

Kroniek van het ICT-recht

Smaakmakende ontwikkelingen in 2008-2009

Bert-Jaap Koops en Kees Stuurman¹

HET ICT-RECHT ONTWIKKELT ZICH NIET MET RADICALE STAPPEN MAAR DOOR VOORTDURENDE AANPASSING, VERBETERING EN VERFIJNING. DE ONTWIKKELINGEN IN DE ICT MOETEN IMMERS BIJGEHOUDEN WORDEN. PERSOONS-GEGEVENS WORDEN DRIFTIG VERZAMELD MAAR ACTIE VAN ONDEROP EN NIET IN DE LAATSTE PLAATS VAN DE EERSTE KAMER ZORGT ERVOOR DAT PRIVACY NOG LANG NIET DOOD IS. NOG EEN PAAR WETENSWAARDIGHEDEN: DAGVAARDEN KAN TEGENWOORDIG VIA TWITTER EN EEN UMTS-MAST VERLAAGT DE WOZ-WAARDE VAN NABIJGELEGEN WONINGEN.

1. Inleiding

Uw vorige chroniqueur voelde zich als een kind in de snoepwinkel bij het overzien van alle delicatessen op het terrein van technologie en recht.² Ook wij zien ons voor keuzeproblemen gesteld: de kroniekperiode van de afgelopen jaren bood weer een mer à boire, waaruit we om niet te verdrinken alleen het zout voor in de pap kunnen destilleren. We beperken ons dan ook tot de smaakmakendste ontwikkelingen in het ICT-recht in 2008 en 2009 (en soms in het overgeslagen kroniekjaar 2007), die we in vogelvlucht overzien van publiekrecht tot privaatrecht.

Het blijft daarbij echter niet bij een snoepwinkel vol zoete verlokkingen van ICT-mogelijkheden voor makkelijke en grootschalige communicatie en gegevensopslag, die wetgever en rechter zoveel mogelijk proberen te faciliteren. Na het zoet volgt vaak het zuur: misbruik van ICT-faciliteiten, falende IT-projecten en keerzijdes van grootschalige gegevensopslag hielden de gemoederen van overheid, bedrijven, burgers en consumenten flink bezig. En niet zelden moesten zij daarbij een bittere pil slikken, wanneer zij naar de smaak van rechters, toezichhouders of de Eerste Kamer te hard van stapel liepen om de mogelijkheden van ICT te benutten.

2. Digitale grondrechten en de Grondwet

Zo snel als de technische ontwikkelingen heten te gaan (de 'technologische turbulentie' uit de Nota Wetgeving voor de elektronische snelweg),³ zo traag gaat het proces van 'grondrechten in het digitale tijdperk'. Na het rapport

Zo snel als de technische ontwikkelingen gaan, zo traag gaat het proces van 'grondrechten in het digitale tijdperk'

van de commissie-Franken (2000) zijn wetsontwerpen voor aanpassing van art. 7, 10 en 13 Gw en invoering van een artikel over toegang tot overheidsinformatie in 2004 gestrand na kritiek van de Raad van State, die vroeg om meer aandacht voor internationale ontwikkelingen.⁴ Naar aanleiding daarvan is een nieuw rechtsvergelijkend

Auteurs

1. Prof. dr. E.J. Koops is hoogleraar regulering van technologie bij het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Universiteit van Tilburg. Prof. mr. drs. C. Stuurman is hoogleraar normering van informatietechnologie bij TILT, Universiteit van Tilburg, en advocaat te Amsterdam.

technologie en recht', *NJB* 2007, 691, afl. 13, p. 837-847.

3. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2.

4. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1; Brieven Minister BZK aan de Eerste en Tweede Kamer van 29 oktober 2004, www.minbzk.nl/onderwerpen/grondwet-en/grondwet-en-statuut/kamerstukken/@12755/brieven-aan-de.

Noten

2. Ch.A. Alberdingk Thijm, 'Kroniek van

onderzoek uitgevoerd over grondrechten en nieuwe technologieën, maar de in februari 2007 aangekondigde wetsvoorstellen zijn uitgebleven. Het dossier van de 'digitale grondrechten' is nu geparkeerd, naast zes andere onderwerpen, bij de in juli 2009 geïnstalleerde Staatscommissie Grondwet, die in de loop van 2010 zal rapporteren.⁵ Het zal nog wel even duren voordat verouderd klinkende termen als drukpers (art. 7 Gw) en telegraafgeheim (art. 13 Gw) bij de tijd worden gebracht en een knoop wordt doorgehakt over een grondrecht op toegang tot overheidsinformatie. In het stroperige proces zouden we haast over het hoofd zien dat art. 5 Gw (het petitierecht) wel *en passant* is geactualiseerd, nu in dit artikel volgens de minister onder 'schriftelijk' ook elektronisch ingediende petitie's moeten worden verstaan.⁶

3. Privacy en dataprotectie

De veelgehoorde doodoener dat mensen tegenwoordig niet meer om privacy geven, klopt niet.⁷ Ook uit de vele ontwikkelingen die om aandacht van deze kroniek vragen blijkt de actualiteit van privacy. Slechts bij een enkele ontwikkeling werd aandacht besteed aan dimensies als ruimtelijke of relationele privacy, zoals bij de invoering van de 'slimme energiemeter'. Waar de Tweede Kamer unaniem nog had ingestemd met een wetsvoorstel ter implementatie van de Europese richtlijn energie-efficiëntie (2006/32/EG), liet de Eerste Kamer zijn tanden zien door het wetsvoorstel af te stemmen omdat de noodzaak niet was aangetoond om bij alle huishoudens verplicht, onder dreiging van zes maanden gevangenisstraf (!), een energiemeter te installeren die elk kwartier elektriciteitsverbruik doorgeeft aan de netbeheerder. Niet alleen de informationele privacy werd hier bedreigd, ook de relationele privacy omdat energieverbruik een indicatie geeft hoeveel personen ergens verblijven (treffend verwoord door Loesje: 'Mijn broertje gaat langer douchen in de hoop dat de controleurs denken dat hij een vriendinnetje heeft'). De minister zegde toe het verplichte karakter te schrappen.⁸ Lichamelijke privacy stond ter discussie bij de 'naaktscanner', die Schiphol breed wil invoeren nadat eind 2009 een bomterrorist door de beveiliging was geglipt. De privacybezwaren vallen mee nu tenminste de (naakt)beelden niet worden opgeslagen en slechts worden bekeken door bewakers als de scanner zelf iets ongewoons signaleert. Maar om nu ook gelijk een mobiele naaktscanner heimelijk te willen inzetten bij de opsporing... dat krijgt een terechte nominatie voor de Big Brother Award.⁹

Verder viert vooral de discussie over informationele privacy – dataprotectie – hoogtij. Prominent onderdeel van de kroniekperiode was de evaluatie van de Wbp. Beide rapporten zijn voorzichtig kritisch: het 'gelaagde en gecompartmenteerde systeem (...) is bijzonder complex geworden en tendert soms zelfs naar overregulering', terwijl 'veel rechten en plichten (...) niet optimaal worden uitgeoefend door een gebrek aan bekendheid' en 'de nadere invulling van materiële normen via zelfregulering maar beperkt gerealiseerd' is.¹⁰ Wat eufemistisch geformuleerd trekt men de 'algemene conclusie (...) dat de doelstellingen van de Wbp, het waarborgen van evenwicht tussen het privacybelang en andere grondrechten en het versterken van de positie van personen van wie gegevens worden verwerkt, nog niet ten volle worden gerealiseerd'.¹¹

