

Overheidsinterventie in de informatiemaatschappij

Prof. mr. M.A.P. Bovens

Inleiding

Mijn positie vanmiddag is enigszins dubbelzinnig. Aan de ene kant ben ik een van de redacteuren van de Kabinetsnota en ben ik verheugd dat ik de kans krijg om ons werk toe te lichten. Aan de andere kant ben ik inmiddels weer in het volle bezit van mijn academische vrijheden en zou ik graag op onderdelen verder willen kijken en discussiepunten willen aandragen. Uit het oogpunt van staatsrechtelijke zuiverheid wil ik daarom benadrukken dat niets van wat ik zeg de Minister kan worden aangerekend (dat is wellicht ten overvloede, maar je kan op Justitie tegenwoordig niet voorzichtig genoeg zijn). Verder is van belang dat ik geen IT en Recht specialist ben, maar een generalistisch ingesteld jurist en bestuurskundige. Ik zal dan ook niet ingaan op de vele positiefrechtelijke vraagstukken die de elektronische snelweg oproept. Die komen elders aan de orde. Ik ben in de afgelopen jaren echter tot de conclusie gekomen dat de vragen die door ICT worden opgeroepen van groot algemeen belang zijn. Om het wat brutaal uit te drukken: ICT-ontwikkelingen zijn te belangrijk om alleen aan de ICT-specialisten over te laten. Ik zal daarom een aantal vraagstukken van meer algemene staatsrechtelijke en bestuurskundige aard aansnijden.

De titel van mijn verhaal is overheidsinterventie in de informatiemaatschappij. Ik wijk hier met opzet al meteen af van de nota, omdat ik elektronische snelweg een te beperkte metafoor vind. Mijns inziens staan we voor een overgang van een industriële en dienstensamenleving naar een informatiesamenleving. We nemen in hoog tempo afscheid van een maatschappelijke en internationale orde die decennia lang betrekkelijk stabiel en overzichtelijk was. De industriële samenleving met zijn duidelijk afgebakende nationale territorium maakt plaats voor een sterk internationaal georiënteerde informatiemaatschappij. In het verleden hebben soortgelijke maatschappelijke transformaties grote gevolgen gehad voor staat en recht en je mag deze nu ook weer verwachten. Zoals de maatschappelijke overgang van een agrarische naar een industriële samenleving leidde tot de opkomst van de democratische rechtsstaat en later ook sociale rechtsstaat., zo zou de overgang naar een informatiemaatschappij kunnen leiden tot de opkomst van een digitale rechtsstaat.

Figuur 1

Landbouw	}	Liberale rechtsstaat
Handel	}	
Industrie	}	Democratische + Sociale rechtsstaat
Diensten	}	
Diensten	}	Digitale rechtsstaat
Informatie	}	

Mij interesseert hier vooral de vraag wat deze overgang voor de rol van de overheid zou kunnen betekenen. Die vraag valt in 3 delen uiteen: 1) Is er straks nog wel een rol voor de

overheid? 2) Welke rol heeft de overheid? En 3) Hoe kan zij die rol vormgeven? Ik zal de vragen stuk voor stuk langsgaan. Aan het einde van mijn betoog worden, als het goed gaat, dan de contouren van die digitale rechtsstaat zichtbaar.

De rol van de overheid

Is er nog wel een rol voor de overheid in die informatiemaatschappij? Over die eerste vraag wil ik kort zijn. Ik ga niet mee met de visie van Paul Frissen in diens Virtuele Staat¹ dat de overheid in feite in het niets oplost en dat er alleen een soort losse koppeling is van eilandjes in een overigens anarchistische archipel. Juist de complexiteit en de turbulentie van de ontwikkelingen maakt dat er behoefte zal zijn aan een onpartijdige instantie die zorgt voor algemene kaders, conflictregulering en rechtshandhaving. Het is alleen wel de vraag (vergelijk het rapport Staat zonder land van de WRR²) of die onpartijdige instantie altijd de nationale overheid moet zijn. Waarschijnlijk zal het soms de lokale overheid, vaak een supranationale overheid en soms een zbo, semi-overheid of rechter zijn. Mijn eerste conclusie is in ieder geval dat er niet per se minder overheid zal zijn, maar wel een grotere variëteit in overheden en overheidsingrijpen.

