verboden censuur in de zin van artikel 7 Gw.⁴ Het IViR en de tegelijk daarmee opgerichte wetenschappelijke Vereniging voor Media- en Communicatierecht wijdden in 1988 hun eerste bijeenkomst aan de uitspraak van het HvJEG.⁵ Het zou het begin worden van het openen van de markt voor commerciële omroep.

De Europese Commissie (EC) publiceerde in 1987 het Groenboek Telecommunicatie⁶ waarin een liberalisatie van de Europese telecommunicatiemarkt werd aangekondigd. De eerste in een reeks van maatregelen was het vrijgeven van de markt van telefoontoestellen, die de PTT tot dan toe nog altijd aanbood in drie smaken: zwart, rood of wit. Maar de EC had veel meer op het programma staan: de verzelfstandiging van de nationale staatsbedrijven en de gefaseerde liberalisatie van alle telecommunicatiemarkten. Voor Nederland betekende de Europese maatregelen in 1988 de eerste grote herziening van de telecommunicatiereggeving in honderd jaar.⁷ Deze initiatieven waren nog geheel gericht op het openbreken van het monopolie in de spraaktelefonie.

Intussen voltrok zich achter de schermen van de 'oude' telefonie een revolutie die nog op geen enkele manier in de regelgeving terug te vinden was, naar die het gezicht van de 21ste eeuw zou bepalen. Overwegingen van defensie, maar ook overwegingen van een efficiënter gebruik van telecommunicatieverbindingen hadden tot de ontwikkeling van een nieuwe transportmethode geleid. De efficiëntie werd vooral ingegeven door de ontwikkeling van centrale computers waarvan de grote capaciteit door vele gebruikers op afstand op basis van *time sharing* werd gedeeld. Dit was geen spraakverkeer meer, maar dataverkeer dat via 'pakketjes' kon worden verstuurd, waardoor meer gebruikers van een verbinding gebruik konden maken. Dit dataverkeer was reeds tot ontwikkeling gekomen binnen de traditionele PTT-netten volgens een eigen communicatieprotocol: het zogenoemde X 25 protocol. Het vanuit ARPA⁸ onder auspiciën van defensie ontwikkelde pakketgeschakelde net volgens het TCP/IP protocol⁹ begon zijn opmars al begin jaren tachtig toen het net voor civiel (wetenschappelijk) gebruik werd afgesplitst van het defensienetwerk.¹⁰

De maatschappelijke acceptatie van de geautomatiseerde informatievoorziening in de jaren zestig en zeventig, bereikte in de jaren tachtig een niveau waarop aanpassing van het recht noodzakelijk was. Voor wat het auteursrecht betreft ging het om de vraag of software tot het

⁴ HvJEG 26 april 1988, zaak C-352/85, *NJ* 1988, 982; HR 11 december 1987, *Informatierecht/AMI* 1988-2, 37-39 m.nt. W. Hins.

⁵ Ivo. E. Schwartz, J.P.H. Donner, E.J. Dommering & E.C.M. Jurgens, *Omroep zonder Grenzen, Beschouwingen over het Kabelregeling-arrest*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1988.

⁶ 26 november 1987, COM (1987) 290 def.

⁷ Wet op de Telecommunicatievoorzieningen van 26 oktober 1988, *Stbl.* 1988, 520.

⁸ Advanced Research Projects Agency.

⁹ Transmission Control Protocol/Internet Protocol.

¹⁰ Voor een beschrijving van deze ontwikkeling, zie Janet Abbate, *Inventing the Internet*, Cambridge/Massachusetts: MIT Press 1999.

auteursrecht moest worden gerekend. De rechtspraak op dit gebied was zich in de VS en Europa bezig te vormen. De huidige directeur van het IViR, Bernt Hugenholtz, publiceerde in 1987 samen met Jaap Spoor het boek *Auteursrecht op software*. Uit de inleiding daarvan:

‘Hoewel het in sommige kringen nog steeds bon ton is om van techniek niets te begrijpen, ligt de tijd dat de gemiddelde jurist niets van computers wilde weten zo langzamerhand achter ons.’¹¹

De computer was ook het middel om persoonsgegevens te verwerken. De Raad van Europa had in 1981 een verdrag voor de protectie van data vastgesteld, het recht op privacy werd in 1983 in de Nederlandse grondwet opgenomen en de Wet persoonsregistratie in 1989 ingevoerd.¹² Dat de onderwerpen waar het IViR zich mee bezig zou gaan houden in de lucht zaten, is dus een understatement.

3. Het programma: Informatierecht als nieuw paradigma

In het onderzoeksprogramma van het IViR werd ‘informatie’ als centraal thema gekozen. Daarmee nam het instituut zowel afstand tot, als een voorsprong op de trend die zich begin jaren tachtig aftekende, namelijk de trend om als onderzoeksthema de computer te kiezen. Deze trend is goed verwoord in het openingsredactioneel van het in 1984 opgerichte Nederlands-Belgische blad *Computerrecht*:

‘De onstuitbare opmars van de informatica wordt ook op het juridische vlak weerspiegeld. Sedert bijna tien jaar, maar vooral de laatste jaren, komen wetgeving, rechtspraak en rechtsleer tot stand waardoor zich een corpus heeft opgebouwd *informaticarecht*, en dat zich voordoet als een smeltkroes waarin zeer verschillende aspecten van het recht zich bevinden: verbintenissenrecht, intellectueel eigendomsrecht, strafrecht, boekhoud – en fiscaalrecht, om maar deze te noemen.’¹³

De opstellers van het onderzoeksprogramma van het IViR voorzagen dat dit *informaticarecht*, dat als enige gemeenschappelijke noemer de gevolgen van elektronische gegevensverwerking voor de totale rechtsorde nam, teveel heterogene rechtsgebieden omvatte en zich daardoor op den duur zou oplossen in die smeltkroes. De keuze voor informatie als economisch en geestelijk rechtsgoed, maakte het mogelijk vanuit verschillende juridische doctrines die in de informatiesamenleving waren samengekomen, een blijvend geïntegreerde discipline te ontwikkelen. Die keuze is de juiste gebleken, want het *informaticarecht* is na twintig jaar inderdaad in de smeltkroes verdwenen. Informatierecht heeft zich ontwikkeld tot een nieuw paradigma voor de juridische disciplines die het IViR in zich verenigt. Dat vindt meer en meer navolging in het buitenland.

Het informatierecht laat zich in een abstracte formule samenvatten; het bestudeert het gehele informatievoorzieningsproces, dat in gesimplificeerde vorm de volgende in elkaar overlopende fasen omvat:

- *Voortbrengen van informatie*. Het voortbrengen van informatie heeft verschillende facetten. Het gaat om de productie van theoretische en praktische kennis, de creatie van artistieke prestaties, het doen van uitvindingen, enzovoorts. Een andere, steeds belangrijker bron van informatie is de menselijke persoon zelf. De persoon is een drager van persoonsgegevens over zich zelf (gezicht, lichaam, DNA, woonplaats,

¹¹ P.B. Hugenholtz & J.H. Spoor, *Auteursrecht op software*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1987, 9.

¹² Voor de geschiedenis, zie F. Kuitenbrouwer, ‘Privacy en persoonsregistratie: een overzicht’, in: F. Kuitenbrouwer, D.W.F. Verkade & R.J.M. van der Horst, *Drieluik privacybescherming*, Deventer: Kluwer 1984.

