

1 Inleiding

mr. dr. E.D.C. Neppelenbroek

1.1 Opzet van dit boek

Dit boek heeft het IT-recht als onderwerp. Bij de beoefening van dit rechtsgebied gaat het om de rechtsvragen die door de ontwikkelingen op het gebied van de informatietechnologie worden opgeroepen.

Het maatschappelijke belang van IT kan moeilijk worden overschat. Aan het einde van de vorige eeuw heeft de computer een steeds centralere plaats gekregen in het dagelijkse leven van gewone mensen, alsook bij het uitvoeren van bedrijfsprocessen en overheidstaken. Met de opkomst van het internet heeft de communicatie via computernetwerken een grote impuls gekregen. De ontwikkelingen zijn alleen maar versterkt door het feit dat de rekenkracht van computers en de bandbreedte van netwerkverbindingen voortdurend zijn vergroot. Dat betekent enerzijds dat de computer in de loop van de tijd steeds meer berekeningen per tijdseenheid kan verrichten en anderzijds dat in dezelfde tijd steeds meer data van plek a naar plek b kunnen worden verstuurd. Daardoor heeft in de laatste decennia een enorme toename plaatsgevonden van de hoeveelheid transacties over computernetwerken zoals het internet, alsmede van bewerkingen van data. Deze ontwikkelingen hebben grote consequenties, die wel worden aangeduid met de dataficatie van de maatschappij. Hieronder worden enkele ontwikkelingen op een rij gezet.

Het plaatsen van filmbestanden op filesharingsites of sociale media zoals YouTube in de vorm die we nu kennen, heeft pas recent kunnen opkomen. In de jaren negentig van de vorige eeuw duurde het eindeloos voor men met een modem een film had geüpload of gedownload. Tegenwoordig kan filmcontent zelfs via streaming tot de smartphone van de eindgebruiker komen.

Door de versnelling van de gegevensverwerking is het voorts mogelijk geworden om computers te trainen door de analyse van enorme hoeveelheden data (*Big Data*). Dit verschijnsel wordt aangeduid als *machine learning*. Getrainde, artificieel intelligente

IT-systemen zullen steeds vaker worden ingezet om geautomatiseerde beslissingen te nemen. Van personen zullen steeds verfijndere profielen kunnen worden gemaakt op basis van de data die door die personen zelf worden verschaft. Bedrijven en overheden zullen deze profielen voor hun doeleinden willen inzetten, bijvoorbeeld door het geautomatiseerd nemen van bestuursrechtelijke besluiten en het ‘microtargeten’ van reclame.¹

Een derde hier te noemen ontwikkeling is het internet der dingen. Steeds meer apparaten zijn uitgerust met sensoren, sterke processoren en draadloze netwerkverbinding. Denk bijvoorbeeld aan de ‘slimme’ energiemeter. Deze valt door de gebruiker op afstand te gebruiken. De energiemeter kan ook een instrument zijn voor de energiemaatschappij om het energieverbruik te kunnen analyseren en eventueel om voor marketingdoeleinden te gebruiken. Vele apparaten (van camera’s tot koelkasten) kunnen zo een web van data genereren. Zo vervlecht IT zich steeds verder in het dagelijkse leven.

Indeling van dit boek

De vergroting van het maatschappelijke belang van IT betekent tegelijkertijd dat IT het recht voor uitdagingen stelt. Dit boek geeft een overzicht van de belangrijkste vraagstukken van het IT-recht. De insteek van dit boek is de analyse van het positieve recht op de verschillende thema’s die samenhangen met ‘klassieke’ rechtsgebieden (internationaal recht, staatsrecht, strafrecht, bestuursrecht en privaatrecht).

In deze inleiding laten wij zien dat een doeltreffende bestudering van het IT-recht hand in hand gaat met ‘digitale geletterdheid’ (par. 1.2), dat het rechtsgebied een aantal kenmerken bevat (par. 1.3), dat het Europese recht een bijzondere plaats inneemt in het IT-recht (par. 1.4) en dat de regulering (‘governance’) van de digitale samenleving verder gaat dan volgt uit alleen de positiefrechtelijke bronnen zoals de wet en jurisprudentie (par. 1.5). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting (par. 1.6).

In hoofdstuk 2 tot en met 5 worden voornamelijk publiekrechtelijke thema’s behandeld. In hoofdstuk 2 wordt de relatie tussen het IT-recht en grondrechten behandeld. In hoofdstuk 3 komt de bescherming van persoonsgegevens aan bod en de regelgeving daaromtrent. Hoofdstuk 4 en 5 betreffen de rol van de overheid inzake het verstrekken van informatie, het vrijgeven van data en de elektronische communicatie tussen overheid en burger. In hoofdstuk 9 komt het strafrecht aan de orde. In de eerste plaats wordt daar onderzocht welke vormen van criminaliteit in de digitale samenleving ontstaan en hoe deze in het materiële strafrecht zijn gereguleerd. Het tweede onderwerp betreft het strafprocesrecht, in het bijzonder de rol van digitale middelen bij het justitieel onderzoek.