Daarnaast is met bestuurlijke spanning (en beleidsuitstel) gewacht op het begin 2009 verschenen rapport van de commissie-Brouwer-Korff over het zoeken naar de balans tussen veiligheid en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De commissie heeft een nuchtere en nuttige boodschap: laten we niet krampachtig omgaan met de belangenafweging ('gewoon doen'), maar gewoon aan de slag gaan ('gewoon *doen*').¹² Of de zes vuistregels van de commissie voldoende houvast bieden om op de werkvloer concrete afwegingen te maken, zal moeten blijken. Tekenend is wel dat juist het belangrijkste principe 'select before you collect' door de overheid zelf nauwelijks serieus wordt genomen, zoals blijkt uit de gegevenshonger bij ANPR en dataretentie (zie par. 6 en 7). Ook het nieuwe Kaderbesluit over dataprotectie in strafzaken laat de nodige ruimte open voor gegevensverwerking door politie en justitie.¹³

Naar aanleiding van de evaluatie en het rapport-Brouwer-Korff overweegt het kabinet om toezichthouder CBP meer bevoegdheden te geven, zoals het opleggen van forse boetes, wat strookt met de koerswijziging van het CBP om meer in te zetten op handhaving in plaats van advies. Verder wordt ingezet op een mogelijke notificatieplicht voor 'datalekken'¹⁴ (die ook wordt besproken bij herziening van E-privacyrichtlijn 2002/58/EG), lastenverlichting door ruimere vrijstelling van de Wbp-meldplicht, en verhoging van transparantie en bewustwording.¹⁵

Op internationaal vlak worden we vooral gevoed door aanwijzingen hoe dataprotectieregelgeving moet worden toegepast op ICT. De Artikel 29-Groep bracht advies uit over het begrip persoonsgegevens; volgens de Werkgroep moeten IP-adressen altijd als persoonsgegevens worden behandeld, tenzij de internetaanbieder absoluut zeker weet dat het IP-adres bij een niet-identificeerbare persoon hoort.¹⁶ Zeer actueel zijn de richtlijnen voor dataprotectie bij online sociale netwerken, zoals Hyves; de Artikel 29-Groep wijst aanbieders van deze netwerken maar ook van applicaties binnen de netwerken aan als verantwoordelijken en adviseert hen, gezien de privacygevoeligheid van wat men zoal op deze pagina's blootgeeft, privacyvriendelijke standaardinstellingen te gebruiken.¹⁷ Dat is geen overbodige luxe, nu werkgevers steeds vaker sollicitanten googelen en phishers profielpagina's afstruinen op zoek naar gegevens om identiteitsdiefstal mee te plegen. Ook zoekmachines moeten zorgvuldiger omgaan met persoonsgegevens: na zes maanden moeten alle opgeslagen zoekopdrachten onomkeerbaar worden geanonimiseerd; Google, Microsoft en Yahoo zijn hierop in november 2009 dringend aangesproken door de Artikel 29-Groep.¹⁸

Het aanbieden van een sms-dienst waarbij je door het sms'en van naam en woonplaats iemands inkomen en vermogen ontvangt, is een verwerking van persoonsgegevens, maar dit kan onder de journalistieke exceptie vallen als het doel van de dienst publieke informatieverzorging is; aldus antwoordt het Hof van Justitie op prejudiciële vragen in de onuitspreekbare uitspraak Tietosuojavaltuuetu.¹⁹ Finland leverde ons nog een andere interessante zaak op: de positieve verplichtingen van het recht op privacy (art. 8 EVRM) nopen tot wetgeving om slachtoffers van ernstige privacyinbreuken te beschermen (zoals een twaalfjarig jongetje dat seksueel werd belaagd via een nepprofielpagina); dat betekent dat ISP's onder omstandigheden moe-

ten kunnen worden verplicht om persoonsgegevens van derden vrij te geven.²⁰ Of dat bij auteursrechtinbreuken ook zo is, is aan lidstaten om te bepalen: het mag maar hoeft niet van de Europese wetgeving. In Nederland bestaat die mogelijkheid via de belangenafweging van art. 8(f) Wbp, waarbij *Lycos/Pessers* leidend blijft voor de interpretatie.²¹

Al met al zien we een enorme dynamiek bij privacy en (vooral) dataprotectie. De informatiebehoefte/gegevenshonger (doorhalen wat niet van toepassing is) van overheden en bedrijven leidt tot wetten en praktijken die het privacy-grondrecht en de dataprotectiewetgeving nauwelijks kunnen bijbenen. Aan de behoefte tot rechtsbescherming wordt toch vaak wel (enigszins) tegemoet gekomen door het scherper wordende toezicht. Dat komt niet alleen van toezichthouders en de Eerste Kamer, maar steeds meer ook van onderop: Bits of Freedom krijgt sinds de heroprichting veel aandacht, evenals nieuwe organisaties als Vrijbit en Privacy First, terwijl ook 'ongewone verdachten' als de Consumentenbond en het NJCM (dat zijn lustrumcongres over dataprotectie hield) voor privacy op de bres springen. Privacy is nog lang niet dood.

4. Vrijheid van meningsuiting

Bij de uitingsvrijheid in relatie tot ICT gaat de discussie vooral over de grenzen van het internet. Het internet als anarchistische vrijplaats van begin jaren 90 ligt lang achter ons. Steeds meer wordt onderzocht of er op internetinhoud kan worden gecontroleerd en ingegrepen. De Raad van Europa kwam met richtlijnen voor filtering, die een balans zoeken tussen mogelijkheden om illegale of onwenselijke inhoud te filteren of blokkeren, bijvoorbeeld voor kinderen, en burgerlijke vrijheden.²² Of het blokkeren van kinderporno

Door de filtering aan private partijen over te laten, neemt de overheid geen verantwoordelijkheid

in Nederland voldoet aan de richtlijnen is twijfelachtig. Een WODC-rapport plaatste kritische kanttekeningen bij het proefproject waarbij op basis van een convenant de KLPD een zwarte lijst maakt van kinderpornopagina's die internet-aanbieders blokkeren wanneer hun gebruikers die pagina oproepen ('Stop!'). Het filteren op domeinnaam is grofmazig en was bovendien beperkt qua omvang (100 pagina's – de omvang van kinderporno op het internet is vermoedelijk veel groter). De procedure bevatte ook de nodige onvolkomenheden.²³ Inmiddels wordt een procedure ontwikkeld waarbij het Meldpunt Kinderporno een zwarte lijst opstelt die door de grote ISP's geblokkeerd gaan worden.²⁴ Door de filtering aan private partijen over te laten, neemt de overheid geen verantwoordelijkheid hiervoor; theoretisch hoeft dan misschien geen rechter te beslissen wat er wordt gefilterd, maar ons lijkt dat ook in publiek-private samenwerkingsverbanden de eisen van art. 10(2) EVRM serieus moeten worden genomen. Enige vorm van wettelijke regeling en rechterlijk toezicht lijkt ons op zijn plaats.