¹³ *Computerrecht* 1984/1, 2.

gedrag) en brengt als zodanig informatie over zich zelf voort die in de openbaarheid wordt gebracht en wordt verzameld en opgeslagen.

- *Verspreiding en verzameling van informatie.* Informatie wordt verspreid of verzameld en dat geschiedt via papieren, draadloze of vaste (telecommunicatie) netwerken met verschillende functionaliteiten. Dat kan door adressering (post, telefonie, internet) of ongerichte verspreiding (omroep). Daarbij wordt gebruik gemaakt van vertrouwelijke (gesprek, e-mail) en (semi)openbare communicatieprocessen (raadpleging van een openbaar informatiebestand, verspreiding en kennisneming van een omroepprogramma). Communicatieprocessen over netwerken worden ook geregistreerd en die geregistreerde gegevens worden via netwerken verzameld.
- *Opslag, ordening, ontsluiting en gebruik van voortgebrachte informatie.* Informatie die wordt geproduceerd ten behoeve van een mediaorganisatie wordt door deze organisatie opgeslagen en in een voorgeprogrammeerde vorm aan het publiek ter beschikking gesteld (de dagelijkse krant met vaste rubrieken, de omroepprogramma's volgens een bekendgemaakt programmaschema, een nieuws website). Informatie wordt – ook nadat zij in geprogrammeerde vorm ter beschikking is gesteld – volgens een systematische sleutel in databanken als bibliotheken, kennisbanken of mediatheken opgeslagen. De databanken zijn met behulp van deze sleutel op individuele basis te ontsluiten. De geadresseerde informatie op het *worldwide web* kan door zoekmachines voor de individuele gebruiker worden ontsloten. Uiteindelijk wordt informatie gebruikt door een consument of een professionele gebruiker.

In alle fasen van het informatievoorzieningsproces kunnen vragen van eigendom, vrije uitwisselbaarheid van informatie en privacy worden onderscheiden. In elke fase is ook de rol van de overheid in relatie tot de markt en in relatie tot het politieke/ sociale communicatieproces aan de orde. Dit is de normatieve invalshoek van het informatierecht. In het kort iets over deze facetten:

- *Eigendom.* Informatie is een (semi)publiek goed in die zin dat het gebruik ervan niet rivaliserend is (informatie die gebruikt wordt raakt niet 'op'). De uitsluitbaarheid van de consumptie (de consumptie door de ene gebruiker sluit die door een andere gebruiker uit) is dikwijls een probleem als het om elektronische ter beschikkingstelling gaat. Het recht van intellectuele eigendom is een antwoord op dit probleem. Het auteursrecht beschermt de huid van informatie (de expressie of vorm) en het octrooirecht kent exclusiviteit voor een zekere tijd toe aan een door een overheidsinstantie geregistreerde en op nieuwheid en uitvindinghoogte beoordeelde technische vinding (dus beperkt exclusief gebruik van de inhoud van informatie). Het merkenrecht beschermt een bij een overheidsinstantie geregistreerd onderscheidingsteken (woord en/of beeld) om goederen en diensten in het economisch verkeer te beschermen. Daarnaast zijn nieuwe intellectuele eigendomsrechten ontwikkeld. De nieuwe elektronische omgeving vraagt om andere exploitatieconcepten.
- *Vrijheid.* Informatie moet als publiek goed gedeeld worden. De vrijheid van uitwisseling en toegankelijkheid wordt geregeerd door het recht van vrijheid van meningsuiting. Dit gaat niet alleen om de politieke en geestelijke uitingsvrijheid, maar ook om vrije toegang tot informatiebronnen. Bij de toegangsvraag moet worden vastgesteld of informatie tot het publieke domein behoort of niet. Als het gaat om bestuurlijke informatie is de openbaarheid van bestuurlijke informatie aan

de orde. Bij economische, door rechten van intellectuele eigendom exploitabele, informatie kunnen conflicten optreden die te maken hebben met de duur en de omvang van het exclusieve recht en het vrije gebruik van een door een gebruiker aangeschaft informatiegoed.

- *Privacy.* Persoonsinformatie die het publieke domein raakt kan in botsing komen met vrijheid, bijvoorbeeld als een beroemde persoonlijkheid wordt geconfronteerd met een verslag in woord, beeld en geluid over zijn privé-leven in de media. Persoonsgegevens worden op alle mogelijke manieren verspreid, opgeslagen en bewerkt en worden gebruikt voor commerciële en bestuurlijke beslissingen.
- *De overheid.* De overheid manifesteert zich in het informatievoorzieningsproces in een ordenende, machtsuitoefenende en stimulerende rol. In de ordenende rol komen we de overheid tegen als de inrichter van de telecommunicatiemarkt, toezichthouder op de mededinging (verdeling van schaarse goederen, zoals frequenties, bevordering van interoperabiliteit van diensten en netwerken), en bewaker van de integriteit van het openbare communicatieproces (scheiding van commerciële en niet commerciële informatiestromen door middel van regulering). In de machtsuitoefenende rol ontmoeten we de overheid als (potentiële) censor om te voorkomen dat maatschappelijk of politiek gevaarlijke informatie tot het publieke communicatieproces kan doordringen. De overheid kan ook verzamelaar zijn van persoonsgegevens en meeluisteraar bij individuele communicatieprocessen. In de stimulerende rol komen we de overheid tegen als subsidiërende en regulerende instantie zodat politiek en cultureel gewenste informatie aan het openbaar communicatieproces wordt toegevoegd (publieke omroep, cultuur- en onderwijsbeleid).

De verschillende juridische facetten kennen ieder hun eigen geschiedenis. De eigendomsrechten en de regels voor de telecommunicatie zijn ieder in hun eigen domein het product van de expansie van handel en nijverheid, die de tweede helft van de negentiende eeuw te zien heeft gegeven. De vrijheidsrechten hebben hun wortels in de Franse en Amerikaanse revoluties, zijn via de liberale revoluties van de negentiende eeuw in de constituties van de nationale democratische staten beland en hebben na de Tweede Wereldoorlog hun internationale verankering gekregen in de Universele verklaring voor de rechten van de mens van de Verenigde Naties en in Europa in het Europees verdrag voor de rechten van de mens.

Het privacyrecht heeft zijn wortels in de geleidelijke ordening die zich in de negentiende eeuw met de verstedelijking voltrekt, te beginnen met de invoering van de burgerlijke stand en een uniform adressensysteem. De overheid als interveniërende instantie in communicatieprocessen is in de twintigste eeuw geleidelijk teruggedrongen en verder genormeerd, maar er voor teruggekomen is de ordenende en stimulerende functie.

Het onderzoeksprogramma van het IViR werd in 1991 aan het internationale forum gepresenteerd tijdens het in Amsterdam gehouden congres 'Information law towards the 21st century'. Dit congres vormde tevens de start van de onder auspiciën van het IViR door Kluwer Law International uitgegeven *Information Law Series*. Tijdens de inleiding van het congres toonde ik de afbeelding van Mondriaans *Broadway Boogie Woogie* en de afbeelding van een chips met de toelichting: 'Like any great work of art its meaning changes over time. At the time the painting was made, Mondriaan used the grid of New York's town plan to express the moods of the Jazz age. Nowadays a public educated on semi-conductor

information technology will look at the work as the foresight of the information society to come: the processing and ordering of bits of information.’¹⁴

FIGUUR 1a en b (Broadway Boogy Woogy; afbeelding chips)¹⁵

Een tweetal momenten uit het onderzoeksprogramma zal ik nu belichten.¹⁶ Ik heb gekozen voor twee belangrijke onderwerpen waarop het onderzoek van het instituut zich heeft gericht: de weg naar een universeel informatienetwerk en de afbrokkeling van het informatiecentrum.