1 Deze onderwerpen komen nader aan de orde in par. 5.4 en par. 8.4.

Hoofdstuk 6 tot en met 8 betreffen voornamelijk privaatrechtelijke leerstukken uit het IT-recht. Hoofdstuk 6 gaat over de bescherming van de intellectuele eigendom in het licht van de digitalisering. Centraal staan hierbij het auteursrecht, het databankenrecht en het octrooirecht. In hoofdstuk 7 komen de zogenoemde IT-contracten aan de orde. Hier komen de verschillende vormen van contracten aan bod waarmee hardware en software aan de man kan worden gebracht, alsook de diensten die daarmee samenhangen. Hoofdstuk 8 heeft e-commerce als onderwerp. Hierin komen de zogenoemde ‘dienstverleners van de informatiemaatschappij’ aan de orde. Kortweg gaat het dan om verleners van diensten via internet, zoals webwinkels, zoekmachines en social media. In dit hoofdstuk gaan wij in op informatieverplichtingen van deze dienstverleners, de contracten die zij kunnen sluiten, de regulering van reclame-uitingen en de aansprakelijkheid van digitale dienstverleners die als tussenpersoon toegang verschaffen tot illegale content van derden.

Een werkelijk grondige studie van het IT-recht vergt meer dan een rudimentaire kennis over IT. Om daarvan een proeve te geven worden de onderwerpen *cybersecurity en AI* in dit boek behandeld in hoofdstuk 10.

1.2 Digitale geletterdheid

Van burgers wordt tegenwoordig verwacht dat zij ‘digitaal geletterd’ zijn.² Voor het lager en middelbaar onderwijs zijn daarvoor leerdoelen geformuleerd, te weten:

- basiskennis ICT
- informatievaardigheden
- mediawijsheid
- *computational thinking*

Voor de beoefening van het IT-recht is digitale geletterdheid een noodzakelijke voorwaarde. Dit boek heeft weliswaar in hoofdzaak een juridische inhoud, maar deze is wel verbonden met en afhankelijk van een correct begrip van de mogelijkheden en beperkingen van IT. Elk van de leerdoelen voor digitale geletterdheid kan eenvoudig worden verbonden aan een voorbeeld uit het juridische domein.

Basiskennis ICT

Bij het verwerven van basiskennis over ICT staat centraal hoe computers, software en netwerken functioneren. Verder wordt daaronder verstaan hoe men met veilig-

2 In deze paragraaf is een verbinding gemaakt met R. Pijpers (red.), *Handboek digitale geletterdheid 2020-2021*. Dit handboek is uitgegeven vanwege de organisatie Kennisnet, gefinancierd door het ministerie van OCW. De elektronische versie van dit handboek is vindbaar onder kennisnet.nl, onder publicaties. Het handboek staat vol met mogelijkheden om digitale geletterdheid in het lager en middelbaar onderwijs te vervlechten. Zie over de vier behandelde vaardigheden met name p. 18-21.

heid en privacy heeft om te gaan. De eerste vraag is dan wat een computer eigenlijk voor een ding is. Dit lijkt een triviale vraag, maar dat is niet altijd zo. Valt daaronder bijvoorbeeld een tablet, smartphone of een USB-stick? In juridische zin is de vraag belangrijk wanneer in een wettelijke bepaling verwezen wordt naar het begrip ‘computer’.

Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Hoge Raad over de belastbaarheid van tablets over het loon van werknemers.³ Tot 2015 bestond hierover grote onduidelijkheid. In casu deelde de werkgever aan het personeel iPads uit en de vraag was of daarover loonbelasting moest worden betaald. Als de iPad zou vallen onder de wettelijke categorie ‘telefoon, Internet en dergelijke communicatiemiddelen’, dan hoefde enkel te worden aangetoond dat het apparaat voor minstens 10% voor werk wordt gebruikt (art. 15b lid 1 onder f Wet op de Loonbelasting 1964 (Wet LB) oud). Als de iPad zou worden aangemerkt als ‘computers en dergelijke apparatuur en bijbehorende apparatuur’ dan moest worden aangetoond dat het apparaat voor minstens 90% voor werk wordt gebruikt (art. 15b lid 1 onder s Wet LB oud). Het hing in casu van de kwalificatie af of de belasting moest worden betaald: het werkgerelateerde gebruik zat tussen de 10% en 90% in. Het probleem was dat de categorieën elkaar uitsloten, terwijl in werkelijkheid computers communicatiefuncties bezitten (denk alleen al aan Skype) en smartphones stevige computers bevatten. Uiteindelijk hakte de Hoge Raad de knoop door voor het toenmalige recht en kwalificeerde hij de tablet als computer.