Een betere wettelijke regeling wordt ook voorbereid voor het verplicht weghalen door ISP's van onrechtmatige inhoud in Nederland; art. 54a Sr en art. 125o Sv geven onvoldoende grondslag voor een 'notice-and-takedown'-bevel door de officier van justitie.²⁵ Voor vrijwillig weg-

Noten

1. *Kamerstukken II* 2006/07, 27 460, nr. 5, www.minbzk.nl/onderwerpen/grondwet-en/grondwet-en-statuut/publicaties/@104842/onderzoeksrapport; R.E. Leenes e.a. (eds.), *Constitutional Rights and New Technologies. A Comparative Study*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2007; www.staatscommissiegrondwet.nl. Zie over art. 13: W.A.M. Steenbruggen, *Publieke dimensies van privé-communicatie* (diss. Amsterdam UvA), Otto Cramwinckel 2009.
2. Brief Minister BZK aan de Eerste Kamer van 29 oktober 2004, kenmerk 2004-000018513, www.minbzk.nl/onderwerpen/grondwet-en/grondwet-en-statuut/kamerstukken/@12755/brieven-aan-de.
3. J. Koffijberg e.a., *Niets te verbergen en toch bang*, Regioplan januari 2009.
4. Zie Kamerstuknummers 31 320 en 31 374; *Handelingen I* 2008/09, 28, 29 april 2009; B.J. Koops & C. Cuijpers 2009, 'Begluren en besturen door slimme energiemeters', *12 Privacy & Informatie* (1), p. 2-7.
5. *Kamerstukken II* 2009/10, 29 754, nr. 176; *Kamervragen* 2010, AH1465;

6. B.J. Koops & M. Prinsen, 'Glazen woning, transparant lichaam. Een toekomstblik op huisrecht en lichamelijke integriteit', *NJB* 2005 afl. 12, p. 624-630; *NRC Handelsblad* 7 januari 2010 ('Politie: mobiele scanners bouwen'); www.bigbrotherwards.nl/?page_id=311.
7. G.-J. Zwenne e.a., *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens. Literatuuronderzoek en knelpuntanalyse*, Leiden: eLaw@Leiden 2007, www.wodc.nl/images/1382a_vollledge_tekst_tcm44-61969, p. 13.
8. H.B. Winter e.a., *Wat niet weet wat niet deert. Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk*, Den Haag: WODC 2008, www.wodc.nl/onderzoeks-database/evaluatie-wet-bescherming-persoonsgegevens-wbp-2e-fase.aspx#, p. 10.
9. Commissie veiligheid en persoonlijke levenssfeer, *Gewoon doen, beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*, Den Haag 2008, www.minbzk.nl/116513/rapport-gewoon-doen.
10. Kaderbesluit 2008/977/JHA, *PbEG* 30 december 2008, L 350, p. 60-71.

11. L. Boer & T.K. Grimmius, *Melding maken? International quick scan meldplicht gegevensverlies*, Zoetermeer 2009; vgl. BoF's Zwartboek, www.bof.nl/ons-werk/priv-gegevens/zwartboek-datalekken/.
12. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 051, nr. 5.
13. Advies 4/2007, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_nl.pdf. Zie ook CBP, 'Richtsnoeren voor publicatie van persoonsgegevens op Internet', www.cbweb.nl/Pages/rs_publicatie_pers-geg_internet.aspx.
14. Advies 5/2009, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_nl.pdf; vgl. ook Advies 1/2010 over de begrippen 'verantwoordelijke' en 'bewerker'.
15. Zie www.cbweb.nl/Pages/med_20091105_zoekmachines.aspx; Advies 1/2008, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_nl.pdf.
16. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-73/07 (*Tietosuoja* *Valtuutus* / *Satakunnan Markkinapörssi Oy e.a.*).

17. EHRM 2 december 2008 (*K.U. vs. Finland*).
18. HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*); *Kamerstukken II* 2007/08, 29 838, nr. 7; HR 25 november 2005 (*Lycos/Pessers*), *LJN* AU4019.
19. Recommendation CM/Rec(2008)6 on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2008\)6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2008)6). Zie ook CoE/EuroISPA, *Human rights guidelines for Internet service providers* 2008.
20. W. Stol e.a., *Filteren van kinderporno op internet*, Den Haag: WODC 2008.
21. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 79.
22. *Kamerstukken II* 2008/09, 28 684, nr. 232; M.H.M. Schellekens e.a., *Wat niet weg is, is gezien. Een analyse van art. 54a Sr in het licht van een Notice-and-Take-Down-regime*, Tilburg: TILT/Cyrcis 2007; vgl. Hof Leeuwarden 20 april 2009, *LJN* B11645.

halen is inmiddels wel een zorgvuldige procedure operationeel met de *Gedragcode Notice-and-Take-Down*.²⁶ Deze kan bijvoorbeeld worden toegepast op jihadistische webpagina's, maar effectiever is vermoedelijk om op internet tegenspraak te creëren,²⁷ in lijn met de ratio van vrije meningsuiting.

Buiten Nederland woedden vooral discussies rond Deep Packet Inspection, waarbij de vraag is in hoeverre ISP's in langskomende internetpakketjes mogen of moeten kijken; deze techniek zou mogelijk een verkillend effect op de vrije meningsuiting of de garingsvrijheid kunnen hebben. Een andere beperking dreigt bij 'three strikes you're out'-regelingen, die stelselmatige auteursrechtinbreukmakers van internet afsluiten (zoals de HADOPI-wet in Frankrijk). De herziening van het Europese 'Telecoms Package' laat de mogelijkheid hiervoor open, mits 'de fundamentele rechten' in acht worden genomen.²⁸ Toegang tot internet behoort daar misschien zelf toe; de minister gaf aan de Staatscommissie de vraag mee: 'Is vrije toegang tot internet een fundamenteel mensenrecht?'²⁹

5. Kansspelen

De strijd om het gokken op internet is nog niet uitgestreden. Terwijl het Hof van Justitie zich buigt over pre-judiciële vragen in de rechtbanksaga *Lotto/Ladbrokes* en de regering met de Europese Commissie uitvecht of het Nederlandse kansspelbeleid wel aan de Europese regels voldoet,³⁰ handhaaft de overheid het kansspelbeleid. Volgens de regering is dit in lijn met de *Santa Casa*-uitspraak van het Hof van Justitie.³¹ Dat wil zeggen dat om fraude en gokverslaving tegen te gaan een strikt vergunningstelsel voor kansspelaanbieders wordt gehanteerd, waarbij de Wet op de kansspelen geen vergunning toestaat voor het aanbieden van kansspelen op internet. Een wetsvoorstel dat een tijdelijke vergunning zou toestaan voor één online aanbieder, Holland Casino, werd verworpen door de Eerste Kamer vanwege onder andere de monopoliepositie en gevreesde ondoelmatigheid.³² Wel werd alvast de Wet op de kansspelbelasting aangepast in verband met kansspelen via internet.³³

Aanbieders die toch online kansspelen op Nederland richten, worden door het Ministerie van Justitie waarschuwend aangeschreven; een deel van hen heeft vervolgens de weblocatie onbereikbaar gemaakt voor Nederlanders (althans Nederlandse IP-adressen). Persisterende overtreders zet het ministerie op een zwarte lijst; financiële dienstverleners is het verboden aan deze aanbieders een rekening te verstrekken.³⁴ Ondertussen wordt onderzocht onder welke voorwaarden kansspelen via internet kunnen worden gereguleerd, met inachtneming van het kansspelbeleid en de Europese regelgeving; daartoe is een Adviescommissie kansspelen via internet ingesteld die binnenkort advies moet uitbrengen.³⁵

6. Computercriminaliteit

Strafbaarstellingen van computercriminaliteit worden ook na inwerkingtreding van de Wet computercriminaliteit II (1 september 2006) doorlopend geactualiseerd, verrijkt en uitgebreid. Op 1 juli 2009 is phishing (het online hengelen naar financiële gegevens) eindelijk strafbaar gesteld door aanpassing van art. 326 Sr (oplichting); minder urgent maar wel nuttig is dat ook afdreiging van