4. Een universeel netwerk

4.1. Naar één multifunctioneel net

In een van de eerste grote onderzoeken waar het IViR in zijn prille bestaan bij betrokken was, de startdatum van het onderzoek was 4 juli 1989, ging het om een onderzoek naar de samenhang tussen lange termijnontwikkelingen in nieuwe technologieën en media. Het onderzoek werd uitgevoerd samen met de Delftse hoogleraar Jens Arnbak en met hoogleraar Jan van Cuilenburg van het Persinstituut van de UvA, in opdracht van de toenmalige Ministeriële Commissie Informatiebeleid, waarin een groot aantal ministeries participeerden. Vanuit het IViR participeerden de schrijver dezes en Nico van Eijk, thans als hoogleraar telecommunicatierecht aan het instituut verbonden. De telecommunicatiedistributienetten hebben zich in de geschiedenis vanuit een dienst gevormd en volgen in hun technisch ontwerp de kenmerken van die dienst.

Het vaste telefonienet had zich op basis van het telegraafnet, dat in de negentiende eeuw gelijktijdig met het spoorwegnet was aangelegd, ontwikkeld tot een volledig verticaal geïntegreerd staatsbedrijf dat van telefooncentrale tot en met telefoontoestel de hele dienst in handen had. De draadloze omroepnetten waren door en ten behoeve van de publieke omroep ontwikkeld en eveneens in een verticaal geïntegreerde structuur opgenomen. In Nederland ontwikkelde zich daarnaast een gemeentelijke kabelstructuur, ontworpen voor het transport van omroepprogramma's. Het was aan het begin van de jaren negentig duidelijk dat deze verticaal geïntegreerde structuren niet in stand zouden blijven en dat de functionaliteit van de netten naar elkaar toe zou groeien. De economische en politieke beheersvormen zouden daardoor onder grote druk komen te staan. De ontwikkeling is in beeld gebracht in figuur 2.¹⁷

FIGUUR 2

De integratie van netten voor brede multifunctionele publiekstoepassingen zou nog lang op zich laten wachten en is in 2007 bij lange na nog niet voltooid. Wel heeft zich de ontvlechting tussen diensten en infrastructuur voltrokken. Zoals hiervoor is aangegeven voltrok zich

¹⁴ E.J. Dommering, 'Information Law and the Themes of this Book', in: Willem F. Korthals Altes e.a. (red.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers 1992, 10.

¹⁵ Bron: beide Museum of Modern Art; de chipsafbeelding komt uit Cara McCarty, *Information Art, Diagramming Microchips*, New York: The Museum of Modern Art 1990, 13 (Logic chips van Texas Instruments 1976).

¹⁶ Voor de uiteenzetting van het onderzoeksprogramma verwijs ik naar www.IViR.nl; voor het volledige onderzoek naar de jaarverslagen van het Instituut.

¹⁷ Uit J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg & E.J. Dommering, *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1990.

binnen de netten van de post, telegrafie en telefonie een belangrijke omwenteling door de introductie van het dataverkeer voor zakelijke, maar ook wetenschappelijke, doeleinden. Tot 1992 ging dat volgens het *X. 25 protocol* dat in de jaren zeventig door de CCITT, de standaardisatie-instantie van de Internationale telecommunicatie unie van de VN, was ontwikkeld.

In Nederland werd aan deze ontwikkeling vormgegeven door de in 1987 opgerichte Stichting Surf, de samenwerkingsorganisatie op het gebied van netwerkdienstverlening en informatie- en communicatietechnologie van het hoger onderwijs met publieke en private instellingen. Surfnet BV, de werkmaatschappij van Surf, slaagde en slaagt erin om in samenwerking met het telecommunicatiebedrijfsleven telkens innovatiecycli van drie tot vijf jaar op te starten in netwerkkarchitectuur, vanaf 1992 volgens het TCP/IP protocol.¹⁸

Een voor Nederland heel zichtbare toepassing van een interactieve vorm van het gebruik van computers en netwerken was het experiment met de naam 'De digitale stad', dat begin jaren negentig in Amsterdam werd gelanceerd. Het publiek zag in dat je met computers iets anders kon doen dan alleen tekstverwerken en met netwerken iets naders dan televisie kijken of telefoneren. De digitale stad was een politieke 'Second Life', waarin burgers in een echte politieke 'polis' konden participeren. De stemming van de tijd noteerde ik, toen in maart 1994 de subsidiekraan werd dichtgedraaid en 'de stad' zou verdwijnen:

'Het is zaterdag 9 maart 1994, elf uur s' avonds in theater De Balie in Amsterdam. Een gezette heer in een keurig grijs streepjescostuum (sic), daaronder een overhemd waarvan de boord die ochtend met enige moeite om het stevige nekvlees is gegord en de wijnrode accountantsdas met zilveren wieltjes wat slordig gestrikt op het overhemd, neemt achter het kathedraal plaats. Hij is telecommunicatieconsultant. Hij is nog geen minuut aan het woord, of hij ontvouwt zijn eerste sheet op de overheadprojector (sic). Het ziet er uit als een kabbalistisch schema vol met pijlen waarmee hij beoogt de dynamiek van de telecommunicatiemarkt te verklaren. "Kijk", zegt hij, "in de jaren zeventig dachten wij dat we de zaak van boven af konden sturen", en hij wijst op een vervaarlijke pijl die van boven naar beneden in het schema staat getekend. "Dat was fout." Instemmend gemompel van de zaal. Hij toont zijn volgende sheet waar een nog dikkere pijl, temidden van allerlei zich vertakkende pijltjes met onleesbare bijschriften van beneden naar boven staat gericht. "Het moet bottom up." Zijn inleiding kan niet meer stuk in de zaal vol digitale stadbewoners die op korte termijn hun speeltje dreigen kwijt te raken, omdat het geld op is. Als het moet, zijn zij bereid het behoud van hun stad bottom up te bevechten.'¹⁹

4.2. *Het internet*

Het TCP/IP protocol veroverde stormenderhand de wereld. Het was een open communicatieprotocol dat op alle netten kon worden toegepast. In pakketschakeling was het niet alleen geschikt voor emailverkeer, maar ook om grote tekst en beeldbestanden te verzenden. In Europa zagen de nieuwe toetreders tot de telecommunicatiemarkt hun kans schoon om *internet service providers* 'kick back' vergoedingen te betalen uit de hoge interconnectievergoedingen die ze aan KPN konden vragen voor het afleveren van internetverkeer op hun netwerk. Deze *providers* konden daardoor de mythe van het 'gratis internet' in de markt zetten met als gevolg dat het publiek massaal toestroomde. In het begin van de 21^{ste} eeuw kwam daardoor de grote doorbraak tot stand naar het breedband 'all IP' netwerk waaraan nu wordt gewerkt.

Het internet is ontwikkeld buiten de in nationale staten en (aanvankelijk) nationale PTT's verankerde telecommunicatiebeheersstructuur van de Internationale telecommunicatie unie.