In 2015 heeft de wetgever computers en mobiele telefoons en de Wet LB op één hoop gegooid. Onder voorwaarden zijn vrijgesteld: ‘(...), computers, mobiele communicatiemiddelen en dergelijke apparatuur, die naar het redelijke oordeel van de inhoudingsplichtige noodzakelijk zijn voor de behoorlijke vervulling van de dienstbetrekking, met inbegrip van het bijbehorende datatransport en de voor het gebruik in het kader van dienstbetrekking benodigde programmatuur en dergelijke’ (art. 31 lid 2 onder g Wet LB). Het in het artikel tot uitdrukking gebrachte noodzakelijkheidscriterium in dit artikel sluit in ieder geval uit dat tablets die vooral voor recreatieve doeleinden zullen worden gebruikt voor de vrijstelling van loonbelasting in aanmerking komen.

Dit is maar een van de vele voorbeelden waaruit blijkt dat de ontwikkelingen op IT-gebied er voortdurend voor zorgen dat wetgeving *up to date* moet worden gebracht. De *aanleiding* voor de wetswijziging was de opkomst van de tablets. De *oorzaak* is de zogenoemde *convergentie* van de media. IT-systemen zijn door de digitalisering en de voortdurende versnelling van processoren en dataverkeer multimediaal geworden. Waar vroeger tussen allerlei media een (ook juridisch) onderscheid werd gemaakt (telefoon, tv, radio, kranten, boeken, muziek) vloeien al deze gebieden meer en meer samen. Waar de wetgever dus dacht een zinvol onderscheid te hebben gemaakt naar

3 HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2496 (*iPad als computer*).

enerzijds computers en randapparatuur en anderzijds telefoon en het internet, blijkt dit in de praktijk niet meer vol te houden.⁴

Informatievaardigheden⁵

Digitale informatievaardigheden worden verondersteld bij elke (juridische) student. In het juridische vaardighedenonderwijs staat voortdurend centraal dat de student informatie moet kunnen zoeken, selecteren op bruikbaarheid en betrouwbaarheid en verwerken door middel van zelfstandige analyse.

Voor rechtsbeoefenaars is het wezenlijk om daarbij gezaghebbende bronnen van minder gezaghebbende bronnen te kunnen onderscheiden. Juist in de digitale wereld moet men zich goed realiseren dat resultaten van zoekmachines allerlei resultaten met zich kunnen brengen, van rijp tot groen en van wetenschappelijk tot commercieel. Men moet ook kunnen werken met informatie- en kennissystemen die specifiek voor het uitoefenen van juridische taken zijn ontwikkeld.

Dat deze voorzichtigheid ook in het juridische veld moet worden getrokken, blijkt wel uit jurisprudentie over rechters die aan het googelen zijn geslagen.⁶ De rechters kwamen in deze zaken mede naar aanleiding van een zoekopdracht tot de conclusie dat bepaalde feiten ‘van algemene bekendheid’ zouden zijn. In het procesrecht hoeven deze feiten niet bewezen te worden. Voor het strafrecht volgt dit uit artikel 339 lid 2 Wetboek van Strafrecht (Sr) en voor het privaatrecht uit artikel 149 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). In het strafrechtelijke *A.C.A.B.*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat de lagere rechter niet op grond van een zoekopdracht mag afleiden dat de betekenis van de afkorting (*All Cops Are Bastards*) van algemene bekendheid is. De rechter had deze algemene bekendheid aangenomen omdat een zoekopdracht op dit acroniem met de toevoeging *cops* indertijd rond de 190.000 treffers opleverde. Mede hierom werd een persoon die een bomberjack met dit acroniem droeg, veroordeeld voor belediging van een ambtenaar van de politie. De Hoge

4 Convergentie van de media wegens digitalisering heeft op allerlei terreinen voor radicale juridische veranderingen gezorgd, zoals in het mediarecht en het telecommunicatierecht. Deze terreinen, die vroeger buiten het IT-recht werden behandeld, vallen daarvan al geruime tijd niet meer los te zien. Binnen de ruimte die wij hebben binnen dit overzichtswerk, hebben wij ervoor gekozen die rechtsgebieden niet ten gronde te behandelen.

5 Zie hierover meer in: C.N.J. de Vey Mestdagh (red.), *IT voor juristen. Recht zoeken, Recht vinden*, Groningen: Stichting Recht & ICT 2016.

6 HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291 (*A.C.A.B.*). Vergelijkbaar: HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:522 (*Aloe capensis*), waarin de Hoge Raad in algemene zin oordeelt: ‘De enkele omstandigheid dat een bepaald gegeven aan openbare bronnen op het Internet kan worden ontleend, brengt immers op zichzelf nog niet mee dat zo een gegeven daarom een feit of omstandigheid van algemene bekendheid is in de hier bedoelde zin.’