De rechtspraak over opzettelijk bezit heeft inmiddels duidelijke contouren aangenomen

pincodes en wachtwoorden nu strafbaar is (art. 318 Sr). Of terroristische virusverspreiders zich laten afschrikken door strafverhoging (art. 354a Sr) zal de toekomst moeten leren.³⁶ Heling van illegaal verkregen gegevens is echter nog niet strafbaar; een wetsvoorstel is in voorbereiding dit in art. 416 Sr te regelen.³⁷ Voor identiteitsfraude of -diefstal is nog niet besloten tot aparte strafbaarstelling; het valt veelal onder bestaande strafbepalingen, maar voor de zichtbaarheid van deze naar verluidt snel groeiende vorm van criminaliteit zou specifieke strafbaarstelling kunnen helpen. Vooralsnog gaat nog veel papier gemoeid met discussie over definities, terwijl het Centraal Meldpunt Identiteitsfraude in de luwte van het beleid meldingen registreert – een van de onderdelen van het Programma Versterking Identiteitsketen Publieke Sector – en de Nederlandse Ombudsman de noodklok luidt over slachtoffers van criminele identiteitsdiefstal.³⁸

Ter voorkoming en bestrijding van seksueel kindermisbruik heeft Nederland razendsnel het Verdrag van Lanzarote geïmplementeerd. Sinds 1 januari 2010 is grooming strafbaar: het via ICT een ontmoeting voorstellen met een kind met ontuchtig of kinderpornografisch oogmerk, mits een verwezenlijkingshandeling (zoals een vlucht boeken of plattegrond kopen) is ondernomen (art. 248e Sr). Eveneens is in art. 240b Sr het opzettelijk toegang verschaffen tot kinderporno strafbaar gesteld, mede omdat via betaalsites rechtstreeks gekeken kan worden naar kinderporno zonder dat deze wordt opgeslagen.³⁹ Meestal zijn er overigens wel sporen op de harde schijf, waarbij de rechtspraak over opzettelijk bezit inmiddels duidelijke contouren heeft aangenomen; bewijsproblemen rond de leeftijd zijn door de Hoge Raad opgelost door alleen de *kennelijke* leeftijd te hanteren – er is geen ruimte voor tegenbewijs dat iemand echt meerderjarig is.⁴⁰

De rechtspraak deed verder van zich spreken met toepassing van strafbepalingen op de virtuele wereld. Volgens Rechtbank 's-Hertogenbosch valt onder strafbare virtuele kinderporno ook een cartoonfilm, omdat die realistisch is voor een gemiddeld kind.⁴¹ Minstens zo opmerkelijk is dat de doctrine dat gegevens geen strafrechtelijk 'goed' zijn (*NJ* 1997, 574) wankelt: ook virtuele objecten, zoals een amulet en masker in het spel Runescape of meubeltjes in het kinderplatform Habbo Hotel kunnen volgens Leeuwardense en Amsterdamse rechters worden gestolen. Daar valt wat voor te zeggen, omdat deze objecten – anders dan klassieke computergegevens – uniciteit hebben; ze vertegenwoordigen ook enige waarde, hoewel die in casu alleen binnen de virtuele omgeving te benutten viel. De literatuur is vooralsnog verdeeld over deze herwaardering van 'gegevens als goed'.⁴²

Op strafvorderlijk gebied springt vooral de dataretentieverplichting in het oog: telecom- en internetaanbie-

ders moeten sinds september 2009 verkeersgegevens voor één respectievelijk een half jaar bewaren – de aanvankelijk voorgestelde bewaartermijn van achttien maanden werd eerst door de Tweede Kamer en vervolgens door de Eerste Kamer verlaagd.⁴³ Niettemin blijft het een zware ingreep om los van enig strafbaar feit alle gegevens voor de toekomst beschikbaar te willen hebben. Het past wel bij de centrale rol die onderzoek van telecommunicatie speelt in de strafvordering: er wordt heel veel getapt in Nederland, zo weten we nu ook officieel, met 26 425 tapbevelen in 2008. Met die taps worden nog steeds soms geheimhoudergesprekken vastgelegd en bewaard in strijd met de wet, maar dat gaat veranderen nu justitie en advocatuur gezamenlijk besloten hebben een nummerherkenningsstelsel voor advocatenkantoren in te voeren.⁴⁴

Op beleids- en institutioneel vlak valt tot slot nog melding te maken van talloze initiatieven, met klinkende namen als het Programma Aanpak Cybercrime, het Versterkingsprogramma bestrijding cybercrime, proeftuinen en informatieknooppunten. Het is echter afwachten hoe duurzaam die blijken; tekenend is dat het in 2006 opgerichte NICC (programma Nationale Infrastructuur Cybercrime) alweer in januari 2010 afgelopen is.⁴⁵

7. Identificatie en identiteitsmanagement

In de publieke sector blijven initiatieven in de sfeer van identificatie en identiteitsmanagement over elkaar heen buitelen, waarvan we alleen de meest saillante kunnen noemen. Om potentiële terroristen te identificeren worden passagiersgegevens (PNR) uitgewisseld en geregistreerd. In 2006 had het Hof van Justitie de eerste PNR-overeenkomst tussen EU en VS afgewezen als berustend op de verkeerde EU-pijler, maar dit bleek een pyrrusoverwinning voor privacyvoorvechters toen de VS bij de nieuwe PNR-overeenkomst nog meer toegang tot gegevens afdwong. De EU overweegt overigens zelf ook een verplichting om (nog) meer passagiersgegevens tussen lidstaten uit te wisselen voor criminaliteitsbestrijding.⁴⁶ Binnenslands wordt trans-

Het langdurig vastzitten aan telecomcontracten is aangepakt

port ook in de gaten gehouden door automatische kentekenherkenning (ANPR) voor allerlei doeleinden. Direct nadat het CBP generieke opslag van alle langskomende kentekens (om eventuele toekomstige misdrijven te kunnen oplossen) onrechtmatig had genoemd, kondigde Big Brother-laureaat minister Ter Horst een wetswijziging aan zodat alle kentekens tien dagen kunnen worden opgeslagen.⁴⁷ Ook niet onomstreden bleek, hoewel pas nadat de wet probleemloos was aangenomen, het initiatief om biometrische kenmerken die door EU-verplichtingen in het paspoort moeten staan, in een centrale databank op te slaan; nieuwe privacyorganisaties (zie par. 3) vechten de centrale opslag aan tot in Straatsburg.⁴⁸ Tot slot moeten we nog wijzen op de ontwikkeling van digitale hulpmiddelen om mensen beter te kunnen identificeren en volgen, zoals het Elektronisch Patiëntendossier (EPD), het Elektronisch Kinddossier (EKD) en de Verwijsindex risico's jeugdigen. Critici vragen zich af of ICT wel een oplossing kan bieden voor problemen die eerder samenhangen met falende samenwerking tussen instanties, en vrezen dat grootschalige opslag nieuwe risico's veroorzaakt: 'Het Elektronisch Mens Dossier wordt de hoeksteen van een Nederlandse nachtmerriestaat'.⁴⁹

8. Telecommunicatie⁵⁰

Telecommunicatie biedt leuke dingen voor de mensen, maar misbruik van telecommunicatievoorzieningen blijft aantrekkelijk. Met onder meer het nieuwe 'Bel-me-niet-register' en uitbreiding van het spamverbod tot ook zakelijke communicatie (beide effectief per 1 oktober 2009)

Noten

26. www.samentagencybercrime.nl/NTD/?p=content.

27. Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 29 754, nr. 178, p. 6.

28. *Kamerstukken II 2009/10*, 29 838, nr. 24.

29. www.justitie.nl/actueel/toespraken/archief-2009/90709installatie-van-de-staatscommissie-grondwet.aspx.

30. HR 13 juni 2008, *LJN BC8970*; Hvj EG nr. C-24/07 (*Santa Casa*); *Kamerstukken II 2006/07*, 24 557, nr. 77. Zie voorts RvS 14 mei 2008 (*Betfair/MvJ*), *LJN BD1483*, en A.D. Littler, *Member States versus the European Union: The Regulation of Gambling* (diss. Tilburg) 2009.