¹⁸ Frank van Iersel & Kees Neggers, *Innovaties bekeken/bekeken innovatie*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2006 (*Reflecties op elektronische communicatie nr. 3*).

¹⁹ Egbert Dommering, 'Een cryptowet voor cyberspace', in: *De Gids* (6) juni 1994, 448- 453.

Het internet is bedacht en beheerd door de wetenschappelijke wereld. In de eerste helft van de jaren negentig was onder verantwoordelijkheid van de Amerikaanse *National science foundation* (NSF) het internet uit het defensienetwerk afgesplitst.²⁰ Hoewel het voor zijn formele legitimatie afhankelijk is gebleven van het contract met het Amerikaanse Ministerie van Defensie zijn de centrale beheersfuncties thans ondergebracht in een private organisatie waarin ook statelijke regio's en internationale organisaties als ITU, WIPO, OECD en EU zijn vertegenwoordigd.²¹

Het IViR wijdde verscheidene internationale workshops aan deze nieuwe niet-statelijke beheersstructuur, dat volledig afwijkend was van het hiërarchische staatsverband waarin de ontwikkeling van de telefonie was ingebed.²² De focus van het onderzoek was van meet af aan gericht op het nieuwe adresseersysteem van het internet:²³ het *domain name service* systeem. De domeinnaam heeft geen relatie met de topografische wereld, maar verbindt adressen direct met namen en diensten. Het adres vertoont evenals een telefoonnummer een hiërarchische structuur, maar dan in omgekeerde volgorde: van de naam, via het organisatiedomeinen naar het topleveldomein als .nl., .org, .net et cetera. Het definiëren van het topleveldomein noemt men de *root*. Wie de *toproot* beheerst, beheerst het adresseersysteem van het internet, omdat alleen daardoor een effectieve koppeling tussen IP nummers en domeinnamen tot stand kan worden gebracht, en bovendien de zeggenschap over het creëren van nieuwe topleveldomeinnamen de eigendom en schaarsteverhoudingen bepaalt. Het succes van het domeinnaamsysteem en de onduidelijkheid over de zeggenschap van de *root* maakten dat de eigendom- en verdeelvragen bij het internet groter en gecompliceerder werden dan bij het telefoonadresssysteem.

De grote aanjager van het domeinnaamgebruik was evenwel het door Tim Berners-Lee begin jaren negentig bedachte *worldwide web* dat via de webpagina's en het 'hyperlink text systeem' een nieuw massamedium creëerde.²⁴ Webadressen werden gekoppeld aan het domeinnaam die in de *Uniform Resource Locators* (URL's) werden opgenomen volgens een structuur: http://www.domeinnaam/source_locators die in een steeds verfijndere boomstructuur – telkens gescheiden door schuine streepjes om de files in te delen – naar documenten en bronnen verwijzen met doorverwijzingen naar andere websites via het hypertextsysteem. Het domeinnaamsysteem kreeg met name door dit openbare gebruik een sterke merkfunctie. Het deed echter meer: het verbond namen niet alleen met goederen en diensten, maar ook met elk gewenst object of activiteit. Beschrijvende termen kregen daarmee ineens een glans en een functionaliteit die zij in het scherp afgebakende systeem van het merkenrecht nooit hadden gehad. Er heerste in een situatie waarin de 'common pool' ineens economische waarde kreeg, een eldoradostemming waarin kapers hun slag probeerden te slaan door bekende namen (merken) en aanleunende termen te hamsteren. Men spreekt van *domain name grabbers* en *type squatters*. Dat kon doordat de uitgevende instanties het *first come first served* beginsel hanteerden. Deze nieuwe onderscheidingsfunctie leidde tot een clash met het bestaande systeem van merkenrechten.

De groeiende economische betekenis van de domeinnaam bracht de coördinatie- en

²⁰ Abbate a.w. noot 10, hoofdstuk 6

²¹ Milton L. Mueller, *Ruling the Root*, Cambridge/Massachusetts: The MIT Press 2002, hoofdstuk 9.

²² E.J. Dommering & N.A.N.M. van Eijk (red), *The Round Table Expert Group on Telecommunications Law*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2005, met name A. Michael Froomkin 'The International and National Regulation of Internet', 243-257.

²³ Onder meer Nirmala Sitompoel, Flip Tonkens, Nico van Eijk & Egbert Dommering, (*Zelf*)regulering van nummers en domeinnamen, Den Haag: SDU 2001 (Iterserie nr. 46); E.J. Dommering *De Telecommunicatie Explosie rond de eeuwwisseling*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003 waaraan ik een deel van de tekst ontleen.

²⁴ Tim Berners-Lee, *Weaving the Web*, New York: HarperCollins 1999.

verdeelvraag scherper op de agenda. Alle belanghebbenden in dit spel – de Amerikaanse en Europese overheid, de internetwereld en de ‘oude’ telecommunicatiewereld van de merkgerechtigden - gingen met elkaar in de slag.²⁵ Het is een boeiend voorbeeld van wat de convergentieprocessen in de telecommunicatie vermochten: ineens zaten werelden die elkaar niet kenden, maar op verschillende niveaus met communicatie te maken hadden, met elkaar aan tafel. Waren de partijen die gewend waren om schaarstevraagstukken rationeel op te lossen geneigd om het aantal topleveldomeinnamen uit te breiden, dan vonden zij de merkgerechtigden tegenover zich die bij weinig top level domeinen het bereik van de sterke en beroemde merken beter gewaarborgd achtten. De beroemde merken hadden in de *real world* toch altijd al de pest gehad aan de verfijnde warenklassen en de vernauwing van de merkenfunctie die tot ‘verwarringgevaar’ bij consumenten leidden. Ook op internet wilden de beroemde grote merken ‘big’ zijn. Het is maar een van de voorbeelden van de hoog oplopende spanningen. Het uiteindelijke compromis is gevonden in de oprichting van de *Internet corporation for assigned names and numbers* (ICANN). Het ICANN is een private organisatie waarin algemene en particuliere belangenbehartigers met elkaar moeten samenwerken, maar heeft een dubieuze legitimiteit.

5. De afbrokkeling van het informatiecentrum

5.1. Veranderende verhoudingen tussen expertise en non expertise

Een samenleving die gebaseerd is op representatieve democratie en een publiek debat, de ‘publieke deliberatie’²⁶, gaat uit van intermediairs, zogenoemde ‘gate keepers’, die de kwaliteit van de informatie controleren en haar in geredigeerde vorm en in een bepaalde volgorde en samenstelling in de openbaarheid brengen. Politieke partijen en massamedia vervullen daarin een belangrijke functie. In het wetenschappelijke model wordt informatie pas aan de openbaarheid prijsgegeven als deze op betrouwbaarheid in een *peer review* is gecontroleerd. Bibliotheken selecteren de informatie en rangschikken deze in een hiërarchisch georganiseerde thesaurus die in een verfijnde boomstructuur de informatie ontsluit. Dit expertise systeem is aan een ingrijpende wijziging onderhevig. Dit heeft te maken met de democratisering in de expertise verhoudingen te maken (vergelijk de mondige patiënt bij de dokter). Internet is het medium dat aansluit bij deze ontwikkeling: het slecht oude drempels, maar voegt ook nieuwe intermediairs in het informatievoorzieningsproces toe.²⁷ Het oorspronkelijk homogene publiek (doelgroep) dat zich groepeerde rond het aanbod van voorgeprogrammeerde informatie (kijkcijfers) raakt gesegmenteerd en geïndividualiseerd. Veranderingen in de organisatie en technologie van media zijn geen één op één substitutieprocessen in die zin dat het nieuwe het oude volledig vervangt. De traditionele media zetten websites op die makkelijker toegang bieden aan het nieuwe publiek. Op het internet ontstaan websites die gaan functioneren als oude massamedia met een eigen publiek. Maar er ontstaan ook geheel nieuwe intermediairs.

