

Kroniek technologie en recht

Remy Chavannes, Anke Strijbos & Dorien Verhulst¹

Een woud aan vers aangeplant Europees ‘technologierecht’ moet van de EU het beoogde digitale soevereine gidsland voor tech-regulering maken. Voor de gemiddelde burger is door al die aanplant het bos nauwelijks waarneembaar. Maar aan de hand van onze eigen gidsen, de kroniekschrijvers, ontstaat er licht en zicht.

1. Inleiding

In deze – vermoedelijk laatste niet geheel door een algoritme geschreven – kroniek kijken wij terug op twee onstuimige jaren technologie en recht. Het is een alsmaar absurder exercitie; met de voortdurende digitalisering van de samenleving verdwijnen ook de laatste rechtsgebieden waarop technologie géén wezenlijke invloed heeft. Ook voor digitale tech- en mediabedrijven zijn de ontwikkelingen nauwelijks meer bij te houden; een sector die jarenlang misschien wel té licht werd gereguleerd, is binnen vijf jaar onderworpen aan een vuistdik pakket aan Europese regels dat buiten het bank- en kerncentralewezen nauwelijks voorkomt. En Europa wacht niet af welk effect de nieuwe regels zullen hebben; in de aanloop naar de Europese verkiezingen van 2024 worden nog diverse vervolginiciatieven door de pijplijn geperst. De plotselinge explosie van voor consumenten beschikbare AI-toepassingen leidt ondertussen alweer tot een volgende reguleringssimpuls.

Steeds is de vraag of de op zich goed navolgbare maatschappelijke overwegingen en doelstellingen zijn vertaald naar regels die begrijpelijk, toepasbaar, schaalbaar, consistent en effectief zijn. Dat is van belang omdat de geadresseerde uitdagingen reëel zijn, én omdat de EU zich graag ziet als gidscontinent voor techregulering. Voor de veelal wereldwijd opererende platforms is Europa

inderdaad een vooraanstaande bron van nieuwe regelgeving, maar zeker niet de enige: waar de Amerikaanse wetgevingsmachine vooralsnog hapert, bouwen grote landen als China, India en Brazilië driftig aan hun eigen digitale wetboeken.

Net als in vorige kronieken beperken wij ons noodgedwongen tot de twee hoofdthema’s ‘internetrecht’ en ‘datarecht’. Dat betekent wederom dat veel wat onmiskenbaar technologierecht is, onbesproken blijft, zoals IT-recht² en octrooirecht.³ Ook voor privacy- en gegevensbeschermingsrecht volstaan wij met verwijzing naar kronieken elders,⁴ behalve korte uitstapjes naar het zoekmachineverwijderingsrecht en de opkomst van privacy-massaclaims. Evenmin is ruimte voor prachtige interacties tussen technologie en recht zoals de afwijzing van een verzoek om hergebruik van de broncode van parlementswebsite Debat Direct;⁵ strafrechtelijke vragen bij *augmented reality*;⁶ de risico’s van servicerobots;⁷ online gebiedsverboden;⁸ erfrecht op online accounts;⁹ de voorgestelde strafbaarstelling van sexchatten met kinderen;¹⁰ de wraking van een rechter wegens een onhandige tweet;¹¹ en het arbeidsrechtelijke lot van de Uber-chauffeur.¹²

2. Platformcontentregulering

De ontwikkelingen tijdens de kroniekperiode op het gebied van regulering van (content op) online platforms laten zich in grote lijnen schetsen in vier stappen. Ten eerste is er uiteraard volop geprocedeerd over de uitleg en toepassing van bestaande (vooral Europese) regels over de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden van online platforms. Ten tweede zagen wij tegelijkertijd de nationale implementatie en eerste toepassing van een reeks vrij specifieke EU-wetten die wij bespraken in de vorige kroniek, op het gebied van onder meer terroristische content, online auteursrecht, videodeelplatforms en gebruikersbescherming. Ten derde is de belangrijkste ontwikkeling zonder twijfel het aannemen van twee brede en buitengewoon complexe en ingrijpende EU-instrumenten: de Digi-