31. *Kamerstukken II 2009/10*, 24 557, nr. 102.

32. Wetsvoorstel 30 362; *Handelingen I* 1 april 2008, 25-1040.

33. *Stb.* 2008, 385.

34. Zie Zesde voortgangsrapportage kansspelen, 27 januari 2009, p. 10-11.

35. *Kamerstukken II 2009/10*, 24 557, nr. 102.

36. *Stb.* 2009, 245.

37. *Kamerstukken II 2008/09*, 28 684, nr. 232.

38. U. de Vries e.a., *Identiteitsfraude: een afbakening*, WODC 2007; www.bprbzk.nl/identiteitsfraude/; *Kamerstukken II*

2009/10, 28 684, nr. 253; No, rapporten 2009/182 en 2009/199, www.ombudsman.nl/rapporten/grote_onderzoeken/.

39. *Trb.* 2008, 58; *Stb.* 2009, 543 en 544.

40. HR 18 november 2008, *LJN BF0170*; E. Thoonen, 'Bezit van digitale kinderpornografie', *NJB* 2009, 1652, afl. 33, p. 2117-2122; L. Stevens & B.J. Koops, 'Opzet op de harde schijf', *DD* 2009, p. 669-696.

41. *LJN BC3225*.

42. *LJN BK27764*; *LJN BH9789*; J.

Hoekman & C. Dirkzwager, 'Virtuele diefstal: hoe gegevens toch weer goederen werden', *Computerrecht* 2009, p. 158-161; Y. Moszkowicz, 'Een kritische noot bij de 'RuneScape'- en 'Habbohotel'-uitspraken: een illusie is geen goed', *Strafblad* 2009, p. 495-503. F. Rijna, 'Wat is een virtueel object en kun je het stelen?', *NJB* 2010, 647, afl. 13, p. 790 e.v.

43. *Stb.* 2009, 333.

44. *Kamerstukken II 2008/09*, 30 517, nr. 13 respectievelijk 8.

45. www.samentagencybercrime.nl/.

46. Hvj EG, nr. C-317/04 en C-318/04; Raadsbesluit 2007/551/CFSP/JHA, *PbEG* 2007, L 204/16; Proposal for a Council Framework Decision on the use of Passenger Name Record (PNR) for law enforcement purposes, 5618/1/09, 17 april 2009; zie hierover V. Papakonstantinou & P. De Hert, 'The PNR Agreement and Transatlantic Anti-

Terrorism Co-Operation', *CMLR* 2009, p. 885-919 en M. Nino, 'New perspectives of PNR European Union instruments in the light of the Treaty of Lisbon', *Utrecht L.Rev.* 2010, p. 62ff.

47. *Kamerstukken II 2009/10*, 31 051, nr. 6.

48. *Stb.* 2009, 252; *Stcrt.* 2009, 13960; www.vrijbit.nl/dossier/registratie/dossier-vingerafdrukken.html.

49. M. Chavannes, 'Dreigende privacy-ramp is gevolg van blind politiek dossierdenken', *NRC Handelsblad* 28 november 2008. Zie voor een overzicht van publiek identiteitsmanagement: S. van der Hof, R.E. Leenes & S. Fennell, *Framing Citizen's identities, The construction of personal identities in new modes of government in the Netherlands*, Tilburg: TILT 2009.

50. Met dank aan Saskia Jurna (advocaat Van Doorne) en Louis Jonker (advocaat Van Doorne).

wordt geprobeerd daar – wederom – een dam tegen op te werpen. Ook het effectief reguleren van (aanbieders van) sms-diensten en betaalnummers blijft een uitdaging, te meer nu is gebleken dat telecomaانبieders niet steeds alle problemen wensen op te knappen.⁵¹ In februari 2010 ging de ministerraad akkoord met een wettelijke maatregel om misleiding met sms-diensten aan te pakken. Per 1 maart 2010 is een nieuwe versie van de sms-gedragscode van kracht. Voor betaalnummers is voorts een strengere controle ingevoerd, moet verplicht het maximumtarief worden vermeld en heeft de OPTA nieuwe bevoegdheden gekregen.⁵²

Het langdurig vastzitten aan telecomcontracten is daarnaast aangepakt. Op grond van het nieuwe art. 7.2a TCOMW kunnen consumenten voor onbepaalde tijd aangegane abonnementen voor een elektronische communicatie- of programmadienst, te allen tijde binnen één maand kosteloos opzeggen. Dit geldt ook voor stilzwijgend verlengde abonnementen voor bepaalde tijd.⁵³

Opmerkelijk was verder de beslissing van de Rechtbank Leeuwarden om de toekomstige plaatsing van een UMTS-mast een reden te achten voor verlaging van de WOZ-waarde.⁵⁴ Nu het nieuwe ‘antenneregister’⁵⁵ de burger ook meer inzicht moet geven in de aanwezigheid van antennes in zijn leefomgeving, wordt de inrichting van een moderne samenleving voor de gemeentes nog een kostbare zaak.

OPTA liet flink van zich horen in de kroniekperiode. Van december 2008 tot maart 2009 publiceerde OPTA elf marktanalysebesluiten betreffende vaste telefonie, vaste gespreksafgifte, gespreksdoorgifte, ontbundelde toegang op *wholesale*-niveau, *wholesale*-breedbandtoegang, huurlijnen, radiotransmissie en omroep. Enkele opvallende punten zijn minder markten, ruimere marktafbakening, en minder dominantie in een toenemend aantal markten.⁵⁶ Ook werden de nodige boetes opgelegd, onder meer wegens schending van het spywareverbod en onduidelijke tariefvermelding. KPN kreeg een dure veeg uit de pan wegens het verlenen van extra kortingen aan zakelijke klanten.⁵⁷ Overigens haalde OPTA niet altijd haar gelijk. Zo oordeelde de Rotterdamse rechtbank dat het door SURFnet in stand gehouden landelijke netwerk voor wetenschappers niet als een *openbare* elektronische communicatiedienst kwalificeert.⁵⁸

Op Europees niveau is er weer een nieuwe toezichthouder in het leven geroepen. Per 28 januari 2010 is de Europese telecomtoezichthouder BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) actief.⁵⁹ Hierin komen de regelgevende instanties van de 27 EU-landen bijeen. Tot slot is ook de Europese regelgeving herzien. Zo is op 25 november 2009, als onderdeel van bredere Europese hervorming, Richtlijn 2009/136/EG aangenomen ter vernieuwing van de Universele Dienstenrichtlijn (2002/22/EG) en de E-privacyrichtlijn (2002/58/EG).

9. Elektronische communicatie

Dat steeds meer elektronisch kan én juridisch van waarde blijft, blijkt ook uit de inwerkingtreding per 1 juli 2009 van de Wet elektronische bekendmaking; de papieren versies van de *Staatscourant*, het *Staatsblad* en het *Traktatenblad* zijn inmiddels verleden tijd. Tevens zal een nieuwe Europese richtlijn⁶⁰ elektronisch stemmen door aandeelhouders mogelijk maken.

In de *PirateBay*-zaak dagvaardde Stichting BREIN de drie oprichters via Twitter en Facebook

Dat Twitter dé communicatiehype van dit moment is, is bekend. Maar gebruik daarvan als middel om een persoon zonder bekende verblijfplaats te dagvaarden? In de *PirateBay*-zaak⁶¹ dagvaardde Stichting BREIN de drie oprichters onder meer via Twitter en Facebook. De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelde dat tegen de achtergrond van het spoedeisende karakter van de vorderingen al met al voldoende was gewaarborgd dat de *PirateBay*-oprichters tijdig op de hoogte waren van de procedure en kennis hadden kunnen nemen van de inhoud van de dagvaarding.