Juridisch betekent dit dat het centrum van voortbrenging van informatie als aanknopingspunt van controle door de overheid en de eigenaren van informatie wegvalt, althans minder belangrijk wordt. Zowel het mediarecht als het auteursrecht zijn oorspronkelijk immers aanbodmodellen die zich concentreren op de aanbieders. Daarvoor in de plaats, althans

²⁵ Voor een uitvoerige analyse. Mueller a.w. noot 21.

²⁶ Meindert Fennema, *Over de kwaliteit van politieke elites*, Amsterdam: De Vossiuspers UvA 2003.

²⁷ Zie voor een uitvoerige analyse van dit proces Noortje Marres & Gerard de Vries, ‘Tussen Toegang en Kwaliteit, Legitimatie en Contestatie op het Internet’, in: H. Dijkstra & C.J.M. Schuyt (red.) *De Publieke Dimensie van kennis*, Den Haag: SDU 2002 (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, rapport V 110), 171-239.

daarnaast, zijn op het niveau van netwerktoegang en ontsluiting van informatie de *internet service providers* en de zoekmachines gekomen: de gebruiker krijgt de informatie via een door hem of haar opgestelde zoekvraag aangeboden in een door een zoekmachine georganiseerde volgorde die door de populariteit van de opgevraagde webpagina of door achterliggende commerciële transacties wordt bepaald.

Toen Tim Berners-Lee ging nadenken over het *worldwide web*, had hij een oud boek uit zijn ouderlijk huis voor ogen:

‘When I first began tinkering with software that eventually gave rise to the idea of the World Wide Web, I named it *Enquire*, short for *Enquire Within upon Everything*, a musty old book of Victorian Advice I noticed in my parents’ house outside London. With its title suggestive of magic, the book served as a portal to a world of information, everything from how to remove clothing stains to tips on investing money. Not a perfect analogy for the Web, but a primitive starting point.’²⁸

Maar het boek, dat alle webpagina’s van de hele wereld bevat, laat zich niet lezen zonder selectiemechanisme. Zoals Hubert Dreyfus in een eenvoudig schema heeft laten zien, hebben we een nauwkeurig selectiemechanisme vervangen door een minder nauwkeurig systeem met een intransparant selectiemechanisme (in figuur 3: het ‘scaling up’ mechanisme). Nico van Eijk stelde in zijn oratie in 2005 de vraag aan de orde hoe wij met een dergelijk mechanisme, dat in het nieuwe mediamodel een centrale rol zal gaan vervullen, verder moeten.²⁹

FIGUUR 3³⁰

5.2. Van het centrum naar de periferie

Het gevolg van deze verschuiving van het mediamodel vanuit het centrum naar de periferie van de gebruiker, is ook dat er een verschuiving plaatsvindt van de controle van het centrum naar de periferie. De in de negentiende eeuw bevochten persvrijheid had de overheidsinvloed op het redactionele centrum ver teruggedrongen. Artikel 7 van de Nederlandse grondwet is er binnen Europa de sterkste uitdrukking van, omdat het een absoluut censuurverbod bevat. Dat geeft een grotere bescherming dan het Europese Hof voor de rechten van de mens op grond van artikel 10 van het Europese Verdrag voor de rechten van de mens toekent.

Nu de redactie in het centrum vermindert (laagdrempelige toegang van nieuwssites) of nagenoeg geheel afwezig is (weblogs), zien wij de druk op de toegangverschaffers toenemen. Het geeft ook een terugkeer van de discussie of men een informatiesamenleving wil die alleen op kwaliteit gecontroleerde informatie toelaat, of dat men een geheel open informatiesamenleving wil waarin ook schadelijke informatie circuleert. In dat laatste geval doemt een herhaling op van de censurdiscussie uit de achttiende en negentiende eeuw.³¹ Die discussie concentreert zich nu alleen nog maar op kinderpornografie en terrorisme. Het gevolg van die discussie kan zijn dat de overheid de druk op de toegangspoorten en selectiemechanismen vergroot. Een en ander is in figuur 4 op eenvoudige wijze in beeld gebracht

²⁸ Tim Berners-Lee a.w. noot 24, 1.

²⁹ N.A.N.M. van Eijk, *Zoekmachines: Zoekt en gij zult vinden? Over de plaats van zoekmachines in het recht*, Amsterdam: De Vossiuspers 2005.

³⁰ Uit: Herbert L. Dreyfus, *On the Internet*, London/New York: Routledge, Taylor & Francis Group 2001, 14.

³¹ Zie Marres & de Vries a.w. noot 27.

FIGUUR 4

Er vindt ook een andere beweging plaats. Sinds het homogene publiek, dat zich eerder groepeerde rond een informatiecentrum met voorgeprogrammeerde informatie, heeft plaatsgemaakt voor een individuele consument, zijn overheid en bedrijfsleven meer geïnteresseerd in het communicatie- en transactiegedrag van dat individu dan in zijn meningen. Er is dus een tendens om met de communicatiegegevens – met wie communiceert het individu, wanneer, en waar – en de transactiegegevens – welke goederen en diensten neemt het individu regelmatig af – individuele dataprofielen op te bouwen die in een elektronische omgeving worden vastgelegd. Die persoonsgegevensdragende eenheid is voor het bedrijfsleven commercieel interessant om via nieuwe media als Gmail en Google te benaderen met geïndividualiseerde commerciële boodschappen. Zij is ook voor de overheid, die de greep op het centrum heeft verloren een niet te versmaden doelwit. Het individu wordt als drager en producent van persoonsgegevens de centrale eenheid voor overheidscontrole en commerciële exploitatie. Hij is als drager van persoonsgegevens in het centrum van het mediamodel terechtgekomen. Figuur 5 laat deze beweging vanuit de inhoud van de communicatie naar het individuele gedrag van het individu zien.

FIGUUR 5

5.2.1. Neocensuur aan de periferie

Dat schadelijke informatie vanuit het buitenland het land binnenstroomde is niet nieuw, maar was in de achttiende eeuw al een punt van zorg van de binnenlandse censoren. De beschouwingen *Mémoires sur la librairie* van Chrétien-Guillaume de Lamoignon de Malesherbes, directeur van de boekenpolitie in Parijs vlak voor het uitbreken van de Franse revolutie, zijn illustratief. De moeite die hij moest doen om alle nationale drukkerijen onder controle te houden manifesteerde zich met name in de provincie: liever had men een paar drukkerijen te veel in Parijs, waar genoeg controleambtenaren op de been waren, dan één in Senlis. De import moest geconcentreerd worden in ‘importplaatsen’, die via strikt gecontroleerde handelsroutes naar grensplaatsen en havens in de gaten moest worden gehouden.³² In wezen is dit ‘importhavenmodel’ hetzelfde model als de Chinese overheid hanteert ten aanzien van internet, zoals uit figuur 6 blijkt. De *gateways* naar het Chinese internet worden direct gecontroleerd door het Chinese Ministerie van Informatie. Daar voegt zich dus ook de controle van de zoekmachines bij, zoals de Google-affaire in China leert.