Een sector die jarenlang misschien wel té licht werd gereguleerd, is binnen vijf jaar onderworpen aan een vuistdik pakket aan Europese regels

tal Services Act die vooral het proces van contentmoderatie reguleert, en de Digital Markets Act die markttoegang wil bevorderen. En terwijl kleine en vooral grote techbedrijven stoeien met de implementatie van deze regels, dendert ten slotte de Brusselse wetgevingsmachine onverdroten door met nieuwe, smallere maar nog altijd ingrijpende initiatieven op het gebied van digitale mediavrijheid, politieke advertenties en de bestrijding van kinderpornografisch materiaal.

2.1. Platformaansprakelijkheid en -verantwoordelijkheid onder het 'oude regime'

De meest in het oog springende uitspraken over de verantwoordelijkheid van online platforms voor content die hun gebruikers uploaden zijn de arresten van het Hof van Justitie (HvJ EU) in *Amazon/Louboutin*¹³ en in *YouTube & Cyando*.¹⁴ Beide arresten gaan met name over de vraag wanneer een online platform zelf inbreuk maakt op IE-rechten van derden. Zij laten echter ook zien dat de toets voor primaire aansprakelijkheid (maakt het platform zelf inbreuk?) en secundaire aansprakelijkheid (is het platform aansprakelijk voor de inbreuken van gebruikers?) in elkaar overlopen. Het HvJ EU oordeelt dat het voor beide toetsen relevant is om de mate van interventie in (bijvoorbeeld door rangschikking) en kennis van de onrechtmatige content te onderzoeken. Logisch gevolg is dan dat, zoals het HvJ EU stelt, een platform dat zelfstandig auteursrechtinbreuk maakt geen beroep kan doen op de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 14 Richtlijn elektronische handel (artikel 6:196c lid 4 BW).

De Werd & Bokhove beschreven de toepassing van dit aansprakelijkheidsregime in de context van de handel

in namaakproducten.¹⁵ Alberdingk Thijm ging in op de verantwoordelijkheid van online platforms die beschikken over identificerende gegevens van inbreukmakers, onder andere naar aanleiding van het *Dutch Filmworks*-arrest.¹⁶

Het arrest in *YouTube & Cyando* is daarnaast interessant omdat het HvJ EU daarin een rechtsvraag beslecht die al enige tijd boven de markt hing, namelijk of preventieve, vrijwillige controle van de rechtmatigheid van content zorgt voor een zodanig actieve rol of zodanige kennis van de onrechtmatige content, dat het platform geen beroep meer kan doen op de aansprakelijkheidsvrijstelling. In lijn met de A-G-conclusie, die al was toegepast door de Rechtbank Den Haag in *PVH/Meta*,¹⁷ oordeelde het HvJ EU dat een vrijwillige preventieve screening van content *niet* automatisch zorgt voor daadwerkelijke kennis van inbreuk en (dus) aansprakelijkheid bij gebrek aan ingrijpen. Volgens het HvJ EU is de algemene kennis van inbreuken op het platform *in abstracto* namelijk niet voldoende om in de weg te staan aan een beroep op de vrijstelling van aansprakelijkheid. Daarvoor moet een platform kennis hebben van *concrete* onrechtmatige content. Het HvJ EU gaf daarbij meteen aan dat een kennisgeving pas zorgt voor zulke concrete kennis als deze voldoende gegevens bevat zodat het platform zonder grondig juridisch onderzoek vast kan stellen dat er sprake is van onrechtmatige content.

Ook buiten de context van IE-inbreuk is er flink gediscussieerd over de rol van platforms bij onrechtmatige of anderszins onwenselijke content. Zo bespraken Maes & Den Hartog de verantwoordelijkheid van platforms in de context van *drilltraps*,¹⁸ en schreef Kroeze een artikel over het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁹ over

Auteurs

1. De auteurs zijn advocaat bij Brinkhof in Amsterdam. Deze kroniek is echter een groepsproductie waaraan substantiële bijdragen zijn geleverd door onze kantoorgenoten Anne Bruna, Hanneke Kooijman, Eveline Lots, Fatiya Munkaila, Bart Tromp, Marthe van der Velde, Kirsten Vonk en Fleur Westenend. Alleen de hoofdauteurs dragen verantwoordelijkheid voor het eindproduct. Deze kroniek bestrijkt de periode maart 2021 – maart 2023.