Met invoering van de Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer per 1 september 2008 werd de weg naar een elektronische rol (verder) geëffend. De komende jaren zullen steeds meer elementen van het civiele proces(recht) elektronisch worden ondersteund. Elektronisch betekenen bij derdenbeslag is voor deurwaarders reeds mogelijk gemaakt.⁶²

Voorts heeft de Staatssecretaris van Financiën, vooruitlopend op een Europese richtlijn, op 12 februari 2009 de toepassing van de regels voor het waarborgen van de authenticiteit, herkomst en integriteit van de inhoud van elektronische facturen sterk vereenvoudigd.⁶³ Ondanks de mogelijke kostenbesparingen verliep in Nederland de uitrol van het elektronisch factureren moeizaam, door de vrij hoge technische eisen.

In het bestuursrecht is het gebruik van de elektronische handtekening ook in opmars (zie art. 2:16 Awb voor de voorwaarden, naar analogie van art. 3:15a BW e.v.). De bestuursrechter blijkt welwillend te staan tegenover bijvoorbeeld klagers die per e-mail bezwaar maakten of via een webformulier een subsidieaanvraag indienden (in tegenstelling tot de door het bestuursorgaan gewenste papieren vorm). Het Wetvoorstel elektronisch verkeer met de bestuursrechter moet deze ontwikkelingen een verdere impuls geven.⁶⁴

10. IT-Projecten

De problematiek van falende IT-projecten hield ook in deze kroniekperiode de gemoederen bezig, niet alleen bij het bedrijfsleven maar ook bij de overheid. De Algemene Rekenkamer publiceerde opnieuw naar aanleiding van een uitgebreid onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid.⁶⁵ Onder meer bleek het financieel beheer onvoldoende controlebaar en is een eenduidige definitie van ICT-kosten noodzakelijk. Op grond van de adviezen van de Rekenkamer werd inmiddels ook, naar analogie van de Amerikaanse Clinger-Cohen Act, een Chief Information Officer voor de Nederlandse overheid aangesteld (de ‘RijksCIO’).⁶⁶ Zoals zo vaak is er helaas ook voor de ICT-problematiek niet één oplossing. Naast het aanstellen van een RijksCIO is er onder andere ook een specifieke rapportageverplichting voor grote ICT-projecten aan de departementen opgelegd.

Van de betrokken ICT-salesmanager wordt daarmee wellicht meer juridisch inzicht verlangd dan in de praktijk haalbaar zal blijken

In december 2008 werden de nieuwe ICT-Office-voorwaarden⁶⁷ geïntroduceerd als opvolger van de bekende Fenit-voorwaarden uit 2003. De ICT-Office-voorwaarden zijn modulair opgebouwd; per transactie moet worden aangegeven welke onderdelen van toepassing zijn. Van de betrokken ICT-salesmanager wordt daarmee wellicht meer juridisch inzicht verlangd dan in de praktijk haalbaar zal blijken. Juridisch-technisch bezien maken de nieuwe voorwaarden een goede indruk, maar zij zijn wel zodanig vanuit leveranciersperspectief geschreven dat stevige discussies met (grote) afnemers niet zullen uitblijven. Met enige spanning wordt ook gewacht op de nieuwe Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT). De inhoud is nog niet definitief vastgesteld, maar op grond van hetgeen nu al bekend is, mag worden verwacht dat leveranciers niet onmiddellijk zullen gaan juichen.

Al met al lijkt de kloof tussen ICT-leveranciers en (overheids)gebruikers niet veel kleiner te worden. Op een aantal punten (die teruggaan naar de verdeling van taken, rollen en verantwoordelijkheden) is sprake van een fundamenteel verschil van inzicht, dat zich uit in wezenlijk andere keuzes bij het opstellen van de (eigen) ICT-voorwaarden. Bij de uitvoering van veel ICT-projecten ontstaan juist op die punten geschillen. Gezien de grote (en in toe-

nemende mate ook maatschappelijke) belangen die op het spel staan, lijkt het de hoogste tijd om partijen aan tafel te zetten en te bezien of er niet meer uniformiteit in de voorwaarden kan worden bereikt (hetgeen bijvoorbeeld in Denemarken al in zekere mate is gelukt).

Een belangrijk onderwerp waarover de Nederlandse overheid en de ICT-industrie met elkaar overhoop liggen, is de vraag of de overheid 'open source'-software zonder meer mag aanschaffen, of dat ook de aanschaf van deze – gratis – software Europees moet worden aanbesteed. De ICT-industrie, aangevoerd door brancheorganisatie ICT-Office, meent dat bij de aanschaf van open source software de leveranciers van *proprietary* software worden benadeeld en er derhalve wel degelijk zou moeten worden aanbesteed. Rond de aanschaf van een contentmanagementsysteem voor het departement van Algemene Zaken zijn de spanningen hoog opgelopen.⁶⁸

11. Elektronische handel

Elektronische handel heeft een enorme vlucht genomen; bijna alles wordt inmiddels (tweedehands) elektronisch verkocht. Meer e-handel betekent ook meer jurisprudentie. Zo heeft het Hof van Justitie⁶⁹ bepaald dat in beginsel geen vergoeding mag worden gevraagd voor het door een consument gebruiken van een online besteld product alvorens het product rechtsgeldig wordt geretourneerd. Verder is duidelijk geworden dat een webwinkel op diverse manieren bereikbaar moet zijn voor de e-consument.⁷⁰

Een van de belangrijkste regelgevende pijlers, de Europese richtlijn inzake elektronische handel,⁷¹ is echter gebaseerd op (deels) verouderde technologie- en bedrijfsmodellen. Dit betreft onder meer de positie van aanbieders van zoekmachines – de regelgeving is nog 'pre-Google'. Aan herziening heeft de Europese Commissie zich echter al langere tijd de vingers niet willen branden. Naar verwachting zal dat met 'onze' Eurocommissaris Neelie

Noten

51. Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2010, *LJN* BL1615 (*Consumentenbond/T-Mobile en Vodafone*).

52. www.opta.nl/nl/wat-doet-opta/toezichtsgebieden/betaalde-informatie-nummers.

53. AA Katern 2009, 112, p. 6297-6298, N.A.N.M. van Eijk, *Telecommunicatierecht*.

54. Rb. Leeuwarden 8 mei 2008, *LJN* BD5752.

55. Art. 3.14 TCOMW.

56. Zie voor een uitgebreide beschouwing van een aantal van deze marktanalysebesluiten A. Meijer, 'OPTA's herziene marktanalysebesluiten', *Mediaforum* 2009-6.

57. www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2736.

58. Rb. Rotterdam 27 maart 2009, *LJN* BH9324.

59. Zie persbericht IP/10/62.

60. Richtlijn 2007/36/EG betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van

aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, *PbEG* 2007, L 184/17.

61. Rb. Amsterdam (vzr.) 30 juli 2009, *LJN* BJ4298.

62. Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2009, 435.

63. Richtlijn 2009/69/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde wat betreft belastingfraude bij invoer, *PbEG* 2009, L 175/12. Zie R.E. van Esch, 'Nieuw besluit van de staatssecretaris van financiën omtrent administratieve en factureringsverplichtingen, Elektronisch factureren: vrijheid, blijheid', *Computerrecht* 2009, 143, 3.

64. M. Groothuis & S. van der Hof, 'De elektronische handtekening in het bestuursrecht: ontwikkelingen in Nederland en Europa', *Computerrecht* 2009, 5, p. 193-198; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 867, nr. 1-3.