FIGUUR 6³³

De druk op controle aan de poort – zowel bij ISP-ers als bij zoekmachines – gaat over directe controle door de bestuurlijke overheid op de doorgifte van bepaalde schadelijk geachte sites. Dat gebeurt door ISP-ers op te dragen deze te blokkeren; bij zoekmachines door bepaalde zoektermen te negeren. De discussie concentreert zich echter niet alleen op rechtstreekse overheidsinterventie, maar ook op de *gatekeepers* zelf, namelijk om door middel van door de overheid afgedwongen of gestimuleerde zelfregulering dit resultaat te bereiken. Die

³² De Malesherbes, *Mémoires sur la librairie; Mémoire sur la liberté de la presse* (présentation Roger Chartier), Parijs: Imprimerie Nationale (Acteurs de l’Histoire).

³³ Uit Jack Goldsmith & Tim Wu, *Who controls the Internet?* Oxford: Oxford University Press 2006, 93.

zelfregulering kan dan bestaan uit ingebouwde filtersoftware en soortgelijke technische ingrepen. Deze aanpak is in navolging van de Amerikaanse hoogleraar Lawrence Lessig bekend geworden als de ‘Code’ discussie: techniek vervangt regulering. In 2004 organiseerde het IViR een internationaal seminar waar alle aspecten van deze vorm van regulering door middel van ‘Code’ werden onderzocht. De uitkomsten werden in de bundel *Coding Regulating* gepubliceerd.³⁴

5.2.2. Overheidscontrole op communicatiegedrag

Nederland wordt door sommigen in de periode 1960-1985 als een privacyparadijs gekenschetst. Het is de tijd dat de mensen nog de straat opgingen om te protesteren tegen de volkstelling en de tijd dat de Wet persoonsregistratie tot stand kwam. De herinnering aan de razzia’s tijdens de bezettingstijd, die door de Duitsers konden worden uitgevoerd op basis van de gegevens uit de bevolkingsregisters, maar ook de Koude oorlog met zijn Stasi en KGB, zorgden voor een klimaat waarin privacybescherming prioriteit had. Inmiddels is dat klimaat weggeëbd.

Begin jaren negentig komt er een omslagpunt als de overheid door de verzelfstandiging en privatisering van de PTT de greep op het telefoonverkeer dreigt te verliezen. De nadruk ligt dan nog op aftapverplichtingen bij nieuwe private telecommunicatiebedrijven, met name bij de mobiele operators. De technologische ontwikkeling van encryptie baart de overheid zorgen en in navolging van wat er in de VS was gebeurd stelt de Nederlandse overheid voor om de encryptiesleutels centraal bij haar op te slaan. Dat roept heftige reacties op. In hetzelfde jaar (1994) dat De digitale stad ten grave werd gedragen, woonde ik een discussiebijeenkomst bij waar ik het volgende noteerde:

‘De ambtenaar van Justitie neemt het woord. Hij heeft zich met een mooi retorisch betoog voorbereid op een gedachtewisseling met een zaal waarvan hij verwacht niet veel bijval te zullen krijgen. Hij begint met de wachters van Plato, de wachters die de buitengrenzen bewaken en de wachters die de veiligheid binnen de grenzen moeten bewaken, de buitenwachters en de binnenwachters. Vroeger lag de nadruk op de buitenwachters, nu waren de binnenwachters van belang. De oorlog tegen het kwaad heeft zich van buiten naar binnen verplaatst. De oorlog tegen de GEORGANISEERDE MISDAAD. De georganiseerde misdaad zou zich door het gebruik van versleuteltechnieken aan het oog van de binnenwachters kunnen onttrekken. “Moet de overheid in De digitale stad afwezig zijn?” herhaalt hij telkens, nadat hij iets moois over De digitale stad heeft gezegd. Neen dus, en daarom moest de overheid door de elektronische vermomming van haar burgers heen kunnen kijken. De retoriek van het betoog bereikt Ciceroniaanse hoogten wanneer hij over het kraken van codes begint. “Iedereen mag in Nederland apparatuur hebben die boodschappen versleutelt..... maar wij moeten haar kunnen kraken.” Dat zinnetje “wij moeten haar kunnen kraken” komt telkens terug. Zodanig dat de zaal, die wat giechelig begint te worden, wanneer er een stilte valt, zachtjes scandeert: “maar wij moeten haar kunnen kraken”.’³⁵

Deze encryptieregeling kwam er niet. Zij richtte zich nog op het klassieke afluisteren. Evenals het censuurverbod bestaat de kern van het klassieke telefoongeheim uit de inhoud van de uitgewisselde informatie. Dat informatiecentrum heeft dus niet meer de hoogste prioriteit. Het gaat om de gegevens daar omheen. Telefoongesprekken en internetcommunicaties genereren adresgegevens die iets kunnen vertellen over de identiteit van personen en over de tijd en plaats waar ze met elkaar hebben gecommuniceerd. Het steeds grotere belang van verkeersgegevens was voor het IViR aanleiding om in 2002 een internationale workshop te organiseren om dit nieuwe fenomeen in kaart te brengen. Deze werd bijgewoond door nationale en internationale overheden.³⁶ De mogelijkheid om dit soort gegevens te

³⁴ Egbert Dommering & Lodewijk Asscher, *Regulating Code, Essays on the Normative Role of Information Technology*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006.

³⁵ E.J. Dommering, a.w. noot 19.

³⁶ L.F. Asscher & A.H. Ekker, *Verkeersgegevens, Een juridische en technische inventarisatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003.

verzamelen neemt na 9/11 in rap tempo toe en de volksvertegenwoordiging kent steeds ruimere wettelijke bevoegdheden toe aan het openbaar bestuur.³⁷

5.2.3. Commerciële exploitatie: differentiatie en individualisering

De verandering van het model heeft ook consequenties voor de commerciële exploitatie van informatie. De ene lijn die men daaruit kan destilleren is die van de problematisering van eigendomsrechten op informatie in een elektronische omgeving. De andere lijn is die van een ontwikkeling van elektronische transactiemodellen die er op gericht zijn om een zogenoemd ‘*pay per use* exploitatiemodel’ tot stand te brengen.

In het eerste model is het centrum verdwenen en delen velen vrij in kennis die zij gezamenlijk verder ontwikkelen. Het zijn de ‘Wiki’s’ van de Wikipedia-encyclopedie, de aanhangers van de ‘open source’ beweging, de ‘creative commons’. Zij vormen ook gebruikersgemeenschappen rond bemiddelende intermediairs die de software voor *filesharing* ter beschikking stellen. Kaazaa is de bekendste intermediair. In het tweede model houdt het centrum letterlijk de touwtjes vast. Het zijn echter steeds meer touwtjes geworden. Was het vroeger de band met een ‘audience’, nu is het een individuele verbinding met een gebruiker waarvan het gebruikersprofiel bekend is. Het is het gesloten, door encryptie en elektronische handtekeningen beveiligde Digital rights management system (DRMS). Overtreders in de periferie worden door instellingen als Brein via persoonsgegevens opgespoord en berecht.