Vervolgens rijst de vraag wat dan de rol van die overheden zou moeten zijn. Om de gedachtevorming daarover nader te bepalen zijn er in de nota drie mogelijke toekomsten van de elektronische snelweg onderscheiden (zie figuur 2). Centraal in die drie toekomsten staat de maatschappelijke betekenis van de nieuwe vormen van ICT. Zijn de nieuwe vormen van ICT vooral luxegoederen met een sterk hobbykarakter; worden het massaal beschikbare consumptiegoederen die naast de traditionele vormen van communicatie komen te staan; of worden het eerste levensbehoeften, omdat ze de traditionele vormen volledig verdringen en je in het maatschappelijk leven niet meer zonder kunt? Mijn stelling is dat, naarmate ICT verder oprukt langs deze lijnen, de behoefte aan overheidsinterventie zal toenemen.

Figuur 2

Elektronische Snelwegen: drie toekomsten

- | | |
|--------------------|----------------|
| 1. Luxegoed: | hobby |
| 2. Consumptiegoed: | nevenschikking |
| 3. Levensbehoefte: | verdringing |

Op dit moment zitten we in tussen toekomst 1 en toekomst 2. Sommige toepassingen van ICT zijn nog vooral luxegoederen in de hobbysfeer, zoals videoconferencing, pay-per-view, en een aantal vormen van internetgebruik, zoals chatten of surfen op het world wide web. Daarbij past een terughoudende rol van de overheid.

Andere vormen van ICT zijn al hard op weg om consumptiegoed te worden met een zelfstandige sociale betekenis naast de meer traditionele vormen van informatievoorziening en communicatie. Daarbij kan men denken aan GSM, e-mail en chipcards. Hierbij past een meer ordenende rol van de overheid, die bestaat uit het handhaven van de rechtsstaat, het faciliteren

¹ P.H. A. Frissen, *De virtuele staat: politiek, bestuur, technologie: een postmodern verhaal*, Schoonhoven: Academic Service, Economie en Bedrijfskunde 1996.

² *Staat zonder land; Een verkenning van de bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie*, WRR-studie 54, Den Haag: SDU 1998.

van het maatschappelijk verkeer en het ondersteunen van onderzoek en ontwikkeling (zoals dat bijvoorbeeld gebeurt in het Nationaal Actieprogramma Elektronische Snelwegen, NAP).

Figuur 3

Nevenschikking: ICT consumptiegoed

Ordenende rol overheid

- Handhaven rechtsstaat
- Faciliteren maatschappelijk verkeer
- Ondersteunen R & D

De zaak wordt anders wanneer bepaalde ICT-diensten of applicaties de traditionele communicatiemiddelen verdringen en belangrijke voorwaarden worden voor het maatschappelijk functioneren van burgers. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien de postbezorging wordt verdrongen door e-mail en je dus zonder dergelijke faciliteiten maatschappelijk en sociaal geïsoleerd raakt. Ook is denkbaar dat op termijn chipkaarten en pinpassen dermate vanzelfsprekend worden in het maatschappelijk verkeer dat je zonder zo'n kaart bij de meeste instellingen en bedrijven niet meer terecht kan. In een dergelijke geval past een meer proactieve opstelling van de overheid. Zodra je als burger niet meer goed kunt functioneren zonder het gebruik van ICT-diensten of applicaties, zal de overheid niet altijd kunnen volstaan met een terughoudende, ordenende rol, maar is goed voorstelbaar dat zij daarnaast een meer verzorgende of ondersteunende rol krijgt.

Figuur 4

Verdringing: levensbehoefte

Verzorgende/steunende rol overheid

- Informatierechten
- Waarborgfonds/Universele dienstverlening
- Beginselen van behoorlijke informatisering

Als ICT en toegang tot informatie een levensbehoefte wordt, komt de overheid nadrukkelijker in beeld. Dat kan op verschillende manieren tot uitdrukking komen. In de eerste plaats kan men denken aan de ontwikkeling van een nieuwe familie van burgerrechten. Naast de liberale, politieke en sociale grondrechten is een vierde generatie van informatierechten voorstelbaar. Deze zouden burgers tegenover de overheid recht geven op adequate informatievoorziening in het publieke domein.

Daarnaast zou die meer proactieve rol van de overheid ook tot uitdrukking kunnen komen in het formeel of materieel garanderen van de toegang tot die informatiediensten of producten die wezenlijk zijn voor het maatschappelijk functioneren van burgers. Dit hoeft overigens niet te betekenen dat de overheid die ondersteuning of verzorging zelf ter hand neemt. Waar het mij om gaat is dat de overheid, bijvoorbeeld bij de inrichting van ICT-markten of van haar sociaal-economisch beleid, algemene toegankelijkheid nadrukkelijk mee laat wegen. Zo kan men denken aan het instellen van een waarborgfonds in de sfeer van chipcards, om zo te voorkomen dat commercieel onaantrekkelijke klanten door banken van chipcards worden uitgesloten. Ook kan men denken aan toepassing van het regime van universele dienstverlening op e-mail- en

internetfaciliteiten, of het verlenen van subsidie of bijzondere bijstand om toegang tot internet en e-mail in elk huishouden materieel mogelijk te maken.