65. K. Fleischmann en M. Hijink, 'Case: IT-mislukkingen', *NRC Focus QN* 2009

nr. 1, p. 71-78, bevat een overzicht van 'de grootste IT-blunders' met schrijnende voorbeelden, ook uit de marktsector.

Algemene Rekenkamer, *Lessen uit ICT-projecten bij de overheid*, deel A en deel B, *Kamerstukken II* 2007/08, 26 643, nr. 100, 127 en 130.

66. Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 12 december 2008, *Kamerstukken II* 2008/09, 26 643, nr. 135.

67. Zie ook P.G. van der Putt & H.J. Koenraad, 'ICT-Office voorwaarden 2009', *Computerrecht* 2009, 79, en W.M. Pemmelaar, 'Verslag NVvIR Flits VIII: de nieuwe ICT-Office Voorwaarden; veelzijdig of eenzijdig?', *Computerrecht* 2009, 4, p. 184.

68. 'ICT-Office opent aanval op Algemene Zaken', www.computable.nl (bericht van 14 juli 2009). Zie ook N. Paapst, 'Aanbesteden van Hippo: ook lucht is gratis', www.noiv.nl (bericht van 9 oktober 2009).

69. HvJ EG 3 september 2009, nr. C-489-07 (*Messner/Kruger*). Zie o.a. M.B.M. Loos, 'De gebruiksvergoeding bij de ontbonden koop op afstand: het onderscheid tussen "gebruiken" en "uitproberen"', *NtEr* 2010-1, p. 27-31. Vgl. ook V. Mak, "'Kosteloze" vervanging bij non-conformiteit: is de consument een vergoeding verschuldigd voor het genoten gebruik van een gebrekkige zaak?', *NtEr* 2009-1, p. 34-40.

70. HvJ EG 16 oktober 2008 (*Bundesverband der Verbraucherzentrale und Verbraucher Verbende-Verbraucherzentrale Bundesverband Ev/Deutsche Internetversicherung AG*). Zie nader R.E. van Esch, 'Webwinkels en contactgegevens', *Computerrecht* 2009, 1, p. 32.

71. Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, *PbEG* 2000, L 178/1.

Kroes op haar nieuwe post nu wel worden opgepakt. Een van de gevoeligste onderwerpen daarbij blijft de positie van internetaanbieders (ISP's) (zie ook par. 3 en 4).

Voor de bescherming van (onder meer) de e-consument is het voorstel voor een nieuwe Europese richtlijn consumentenrechten van groot belang.⁷² Deze richtlijn moet de huidige richtlijnen inzake consumentenkoop, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, colportage en verkoop op afstand, vervangen. Het voorstel gaat uit van volledige harmonisatie: één en hetzelfde niveau van consumentenbescherming in de hele Unie (waarbij de Lidstaten geen hoger niveau mogen afdwingen). Dit heeft geleid tot een hevige discussie over het gewenste beschermingsniveau: aansluiting zoeken bij een hoger niveau van consumentenbescherming (zoals *grosso modo* van toepassing in West- en Noord-Europa) of afdalen naar het niveau van het (Zuid-)Europese putje? De Europese Commissie lijkt vooral voor de laatste benadering te hebben gekozen.⁷³ De SER-Commissie voor Consumenten-aangelegenheden (CCA) is op hoofdlijnen positief over de nieuwe richtlijn, zij het dat ook zij een hoger beschermingsniveau wenst. Ook wijst zij op het risico van extra administratieve lasten voor het bedrijfsleven.⁷⁴

Ook zelfregulering blijft een belangrijke rol spelen op het terrein van e-handel. Per 1 januari 2009 heeft Thuiswinkel.org nieuwe algemene voorwaarden voor de bij haar aangesloten webwinkels.⁷⁵ De voorwaarden zijn in nauw overleg met onder meer de Consumentenbond vastgesteld en bevatten een (belangrijke) verbetering van de positie van de consument die online bestelt bij webwinkels aangesloten bij Thuiswinkel.org. Zo is de wettelijke bedenktijd van 7 werkdagen (art. 7:46d lid 1 BW) in de voorwaarden verruimd tot tenminste 14 (kalender)dagen. Ook op het terrein van aanbatalingen en informatie over bedenktijd en prijs bevatten de voorwaarden belangrijke verbeteringen. Een mooi – digitaal – polderinitiatief.

Om elektronische handel verder te stimuleren, is op 16 februari 2010 een wetsvoorstel aangenomen waarmee wordt getracht het aantal (schriftelijke) vormvoorschriften verder terug te dringen; de elektronische verzekeringspolis en de elektronische onderhandse akte zullen tot de mogelijkheden gaan behoren. Ook worden de mogelijkheden voor elektronisch contracteren en het elektronisch ter beschikking stellen van algemene voorwaarden verder verruimd.⁷⁶

12. Intellectueel eigendomsrecht⁷⁷

Op het gebied van het auteursrecht zijn de afgelopen jaren belangrijke arresten geweest omtrent het begrip 'werk': het *Endstra*-arrest van de Hoge Raad en het *Infopaq*-arrest van het Europese Hof van Justitie. Op het gebied van kabelopenbaarmaking zijn in het *Chellomedia*-arrest nadere regels gesteld.⁷⁸

In 2009 gaf Buma/Stemra aan een vergoeding te willen vragen voor het 'embedden' van onder andere YouTube-filmpjes; het 'inbedden' van zulk materiaal op een webpagina is immers een nieuwe openbaarmaking, aldus Buma/Stemra. Bloggers en Hyves-gebruikers zouden dan voor enkele honderden euro's aangeslagen kunnen worden voor het plaatsen van clips op hun webpagina's. Na forse kritiek is de 'YouTube-taks' uiteindelijk opgeschort tot 2011, althans voor particulieren.⁷⁹

Bijzondere aandacht verdient de politieke discussie over het 'illegaal' downloaden, met name naar aanleiding van een rapport van Tweede Kamer-commissie Gerkens.⁸⁰ In het rapport wordt gepleit voor strafbaarstelling van downloaden door Nederlandse consumenten uit kennelijk illegale bron. In de kabinetsreactie wordt deze aanbeveling grotendeels overgenomen. Zou het algemene downloadverbod er dan toch echt komen?

Bij een kennelijk illegale bron wordt snel gedacht aan torrentsites als PirateBay en Mininova. Niet geheel toevalig, want beide waren in deze kroniekperiode onderwerp van spraakmakende rechtszaken.⁸¹ Zo oordeelde de rechter dat Mininova gegronde twijfel moet hebben van torrents die op haar platform worden geplaatst, wel verwijzen naar 'rechtmatige informatie'. Hoewel Mininova niet rechtstreeks inbreuk maakt op het auteursrecht van derden, moedigt zij haar gebruikers wel aan om auteursrechtelijk beschermd materiaal toegankelijk te maken. Hierdoor handelt zij toch onrechtmatig, aldus de rechter. In de *PirateBay*-zaak kwam de rechter tot een vergelijkbaar oordeel.

Aandacht verdient voorts de *Portakabin/Primakabin*-zaak, waarin de vraag voorligt of gebruik van een anders merk als *adword* merkinbreuk oplevert.⁸² Het wachten is op de antwoorden van het Hof van Justitie op de door de Hoge Raad aan haar gestelde vragen van uitleg. Ook de *Wegener/Innoweb*-zaak⁸³ is nog vermeldenswaard: de Haagse rechtbank verbood Innoweb om met haar autozoeksites (*Gaspedaal.nl*) nog langer in de Autotrack.nl-databank van Wegener te zoeken. Door het cumulatief effect van de mogelijk vele zoekopdrachten via *Gaspedaal.nl* kon een substantieel deel van de Autotrack.nl-databank worden opgevraagd, aldus de rechter.