Het IViR heeft onder leiding van Bernt Hugenholtz van meet af aan veel en voortgaand onderzoek verricht op dit gebied. Een belangrijk moment was het door ons georganiseerde KNAW-symposium in 1995, onder de titel ‘The future of copyright in a digital environment’. Ik herinner mij nog goed hoe de internetcowboy van het eerste uur, John Perry Barlow, zijn laptop op het kathedr parkeerde om zijn lezing te houden. Bedenk wel dat in Nederland toen nog weinig lezingen vanaf een laptop werden gehouden. Barlow slingerde zijn standaard openingsgrap de zaal in: ‘Wie van U maakt er wel eens van het internet gebruik?’ In 1995 gingen er in Nederland nog maar een paar aarzelende vingers de lucht in. Hij vervolgde:

‘The riddle is this: if our property can be infinitely reproduced and instantaneously distributed all over the planet without cost, without our knowledge, without its even leaving our possession, how can we protect it? How can we get paid for the work we do with our minds? And if we can’t get paid, what will assure the continued creation and distribution of such work?’³⁸

Barlow voorzag een gedifferentieerd gebruik, waarbij technologie een rol zou spelen. Hugenholtz bepleitte een netwerkgeoriënteerde aanpak:

‘In the future, exclusive rights on the superhighway must no longer be (solely) based on expanded notions of copying and reproduction, but be redefined so as to become network-oriented.’³⁹

De gedifferentieerde aanpak heeft zijn vervolg gehad in de hiervoor genoemde ‘open source’ licenties, die de gebruiker van een werk in staat stelde binnen de door de licentie getrokken grenzen digitaal voort te bouwen op een op het net ter beschikking gesteld werk. Wikipedia is

³⁷ Anton Vedder e.a. *Van privacyparadijs tot controlestaat? Misdaad en terreurbestrijding in Nederland aan het begin van de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: Rathenau Instituut 2007.

³⁸ John Perry Barlow, ‘Selling Wine without Bottles. The Economy of Mind on the Global Net’, in: P.B. Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a digital Environment*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1996, 169 (*Information Law Series*).

³⁹ Hugenholtz a.w. noot 38, 99.

een boeiend experiment met collectief geproduceerde kennis die in een open structuur verder wordt ontwikkeld.

Aan de andere kant ging de ontwikkeling van op exclusiviteit gebaseerde technologie verder. In het zogenoemde Imprimatur-project, gesubsidieerd door het Esprit-programma van de EC, werden door het IViR verschillende studies verricht om de juridische randvoorwaarden van DRMS verder te verkennen, hetgeen in 2000 uitmondde in een publicatie.⁴⁰ Deze onderzoekslijn ging verder in de richting van een informatiegebruikerscontract. De digitale informatieconsument haalt ofwel zijn informatie van het internet in de vrije participatiemodellen, ofwel sluit een individueel consumentencontract af voor informatiegebruik. In beide opties komt er geen traditioneel auteursrecht meer aan te pas. Daarmee is het auteursrecht niet opgeheven – het is voor de handel en handhaving van rechten onontbeerlijk – maar heeft het in een digitale gebruikersomgeving niet meer de rol die het in een papieren omgeving had.

6. Een noodzakelijke nieuwe impuls

6.1. Ander onderzoek

In het voorgaande is een beeld geschetst van het onderzoek van het IViR in het zich wijzigende mediamodel. Dit beeld is onvolledig als men er niet andere onderzoeksvelden bij betreft. Een gebied dat de afgelopen jaren sterk de aandacht trok is dat van het publiek domein. Het IViR deed veel onderzoek naar dit onderwerp, dat bijdroeg aan de eerder geciteerde WRR studie *De Publiek dimensie van kennis*.⁴¹ Te noemen vallen voorts een drietal andere publicaties op dit terrein: *Universiteit en Auteursrecht*⁴², *The Commodification of information*⁴³, en *The Future of the Public Domain*.⁴⁴ Een ander aspect van het publieke domein is de publieke deliberatie, oftewel de kwaliteit van de openbare discussie. Deze is na de opkomst van Pim Fortuyn in toenemende mate onder druk komen te staan. Radicalisme, godsdienstconflicten en minderheden nopen tot het opnieuw doordenken van de grondslagen van de vrijheid van meningsuiting. Lopend promotieonderzoek, publicaties en participatie in het nieuw aan de UvA opgerichte Centrum voor radicalisering en extremisme (Cres), getuigen van de inzet van het IViR op dit punt.

Ten behoeve van de theoretische ontwikkeling van het vak kwam het boek *Informatierecht*⁴⁵ tot stand en ten behoeve van een voor Nederland geheel nieuw vakgebied werd het *Handboek Telecommunicatierecht*⁴⁶ geschreven. Daarnaast werd goede voortgang in het promotieonderzoek geboekt. In de periode 1989-2007 werden dertig promoties in het

⁴⁰ P. Bernt Hugenholtz (ed), *Copyright and Electronic Commerce, Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000 (*Information Law Series*).

⁴¹ Egbert Dommering, Bernt Hugenholtz & Jan Kabel, 'De overheid en het Publieke Domein van Informatie voor wetenschappelijk onderzoek', in: a.w. noot 27.

⁴² P.B. Hugenholtz, G.A.I. Schuijt & J.J.C. Kabel (red.), Amsterdam: Otto Cramwinckel 1998.

⁴³ Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel (eds.), The Hague/Boston/ New York: Kluwer Law International 2002 (*Information Law Series*).

⁴⁴ Lucie Guibault & P. Bernt Hugenholtz (eds.), The Hague/Boston/ New York: Kluwer Law International 2006 (*Information Law Series*).

⁴⁵ Egbert Dommering e.a., Amsterdam : Otto Cramwinckel 2000.

⁴⁶ Egbert Dommering e.a., Den Haag: SDU 1999.

onderzoeksprogramma gerealiseerd, waarvan vierentwintig zowel opgestart als uitgevoerd in die periode (zie bijlage 2).

Ten behoeve van bestuursorganen, ministeries, de Europese Commissie, (een samenwerkingsverband binnen) de Raad van Europa en andere instellingen werd en wordt veel toegepast onderzoek gedaan. Op alle terreinen waarop het IViR zich richt, participeert het in het maatschappelijke debat.

6.2. Onderwijs

Hoewel onderzoek de missie van het IViR is, heeft het zich altijd toegelegd op gespecialiseerd onderwijs in zijn vakgebieden. Uit de studenten moeten immers de onderzoekers van de toekomst worden gerekruteerd. In 2005 werd een gespecialiseerde master informatierecht gestart. Postacademisch onderzoek vormt het sluitstuk van het ontwikkelen en uitdragen van gespecialiseerde expertise. De cursussen *telecommunicatierecht* en *international copyright* hebben aan die doelstelling kunnen voldoen. De regelmatig op zaterdag georganiseerde internationale workshops in ons documentatiecentrum, gelokaliseerd in de fraaie voormalige ontbijtzaal van het vroeger in ons pand Rokin 84 gevestigde hotel, vormen een blijvende brug tussen wetenschap en beleid. Dit geldt des te meer, daar deze workshop veelal worden gevolgd door geconcentreerde publicaties.