Noten

2. P.G. van der Putt & C.A.M. van de Bunt, 'Update Nederlandse Zorgplicht-jurisprudentie', *Computerrecht* 2021/207; Louwers Advocaten, Jaarupdate IT & IT-outsourcing 2022, louwersadvocaten.nl/jaarupdate-it-it-outsourcing-2022/.

3. Zie de IE-kroniek van Visser & Dack elders in dit nummer, *NJB* 2023/1080.

4. M.P.M. Hennekens & F.C. van der Jagt-Vink, 'Kroniek privacyrecht', *TvC* 2023, afl. 1; C. Alberdingk Thijm e.a., 'Kroniek Privacyrecht 2021', *Advocatenblad* 2022, afl. 3; Vita Zwaan e.a., 'Kroniek Privacyrecht 2022', *Advocatenblad* 2023, afl. 3, p. 89.

5. ABRvS 31 maart 2021, *Mediaforum*

2021/3, nr. 9, m.nt. C.J. Wolswinkel.

6. B.W. Schermer, 'Strafrechtelijke vragen bij augmented reality', *Computerrecht* 2021/251.

7. N. Lavrijsen & N.A.M. Stabel, 'Een goed ontwerp is het halve werk: naar een service-robot met zo min mogelijk aansprakelijkheidsrisico's', *Computerrecht* 2021/209; V. Dank & N. Lavrijsen, 'Een goed ontwerp is het halve werk: naar een servicerobot met zo min mogelijk privacyrisico's', *Computerrecht* 2022/92.

8. binnenlandsbestuur.nl/juridisch/almelokan-mensen-dwingen-bericht-op-sociale-media-te-wissen. Dat leidde tot Kamervragen, zie *Kamerstukken II* 2022/23, 2022Z25286. Op 3 februari 2023 oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat de burgemeester van Utrecht een jongen uit Zeist niet had mogen verbieden om een oproep tot opstand te plaatsen via Telegram omdat daarvoor de bevoegdheid ontbrak: Rb. Midden-Nederland 3 februari 2023, (*Eiser/Gemeente Utrecht*), AB 2023/82, m.nt. A.E. Schilder & J.G. Brouwer.

9. Rb. Amsterdam (vzr.) 1 december 2021, (*Erven X/Microsoft*), *Mediaforum* 2022/4,

m.nt. B. Kleinhout en J.L. Naves.

10. A.E. de Hingh, 'Het wetsvoorstel seksuele misdrijven. Over online én offline sexchatten en het opsporen van het online seksueel benaderen van kinderen', *Computerrecht* 2023/3.

11. Rb. Amsterdam 29 oktober 2021 (*Oracle/ SFDC en Salesforce*), *Mediaforum* 2021/6, nr. 16, m.nt. W.F. Korthals Altes.

12. J. Seghrouchni, 'Het arbeidsrechtelijk lot van de Uberchauffeur: een rit naar de arbeidsovereenkomst?', *Bb* 2021-21, nr. 96, p. 376.

13. HvJ EU 22 december 2022, ECLI:EU:C:2022:1016 (*Louboutin/ Amazon*). Geschreven vóór het arrest maar niettemin nuttig: E. Rosati, 'The Louboutin/ Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and Primary Liability Under EU Trade Mark Law', *European Intellectual Property Review* 2022, 44 (7); M. van Gerwen, 'Platformaansprakelijkheid in het Benelux-merkenrecht', *BMM Bulletin* 2022/2.

14. HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube & Cyando*), *Ars Aequi* 2021/1022, m.nt. D.J.G. Visser; *Computerrecht* 2021/210, m.nt. P. Polter;

Auteursrecht 2022, afl. 1, m.nt. J.P.

Quintais & C. Angelopoulos; M.P.A.