Dit alles speelt in het bijzonder wanneer de overheid zelf, in het verkeer met de burgers, zich van ICT bedient (te denken valt aan: elektronische belastingaangifte, vergunningaanvraag, informatieverlening etc.). Algemene toegankelijkheid is dan van groot belang. Wanneer de overheid zich steeds vaker van de elektronische snelweg bedient in haar contacten met burgers en bedrijven wordt ook steeds belangrijker dat zij dit op een behoorlijke manier doet. Er dienen daarom aparte beginselen te komen die toezien op een behoorlijk ICT-gebruik door de overheid. Daarbij gaat het om kwesties van beschikbaarheid, betrouwbaarheid, integriteit en transparantie. Een aanzet hiervoor is reeds gegeven in de VAR-adviezen van Franken en Snellen,³ alsmede in de oratie van Kaspersen.⁴

Problemen van wetgeving

De lastigste problemen zitten vooral in de vormgeving van die overheidsinterventies. Hiermee zijn we bij de derde vraag aangekomen: kan de overheid die verschillende rollen nog wel waarmaken? Dit heeft alles te maken met enkele specifieke kenmerken van de informatiemaatschappij. In de nota hebben we drie kenmerken nader bekeken (zie figuur 5).

Figuur 5

Kenmerken informatiemaatschappij:

- Deterritorialisering
- Dematerialisering
- Technologische turbulentie

Deterritorialisering, het vervagen van de territoriale begrenzing van sociaal handelen, is in de eerste plaats een probleem van rechtshandhaving. In hoeverre kan een overheid die materiële normen oplegt, deze ook effectueren wanneer een reeks van handelingen feitelijk of virtueel buiten het eigen grondgebied plaatsvindt? Die handavingsproblemen zullen naar verwachting vooral spelen op het terrein van strafrecht, fiscaal recht, handelsrecht, verzekeringsrecht en economisch bestuursrecht. Het is de grote verdienste van het WRR-rapport dat het met name dit aspect voor een reeks van rechtsgebieden (niet alleen het strafrecht, vanouds een preoccupatie van het Ministerie van Justitie, maar ook de sociale zekerheid en het belastingrecht) in kaart heeft gebracht. In de toekomst zal deze deterritorialisering staten dwingen tot ingrijpende vormen van inhoudelijke afstemming en samenwerking op fiscaal, strafrechtelijk en economisch bestuursrechtelijk terrein.

Dematerialisering, de loskoppeling van informatie van fysieke dragers en verschijnselen, roept een reeks van lastige vragen van rechtsinhoudelijke aard op voor bijna alle rechtsgebieden: In hoeverre zijn de bestaande rechtsnormen die het 'analoge' maatschappelijk verkeer regelen ook toepasbaar op het digitale verkeer? Voorlopig gaat de nota ervan uit dat wetgever en rechter ernaar moeten streven om on-line en off-line de zelfde normen te hanteren. Op termijn is het

³ H. Franken, Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen, en I. Snellen, Het automatiseren van beschikkingen bestuurskundig beschouwd, in *Beschikken en automatiseren*, VAR-reeks 110, Den Haag Vuga 1993.

⁴ H.W.K. Kaspersen, *Recht en informatietechnologie: Een zaak van intensief onderhoud*, oratie VU, Deventer: Kluwer 1996.

echter zeker denkbaar dat voor het verkeer op de elektronische snelweg andere normen gaan gelden, bijvoorbeeld in de sfeer van de privacy, omdat on-line en off-line verkeer niet meer goed met elkaar te vergelijken zijn.

Turbulentie, de sterk toegenomen omloopsnelheid van technische toepassingen en maatschappelijke problemen, is vooral een probleem voor het proces van regelgeving. Daar wil ik wat langer bij stilstaan omdat het enkele fundamentele rechtsstatelijke vragen oproept. Die hoge mate van turbulentie kent tenminste drie elementen. Vooralsnog wordt de ICT-sector gekenmerkt door een hoge innovatiegraad, met name in de sfeer van de toepassingen en door de voortdurende convergentie van technieken. Dit maakt het vaak zeer moeilijk voorspelbaar, ook door de producenten van ICT-producten zelf, welke toepassingen aan zullen slaan en wat het maatschappelijke gebruik ervan zal zijn. Nog moeilijker te voorspellen is welke sociale problemen en juridische conflicten uit dat gebruik zullen voortvloeien. Bovendien wisselen de technieken en toepassingen elkaar in hoog tempo af, waardoor ook de problemen op de politieke en juridische agenda's een hoge omloopsnelheid kennen.