6.3. Tot slot

Na de opmerkelijke initiatieven die aan de basis van het IViR stonden, is het stil gebleven. De formatie van de vaste staf is in de periode van zijn bestaan rond de vijf à zes fte. blijven schommelen. Groei en verjonging heeft het IViR in de betrokken periode alleen uit tweede en derde geldstroom kunnen realiseren, zodat er gemiddeld twintig mensen bij het IViR werkzaam zijn. De ratio van deze vaste formatie is dus – gelet op het aantal gerealiseerde promoties, de wetenschappelijke output en de omvang van tweede en derde geldstroom – uitzonderlijk hoog. Het gespecialiseerde NWO-programma *Informatietechnologie en recht* heeft een belangrijke impuls kunnen geven, maar is inmiddels beëindigd. Nieuwe, gerichte NWO-impuls ontbreken. De algemene NWO-programma's genereren vaak geen richting in onderzoeksprogramma's en geen samenwerking *van* onderzoeksgroepen, maar juist het tegenovergestelde: divergentie en overlap van programma's en kleinschalige concurrentie *tussen* onderzoeksgroepen om kleine en middelgrote onderzoeksprojecten in de wacht te slepen. De transactiekosten van deze verdeling van de zogenoemde 'tweede geldstroom' zijn bovendien onevenredig hoog, omdat te veel ten koste van veel onderzoekstijd in elkaar gestoken projecten, niet worden gehonoreerd. Er wordt veel tijd en geld gestoken in periodieke visitaties om kwaliteit van onderzoeksgroepen te meten en vast te houden. De uitslag van deze tijdrovende exercities wordt weliswaar vertaald in nota's die eervol vermelden dat we aan de top staan, komen, respectievelijk afvallen, maar wordt niet omgezet in zwaartepunten en extra geldmiddelen. Bij dit soort operaties bekruipt mij altijd het 'Voskuiliaanse gevoel' dat iedereen ze uitvoert zonder zich af te vragen of zij enig nut hebben. De gedachte is kennelijk dat ze in het verleden ook werden uitgevoerd en daarom, met de dwangmatigheid van de universitaire seizoenen, noodzakelijkerwijs in de toekomst ook uitgevoerd *moeten* worden. Een beter woord voor 'visitatiecommissie' zou 'bezoekingscommissie' zijn.

Terugkijkend naar de synergie waaruit de oprichting van het IViR voortkwam is er plaats voor een nieuwe gerichte impuls.

[Kader 1:] Prof. mr. Egbert Dommering (1943) is sinds 1988 hoogleraar informatierecht (0,4 Fte) aan de UvA. Van 1989 tot 2004 was hij directeur van het Instituut voor Informatierecht. In deze periode bleef hij werkzaam

als advocaat bij respectievelijk, Buruma & Maris in Den Haag, en in Amsterdam bij Stibbe (vanaf 1995) en (vanaf 2005) bij Brinkhof. Tijdens zijn directeurschap initieerde hij de onderzoekslijnen die hiervoor zijn geschetst. Bij vele van de studies was hij zelf betrokken. 12 van de 24 promoties bij het Instituut kwamen onder zijn leiding tot stand. Als advocaat was hij in deze periode bij vele van de spraakmakende procedures in het onderzoeksgebied van het Instituut betrokken. Voorafgaand aan zijn loopbaan studeerde Dommering rechten aan de UvA.

[Kader 2:] Promoties gerealiseerd binnen het onderzoeksprogramma van het IViR 1989-2007

Hugenholtz, P.B.; Kluwer/1989

Auteursrecht op informatie. Auteursrechtelijke bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen in Nederland, de Verenigde Staten en West-Duitsland: Een rechtsvergelijkend onderzoek.

Kistenkas, F.H.; Kluwer/Quint 1989

Vrije Straatcommunicatie. De rol van de lokale overheid bij de regulering van de uitingsvrijheid in rechtsvergelijkend perspectief.

Korthals Altes, W.F.; Otto Cramwinckel/1989

Naar een journalistiek privilege: voorstellen voor een journalistiek verschoningsrecht naar aanleiding van de Amerikaanse en Duitse rechtspraak.

Mom, G.J.H.M.; Koninklijke Vermande/1990

Kabeltelevisie en auteursrecht: de auteursrechtelijke problemen rond kabeltelevisie.

Hins, A.W.; Kluwer/1991

Ontvangstvrijheid en buitenlandse omroep.

Nieuwenhuis, A.J.; Cramwinckel/1991

Persvrijheid en persbeleid. Een onderzoek naar de verhouding tussen het recht op persvrijheid en overheidsmaatregelen tegen persconcentraties.

Eijk, N.A.N.M. van; Cramwinckel/1992;

Omroepvrijheid en overheidsbemoediging: Een vergelijkende studie naar de Nederlandse, Franse en Europese regels met betrekking tot toegangscriteria en programmavoorschriften voor de omroep.

Schiphof, T.A.; Cramwinckel/ 1994

De vrijheid van het toneel: een studie naar de juridische beperkingen van de vrijheid van het toneel in Nederland en Engeland in grondrechtelijke perspectief.

Seignette, J.M.B.; Kluwer Law and Taxation Publishers/1994

Challenges to the Creator Doctrine: Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States.

Beukel, J. v.d.; Kluwer/1995;

Toegang tot de televisiemarkt: overheidsbeperkingen van de toetreding van programma-aanbieders in Nederland, Groot-Brittannië en Duitsland in het licht van het EG-recht.

Antons, Ch.; ?/1995

Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz in Indonesien.

Pinckaers, J.C.S.; Kluwer Law International/1996

From privacy toward a new intellectual property right in persona: the right of publicity (United States) and portrait law (Netherlands) balanced with freedom of speech and free trade principles.

Wopereis, L.W.M.; Sdu Uitgevers/1996

De grondslagen en grenzen van overheidsvoorlichting.

Cock Buning, M. de; Cramwinckel/1998

Auteursrecht en informatietechnologie: over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving.

Haeck, J.F.; Kluwer/1998

Idee en programmaformule in het auteursrecht.

Vroom-Cramer B.M.; Koninklijke Vermande/1998

Productinformatie over levensmiddelen: Etiketteringsvraagstukken naar Europees en Nederlands recht.

Bulk, M.; Kluwer/1998

Rectificatie en uitingvrijheid: een onderzoek naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitingen.

Verberne, M.L.; Kluwer/2000

Verdeling van het spectrum.

Guibault, L.; Kluwer Law International/2002

Copyright limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright.

Asscher, L.F.; Cramwinckel/2002

Communicatiegrondrechten: Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving.

Koelman, K.J.; Sdu Uitgevers/2003

Auteursrecht en technische voorzieningen: juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen.

Eechoud, M.M.M. van; Kluwer Law International/2003

Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis.

Ploem, M.C.; Sdu Uitgevers/2004

Tussen privacy en wetenschapsvrijheid: regulering van gegevensverwerking voor medisch-wetenschappelijk onderzoek.

Sentleben, M.R.F.; Kluwer Law International/2004

Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law.

Helberger, N.; Kluwer Law International/2005

Controlling access to content: regulating conditional access in digital broadcasting.

Ekker, A.H.; Sdu Uitgevers/2006

Anoniem communiceren: van drukpers tot weblog: een onderzoek naar de grondrechtelijke bescherming van anonieme openbare communicatie.

Ottow, A.T.; Sdu Uitgevers/2006

Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht.

Sitompoel, N.; Sdu Uitgevers/2007

De civiel-, bestuurs- en mededingingsrechtelijke aspecten van ingrepen in de fysieke infrastructuur van de omgeving.