DeKoninck, 'Kunnen (video)deelplatformen de dans ontspringen voor aansprakelijkheid voor illegale downloads?', *NTER* 2021, afl. 7-8, p. 182-187.

15. N.A. de Werd & T.C. Bokhove, 'Wat is de rol en verantwoordelijkheid van online platforms in de digitale strijd tegen namaakproducten?', *Computerrecht* 2022/3.

16. C. Alberdingk Thijm, 'Knock Knock Who's There? Tussenpersonen, persoonsgegevens en de kunst van het juiste evenwicht', *Ars Aequi* 2022, 279; HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:985, bekrachtiging van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, dat in de vorige kroniek is besproken.

17. Rb. Den Haag 17 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2422, *Computerrecht* 2021/161, m.nt. J.J. Vermeij, zie ook de vorige 'Kroniek Technologie en Recht', *NJB* 2021/1223, afl. 15.

18. K.L. Maes & J. den Hartog, 'De opkomst van de drillrapscene: een schets van de zorgen en zorgplichten', *NTBR* 2021/28.

19. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4856.

Ook buiten de context van IE-inbreuk is er flink gediscussieerd over de rol van platforms bij onrechtmatige of anderszins onwenselijke content

onrechtmatige recensies van zorgaanbieders op review-platform Zorgkaart Nederland.²⁰

In de lagere Nederlandse rechtspraak kwamen diverse zaken voorbij over COVID-gerelateerde misinformatie, waarin politici en andere publieke figuren betoogden dat diverse platforms hun berichten of video's met kritiek op het COVID-beleid van de Nederlandse overheid ten onrechte hadden verwijderd.²¹ Hins besprak deze materie, en deze uitspraken, tijdens de VMC Studiemiddag over de regulering van online platforms.²² Ook Brouwer beschreef deze zaken in een interessant artikel over de horizontale doorwerking van vrijheid van meningsuiting via de algemene voorwaarden van platforms.²³

De Nederlandse rechtspraak is tot nu toe eensgezind dat het recht op vrijheid van meningsuiting voor een ieder niet een recht op het forum van zijn of haar keuze impliceert. De platforms hebben het recht om zelf te bepalen hoe zij hun beleid over (bijvoorbeeld) medische misinformatie in willen richten en hebben geen verplichting om wat hen betreft onwenselijke – maar niet noodzakelijkerwijs onrechtmatige – content te hosten en te verspreiden. De betreffende berichten en video's bleven dus offline. Alleen het permanent blokkeren van het LinkedIn-account van een politicus vanwege het herhaaldelijk plaatsen van COVID-misinformatie vond de Rechtbank Noord-Holland te ver gaan, met name vanwege een gebrek aan 'due process'. De berichten mocht het verwijderen, maar wat betreft permanente schorsing was het beleid van LinkedIn niet duidelijk genoeg, en kon zij niet voldoende aantonen dat zij de politicus had gewaarschuwd voor deze mogelijkheid, aldus de voorzieningenrechter. Hij liep wat dat betreft al vooruit op de destijds nog niet definitieve Digital Services Act, die wij hierna zullen bespreken.

Ook Microsoft moest een account dat zij had afgesloten weer heractiveren. In dit geval ging het om een account dat was afgesloten omdat daarin een kinderpornografische afbeelding was gevonden. Microsoft kon echter niet onderbouwen wat voor afbeelding het betrof en wat daarop te zien was, en kon (of wilde) de afbeelding ook niet overleggen. De Rechtbank Rotterdam meende daarom dat de afsluiting van het account onvoldoende onderbouwd was.²⁴ Het is een vaker voorkomend dilemma voor platforms die eenmaal als kinderpornografisch aangemerkt materiaal snel en permanent willen wissen, onder meer om medewerkers te beschermen en mogelijke sancties te vermijden, maar dan dus ook niet meer beschikken over het bewijsmateriaal als de beslissing wordt bestreden.