Figuur 6

Turbulentie
<ul style="list-style-type: none">• Hoge innovatiegraad• Convergentie van technieken• Onvoorspelbaarheid gebruik• Hoge omloopsnelheid problemen

De hoge mate van technologische en maatschappelijke turbulentie staat op zeer gespannen voet met het klassieke proces van wetgeving. In grote lijnen levert die turbulentie drie forse problemen van wetgeving op.

Figuur 7

Problemen van wetgeving:
<ul style="list-style-type: none">• Inadequatheid• Techniek-afhankelijkheid• Starheid

1. Inadequatheid: de wetgever ontbeert veelal de technische expertise en het inzicht in het maatschappelijk gebruik van nieuwe ICT-technieken en toepassingen om op voorhand het terrein adequaat te kunnen regelen. Zo valt bijvoorbeeld niet goed te voorspellen – zelfs niet door de chipcarddeskundigen zelf - wat het feitelijke maatschappelijk gebruik en de sociale appreciatie van de chipcardtechnologie zal zijn. Soortgelijke problemen ziet men rond de technische vormgeving en de sociale status van e-mail.

2. Techniek-afhankelijkheid: door de snelle opeenvolging en convergentie van technieken biedt regelgeving op basis van concrete media onvoldoende houvast op langere termijn. Zo is goed denkbaar dat de Telecomwet eerstdaags alweer verouderd is, omdat het onderscheid tussen vaste en mobiele vormen van communicatie, of tussen omroep en telecommunicatie, door convergentie van data- en massacommunicatie of door koppeling van mobiele en vaste vormen van communicatie steeds moeilijker zal zijn te maken.

3. Starheid: het proces van formele wetgeving duurt te lang om de omloopsnelheid van maatschappelijke problemen bij te kunnen benen. De tijd die zit tussen een eerste nota en de uiteindelijke publicatie in het Staatsblad is in ons land al gauw 6 tot 7 jaar. Ga voor de aardigheid eens 7 jaar terug in de tijd en kijk naar het toenmalige ICT-gebruik. Wie 7 jaar geleden het ICT-terrein had willen reguleren zou geen aandacht hebben besteed aan GSM, e-mail, Internet of chipcardtechnologie. Zelfs de fax zou maar net in beeld zijn gekomen (en de kans dat de fax over 7 jaar alweer uit beeld is, is niet eens denkbeeldig).

De wetgever dreigt daarmee in een catch-22 situatie verzeild te raken. Aan de ene kant is er de klassieke 19^e-eeuwse eis van rechtszekerheid: rechtssubjecten moeten kunnen vertrouwen op de stabiliteit, bepaaldheid en de kenbaarheid van regelgeving. Deze eis vindt men in ons land ieder jaar weer verwoord door de vice-voorzitter van de Raad van State, die in zijn jaarverslag de wetgever telkens weer maant tot onthaasting en grotere zorgvuldigheid. Aan de andere kant is er de maatschappelijke behoefte aan flexibiliteit. Het maatschappelijk verkeer vraagt om snelle aanpassingen van regelgeving en liefst om normen die zoveel mogelijk techniek-onafhankelijk of media-neutraal zijn opdat men niet bij elke nieuwe toepassing hoeft te wachten tot de regelgeving is aangepast. Hoe kun je die twee vereisten met elkaar verenigen?

Figuur 8

<p>Oplossingsrichtingen:</p> <p>Niet: verfijning wetgevingsproces</p> <p>Alternatieven voor publiekrechtelijke regeling:</p> <ul style="list-style-type: none">• Vrije zelfregulering• Rechtersrecht• Bestuurlijk optreden• Privaatrecht <p>Relativering legaliteitsbeginsel:</p> <ul style="list-style-type: none">• Geconditioneerde zelfregulering• Geconditioneerde jurisprudentie• Geconditioneerde (beleids)regels

De oplossing ligt volgens mij niet in een verdere verfijning van de wetgevingsprocedure. In de afgelopen jaren pleitte met name Scholten in de voorwoorden van zijn Jaarverslagen⁵ steeds opnieuw voor een verdere verfijning en voor een stipte naleving van de procedures voor formele wetgeving. Die oplossing legt echter eenzijdig de nadruk op de 19^e-eeuwse eisen van rechtszekerheid en heeft te weinig oog voor de andere kant, voor het feit dat onze maatschappij niet meer de betrekkelijke overzichtelijkheid heeft van de 19^e eeuwse vroeg-industriële samenleving.