13. Domeinnaamrecht⁸⁴

Met de toenemende digitalisering is het belang van domeinnamen sterk toegenomen. Het arsenaal aan domeinnamen werd in deze kroniekperiode uitgebreid met zuiver numerieke domeinnamen. Ook is begonnen met het uitfaseren van persoonsdomeinnamen (een persoonsnaam gevolgd door een punt en 3 cijfers). Deze uitbreiding leverde echter ook een interessant geschil op: een samenloop van een persoonsdomeinnaam en een numerieke domeinnaam in de vorm van 'www.112.nl'.⁸⁵

De meeste discussie ging de afgelopen jaren over de vraag wanneer een domeinnaam gebruikt wordt als handelsnaam. Het Hof Amsterdam gaf begin 2008 een klinkende nieuwe richtlijn: de domeinnaam 'tendeert' naar een handelsnaam, als de website die eronder huist een bedrijfsmatig karakter heeft. Uiteraard moet nog wel met alle omstandigheden van het geval rekening worden gehouden.⁸⁶

Toch was de rechtspraak verdeeld over gebruik van een domeinnaam enkel om door te linken naar een andere domeinnaam. In Zwolle en Amsterdam werd dit niet als handelsnaamgebruik aangemerkt, in Middelburg en Arnhem wel.⁸⁷

De *Club(s)wear*-zaak is een – incidenteel – voorbeeld van een domeinnaamgeschil dat niet op grond van merk- of handelsnaaminbreuk is beslecht. De voorzieningenrechter oordeelde het gebruik van de domeinnaam *Clubswear.nl* onrechtmatig vanwege het verwarringsgevaar met de eerder geregistreerde domeinnaam *Clubwear.nl*. Is hiermee een zelfstandig domeinnaamrecht geboren? In de rechtspraak is

de *Club(s)wear*-redenering tot dusver in ieder geval niet overgenomen. Recent sprak de Haarlemse voorzieningenrechter zich ook nog anders uit.⁸⁸

Wat betreft handhaving wijzen we op de SIDN-geschillenregeling, die op 28 februari 2008 in werking trad als opvolger van de arbitrageprocedure. De regeling, gewijzigd op 12 januari 2010, is van toepassing op alle .nl-domeinnaamregistraties, ook die van voor de invoering van de geschillenregeling. De positie van de eiser werd flink versterkt (verbreding grondslagen, een meer voordelige versterking, een lagere kwadretouwdrempel).⁸⁹ Daarnaast biedt de SIDN sinds 1 oktober 2009 telefonische bemiddeling aan.

Voor de rechtspraak is van belang dat het publieke deel van SIDN's 'Whois-register' vanaf begin 2010 alleen nog de naam van de houder en het e-mailadres van de administratieve contactpersoon toont. Slechts na individueel verzoek van een (in Nederland gevestigde) advocaat of gerechtsdeurwaarder zal de SIDN het adres van een houder bekend maken. Voor opsporings- en handhavingsautoriteiten geldt onder voorwaarden een geautomatiseerde toegang.

14. Conclusie

Zoals ICT zich doorlopend verder ontwikkelt en vernieuwt, zo blijft ook het ICT-recht zich continu ontwikkelen. Het gaat daarbij minder om radicaal nieuwe ontwikkelingen dan om verbetering en verfijning van het recht om ICT-ontwikkelingen in banen te leiden. De fijnproever heeft vele smakelijke hapjes zien langskomen, zoals de toepassing van het strafrecht op virtuele kinderpornocartoons en magische amuletten, de Twitter-dagvaarding en de YouTube-taks, een UMTS-korting op de WOZ-waarde, en de aanpak van doorverwijssites van piraten (Mininova) en uitmelkers (Gaspedaal.nl). Smaakmakend was ook de opleving van activisme en het maatschappelijk middenveld om tegen de tijdgeest in aandacht te vragen voor privacy bij alle ontwikkelingen waarbij machthebbers steeds meer data willen opslaan of gebruiken voor nieuwe doelen. En misschien wel de opvallendste smaakmaker bleek de Eerste Kamer, die maar liefst drie ICT-gerelateerde wetsvoorstellen tegenhield (slimme energiemeters, dataretentie, en de online gokvergunning). Het ICT-recht is inmiddels dagelijkse kost geworden voor de hele trias politica. •

Noten

72. Voorstel voor een Richtlijn betreffende de consumentenrechten, www.parlement.com/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vi1dnbchgmn0.

73. Hierover is ook in Nederland veel gepubliceerd, zie onder meer M. Hesselink & M.B.M. Loos, *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: Een Nederlands perspectief*, Den Haag: BJu 2009, p. 33ff, H. Schulte-Nölke, 'The transposition of European consumer directives into the national laws of the EU-Member States', *TvC* 2009, 4, p. 133ff, en H.N. Schelhaas, 'Volledige harmonisatie: goed voor de Europese consument?', *NTBR* 2009, 2, p. 35ff.

74. Zie www.ser.nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2009/b27871.aspx.

75. Zie www.thuiswinkel.org/bedrijven/thuiswinkel_waarborg/algemene_voorwaarden.html.

76. Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 358, nr. A. Zie ook H.P.A.J. Martius, *Elektronisch handelsrecht: de juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht met bijzondere aandacht voor het verzekerings- en vervoerrecht*, Zutphen: Paris 2008.

77. Met dank aan Peter Ras (*Juridisch medewerker IE/IT Van Doorne*) en Herwin Roerdink (advocaat Van Doorne).

78. HR 30 mei 2008, *LJN* BC2153 (*Endstra*); HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-5/08 (*Infopaq International A/S vs. Danske Dagblades Forening*); HR 16 juni 2009,

LJN BH7602 (*Chellomedia*). Zie ook het rapport van Maurice Schellekens (UvT, TILT), www.ez.nl/dsresource?objectid=170525&type=PDF.

79. Kamervragen AH 637 2009Z18090 met antwoord (ontvangen 13 november 2009). Zie ook: www.bumastemra.nl.

80. Kamercommissie Gerkens, *Auteursrechten, een rapport. Kamerstukken II* 2008/09, 29 838 en 31 766, nr. 19.

81. Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008 (*Mininova*); Rb. Amsterdam (vzr.) 30 juli 2009, *LJN* BJ4298 (*Pirate Bay*).

82. HR 12 december 2008, *LJN* BF0518 (*Portakabin/Primakabin*).

83. Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, nr. HA ZA 08-300.

84. Met dank aan Inge Lakwijk (voormalig student-assistent UvT, TILT).

85. Hof Amsterdam 31 juli 2008, *DomJur* 2008-377 (*Staat/Heerink*).

86. Hof Amsterdam 15 januari 2008, *DomJur* 2008-370 (*Thuisbezorgd/Jolidé*); Rb. Amsterdam 3 september 2009, *DomJur* 2010-485.

87. Rb. Zwolle 30 oktober 2008, *DomJur* 2009-419 (*kachelpplaats.nl*); Rb. Amsterdam 16 juli 2009, nr. 430315/KG ZA 09-1269 WT/MV (*Thuisbezorgd/Just Eat*); Rb. Middelburg 22 april 2009, nr. 67135/KG ZA 09-46 (*Vloerdecor/Kunststofvloeren*); Rb. Arnhem 2 december 2009, nr. 644868 HA VERZ 09-1263 (*Pintaxi*).

88. Rb. Leeuwarden 13 mei 2009, *DomJur* 2009-429 (*Club(s)wear*); Rb. Haarlem 18 december 2009, *DomJur* 2010-484 (*Elektro-online/F.T. Promotions*).

89. E.C. Leuftink, 'Nieuwe SIDN Geschillenregeling en de invoering van de zuiver numerieke domeinnaam', *Computerrecht* 2008, 59.