In de vorige kroniekperiode had de Rechtbank Amsterdam zich al uitgesproken over de aansprakelijk-

heid van Facebook voor advertenties die op zijn platform verschenen die frauduleuze bitcoininvesteringen aanprezen met gebruik van de portretfoto's van verschillende BN'ers.²⁵ In deze kroniekperiode kwamen ook Google en Twitter aan de beurt. Waar Facebook volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter geen beroep kon doen op de vrijstelling van aansprakelijkheid vanwege (o.a.) haar preventieve screening van advertenties, kon de Amsterdamse bodemrechter die vraag ten aanzien van Google en Twitter onbeantwoord laten. De rechtbank meende dat een antwoord op die vraag niet nodig is omdat de platforms naar het oordeel van de rechtbank voldoende maatregelen hadden getroffen om de bitcoin-advertenties te weren en dus niet zelf onrechtmatig handelen jegens de eisers.²⁶ Van een oordeel over de toelaatbaarheid van gevorderde aanvullende filtergeboden kwam het in deze zaken dan ook niet.²⁷ Een vordering van de Gemeente Bodegraven-Reeuwijk om Twitter te gebieden om te filteren op tweets die bij de gemeente werkzame personen in verband brachten met satanisch-pedofiele misdrijven werd afgewezen omdat die niet voldeed aan de eisen van het *Glawischnig-Pieszczek*-arrest van het HvJ EU.²⁸ Het gevorderde filter was niet specifiek genoeg en zou daarom te veel legale content raken, aldus de Rechtbank Den Haag.²⁹

Zoals altijd is het onder meer de porno-industrie die niet alleen de technologische maar ook de rechtsontwikkeling stimuleert.³⁰ Voor een website met *user-generated adult content*, vagina.nl, leidde de preventieve screening van content van derden tot aansprakelijkheid.³¹ De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat de beheerder van deze website geen beroep kon doen op de aansprakelijkheidsvrijstelling omdat hij alleen video's toeliet op de website nadat hij ze zelf had bekeken (hij gaf aan per dag zo'n 50 video's te bekijken, waarvan hij er zo'n 30 afkeurde). Die screening leidde volgens de rechtbank tot een zekere kennis en controle over het materiaal dat op de website werd geplaatst. Dat de op zich nogal vergaande vorderingen van de Stichting Stop Online Shaming werden toegewezen, had vermoedelijk ook te maken met het feit dat het (ten dele) ging om wraakporno en heimelijk gemaakte video's in saunas en pashokjes.

2.1.a. Het recht om vergeten te worden

Een onderwerp dat raakt aan zowel contentregulering als privacy, en veel weg heeft van oud-Hollands persrecht, is het zogenaamde 'recht om vergeten te worden'. Daarmee wordt bedoeld op het recht van natuurlijke personen om in bepaalde gevallen te verlangen dat zoekresultaten worden verwijderd uit de resultaten bij een zoekopdracht op hun naam.³² Naast de sinds 2014 bekende zaken over zoekmachines, passeerden onlangs ook zaken over (digitale archieven van) kranten de revue. Waar krantenarchieven lange tijd zo goed als onaantastbaar werden geacht vanwege hun historische functie,³³ oordeelden het EHRM en het Hof van Justitie in deze kroniekperiode dat een ingreep in het krantenarchief in sommige gevallen noodzakelijk kan zijn voor een juist evenwicht tussen de uitingsvrijheid van de krant en de privacy van de betrokkene, naar het lijkt juist *vanwege* de mogelijke ontsluiting van de betreffende archief-artikelen door zoekmachines. In *Hurbain* ging het om het anonimiseren van een twintigjarig oud artikel over een fataal auto-ongeluk.³⁴ In *Bian-*

cardi ging het om het de-indexeren (dus uitsluiten van vindbaarheid door zoekmachines) van een krantenartikel over een strafrechtelijk vergrijp.³⁵

Het Hof van Justitie liet zich ook uit over de vraag wie de bewijslast draagt bij een verwijderingsverzoek ten aanzien van een bronpagina waarvan de verzoeker stelt dat die onjuiste informatie bevat.³⁶ Het is in dat geval aan de verzoeker om aan te tonen dat de informatie kennelijk (of in het meer stellige Engels, 'manifestly') onjuist is.³⁷ Dat klinkt als een open deur in het licht van het Neder-