De oplossing moet eerder liggen in het zoeken van alternatieven voor publiekrechtelijke regelgeving. In de eerste plaats zijn publiekrechtelijke regels lang niet altijd noodzakelijk om rechtssubjecten voldoende zekerheid te bieden over hun rechten en plichten in het verkeer op de elektronische snelweg. Alternatieven zijn bijvoorbeeld:

- vrije zelfregulering

5 Interessant genoeg vindt men die oproep zowel in zijn eerste voorwoord uit 1980, als in zijn laatste voorwoord uit 1997. Zeventien jaar van wetgevingstoets hebben op dit punt weinig vruchten afgeworpen.

- rechtersrecht
- bestuurlijk optreden (zoals de paradorstrategie, convenanten of voorlichting)
- privaatrechtelijke waarborgen (zoals de standaardregeling van art. 6:124 BW)

Publiekrechtelijke regelgeving komt met name in beeld wanneer het gaat om de bescherming van fundamentele rechten. Dit is een klassieke situatie waarvan altijd is gedacht dat de eis van legaliteit (regelgeving in de wet) nodig is om rechtszekerheid te waarborgen. Zelfs hier geldt echter dat men zich moet afvragen of het altijd nodig is dat die publiekrechtelijke regeling bij wet in formele zin plaatsvindt. In een informatiemaatschappij is de eis van kenbaarheid waarschijnlijk veel belangrijker dan de eis van een wettelijke grondslag. Scheltema relativeerde onlangs het legaliteitsbeginsel sterk en wees erop dat er inmiddels voldoende andere middelen voor de burger zijn om zich tegen de machtige overheid te beschermen.⁶ Voor de rechtszekerheid is opname van normen in de wet niet per se nodig (niemand kent immers die wet). Veel belangrijker is dat rechtssubjecten tijdig geïnformeerd worden over hun rechten en plichten. Kenbaarheid is daarom soms van veel groter belang dan legaliteit.⁷ ICT kan daarbij wellicht juist zeer goed helpen! Formele wetgeving blijft uiteraard wel nodig uit het oogpunt van democratische sturing, maar daarvoor is lang niet altijd een gedetailleerde regeling nodig, zoals Jurgens enkele jaren geleden nog heeft betoogd. Centraal moet staan dat de grote lijnen gestuurd worden door een uitspraak van de wetgever.⁸ Vandaar dat men de oplossing voor de geschetste catch-22 situatie wellicht ook zou moeten vinden in geconditioneerde vormen van zelfregulering, geconditioneerde jurisprudentie en geconditioneerde (beleids)regels. Daarbij geeft de wet alleen een algemeen kader aan en vindt men de toepasselijke materiële normen elders.

De digitale rechtsstaat

Gaandeweg verschijnen er zo enkele contouren van die digitale rechtsstaat waar ik mijn verhaal mee begon. Te denken valt in ieder geval aan:

- informatierechten, zoals het recht op directe, digitale toegang tot alle openbare overheidsdocumenten, registers en archieven; een recht op categorale, toegesneden informatie-verstrekking door de overheid en eventueel ook een materieel recht op toegang tot de elektronische snelweg.
- beginselen van behoorlijke informatisering, zoals vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit en transparantie.

Daarnaast is het ook verstandig om op een aantal terreinen het materieel wetsbegrip in te ruilen voor een virtueel wetsbegrip.⁹ Maar daar aangekomen geef ik graag Erik Jurgens het woord.

6 M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, *NJB* 20 september 1996, afl.33:1358.

7 Dit is uiteraard wel afhankelijk van het rechtsgebied. In het bestuursrecht valt de eis van legaliteit makkelijker te relativiseren dan op het terrein van het strafrecht.

8 E. Jurgens, De mythe van Meerenberg: Over de betrekkelijke legitimatie die uitgaat van medewetgeving door de Staten-Generaal, *NJB* 4 november 1993, afl. 39: 1381-1386.

9 Een en ander is verder uitgewerkt in mijn oratie: M. Bovens, *De digitale rechtsstaat: beschouwingen over rechtsstaat en informatiemaatschappij*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999.