Zoals altijd is het onder meer de porno-industrie die niet alleen de technologische maar ook de rechtsontwikkeling stimuleert

landse bewijsrecht, maar week toch af van de conclusie van A-G Pitruzzella, die, naast het *prima facie* bewijs bij de verzoeker, meende dat van de zoekmachine kon worden gevergd dat zij contact zou opnemen met de eigenaar van de bronpagina om de feitelijke juistheid van de website te verifiëren.³⁸ De Rechtbank Den Haag paste dit arrest dezelfde maand nog toe in een zaak over een verwijder-

verzoek ten aanzien van een vermeend onjuiste review op ZorgkaartNederland.³⁹

De kroniekperiode omvatte nog enkele andere nationale rechtszaken tussen verzoekers en Google.⁴⁰ Belangrijkste is de uitspraak van de Hoge Raad in de langlopende procedure tussen Google en een plastisch chirurg over een zoekresultaat dat verwees naar informatie over haar tuchtrechtelijke veroordeling op de website zwartelijstartsen.nl.⁴¹ De Hoge Raad liet het afwijzende oordeel van het hof in stand, zonder zich uit te laten over de vraag of tuchtrechtelijke gegevens onder artikel 10 AVG vallen. De bronwebsite was toen overigens al uit de lucht na toewijzing van tamelijk draconische vorderingen tegen de exploitant ervan.⁴²

2.2. De implementatie van de verticale instrumenten uit 2018-2020

2.2.a. Terrorist Content Online Regulation

Op 7 juni 2022 trad de in de vorige kroniek al voorbesproken Verordening ter voorkoming van de verspreiding van terroristische online-inhoud in werking (in de Brusselse volksmond bekend als de Terrorist Content Online oftewel TCO-verordening).⁴³ Het verticale instrument is van toepassing op hostingdiensten die worden aangeboden in de EU. Daarbij moet de term 'hostingdienst' niet verward worden met de gelijknamige dienst onder de hierna nog te bespreken Digital Services Act. Wie de definities naast elkaar legt, ziet dat de TCO-dienst meer gelijkenis heeft met een online platform onder de DSA, al zou dat de TCO-dienst ook direct een hostingdienst maken – volgt u het nog? De platformdefinitiejungle is weer een term rijker.

20. W. Kroeze, 'Moderatie vóór publicatie van recensies: goed bedoeld, maar niet zonder risico's voor het internetplatform', *Tijdschrift voor internetrecht* 2022, afl. 6.

21. Rb. Amsterdam 18 augustus 2021 (*Blackbox en X/Google*)

ECLI:NL:RBAMS:2021:4308; Rb. Amsterdam 15 september 2021 (*FVD & X/Google*)

ECLI:NL:RBAMS:2021:5117; Rb. Rotterdam 29 oktober 2021 (*X/Facebook*)

ECLI:NL:RBROT:2021:10459; Rb. Noord-Holland 6 oktober 2021 (*X/LinkedIn*)

ECLI:NL:RBNHO:2021:8539. De auteurs traden op voor Google en LinkedIn.

22. Anouck Bakhuis, 'VMC Studiemiddag over regulering van online content', *Mediaforum* 2022, afl. 1.

23. B. Brouwer, 'Verwijdering van desinformatie door socialemediaplatforms met een beroep op de gebruikersvoorwaarden: ondernemersvrijheid of doorgeslagen "private censuur"?', *Contracteren* 2022, afl. 4, p. 170-175.

24. Rb. Rotterdam 23 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2252.

25. Rb. Amsterdam (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook*).

26. Rb. Amsterdam 18 mei 2022, (*Kelder/Twitter*) *Computerrecht* 2023, afl. 5, m.nt. M. Poulus, *UDH:IR/17639*, m.nt. M. Weij) en Rb. Amsterdam 18 mei 2022 (*Stichting Vladimir c.s./Google*)

ECLI:NL:RBAMS:2022:2638. De auteurs traden in de laatstgenoemde procedure op voor Google.

27. Overigens hadden twee BN'ers wel succes bij de Reclame Code Commissie en het College van Beroep. Het College van Beroep bevestigde namelijk de beslissing van Commissie, waarin de Commissie een klacht tegen Twitter over de herkenbaarheid van de bitcoinadvertenties als advertenties gegrond achtte: College van Beroep 10 mei 2022, 2021/00349 - CVB.

28. HvJEU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnij Pieszek/Facebook*).

29. Rb. Den Haag 4 oktober 2022, *Computerrecht* 2023/69, m.nt. N. Appelman.

30. bbc.com/news/business-48283409 en edition.cnn.com/2010/TECH/04/23/porn-technology/index.html.

31. Rb. Amsterdam 16 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:557 (*Stichting Stop Online Shaming & Stichting Expertise-*

bureau Online Kindermisbruik/Gedaagde), *Computerrecht* 2022/96, m.nt. M. Klos & B.B.E. van der Donk).

32. Voor een nuttig overzichtsartikel met betrekking tot RTBF-zaken buiten de EU zij verwezen naar David Erdoş (2021) 'The "right to be forgotten" beyond the EU: an analysis of wider G20 regulatory action and potential next steps', *Journal of Media Law*, 13:1, p. 1-35.

33. Zie bijvoorbeeld EHRM 16 juli 2013, *JIN* 2013/165, r.o. 59 met aldaar aangehaalde vindplaatsen.

34. EHRM 22 juni 2021, 57292/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD005729216 (*Hurbain*).

35. EHRM 25 november 2021, 77419/16, ECLI:CE:ECHR:2021:1125JUD007741916 (*Biancardi*).

36. HvJ EU 8 december 2022, C-460/20, ECLI:EU:C:2022:962 (*TU RE/Google*), m.nt. T.F. Walree.

37. HvJ EU 8 december 2022, C-460/20, ECLI:EU:C:2022:962 (*TU RE/Google*), r.o. 68.

38. HvJ EU C-460/20, Conclusie van Advocaat-Generaal Pitruzzella (*TU RE/Google*).

39. Rb. Den Haag 22 december 2022,

ECLI:NL:RBDHA:2022:14569. Het kantoor van de auteurs trad in deze zaak op voor Google.

40. O.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2021,

ECLI:NL:GHARL:2021:10370; HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:329, m.nt. E.J. Dommering, *NJ* 2022/259; Rb. Limburg 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6330; Rb. Den Haag 22 december 2022,

ECLI:NL:RBDHA:2022:14569. Het kantoor van de auteurs trad in deze procedures op voor Google.

41. HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:329, m.nt. E.J. Dommering, *NJ* 2022/259.

42. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 8 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:23, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2021, afl. 5, m.nt. A.C. Hendriks.

43. Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud, *PbEU* 2021, L 172.

De TCO is een *lex specialis* ten opzichte van bijvoorbeeld de DSA met specifieke verplichtingen en bevoegdheden ten aanzien van terroristische online content.⁴⁴ De verordening roept een 'one-hour rule' in het leven, die aanbieders van hosting diensten verplicht om de verspreiding van officieel als terroristisch aangemerkte content binnen een uur na melding aan te pakken.⁴⁵ Op die korte deadline werd forse kritiek geuit, onder andere door digitale burgerrechtenorganisatie EDRI die specifiek wees op kleinere platforms en start-ups. De 1 uurs-termijn laat geen ruimte om een verwijderbevel serieus te laten toetsen, laat staan door een rechter, terwijl de dreiging met serieuze boetes een even serieus risico creëert dat te veel wordt geblokkeerd.⁴⁶

De 1 uurs-termijn laat geen ruimte om een verwijderbevel serieus te laten toetsen, laat staan door een rechter

De verplichting om specifieke maatregelen te treffen om verspreiding van terroristische content tegen te gaan roept daarnaast vragen op over hoe ver die maatregelen moeten gaan en hoe dit zich verhoudt tot het algemene monitorverbod van artikel 15 Richtlijn elektronische handel (inmiddels artikel 8 DSA).⁴⁷ In Nederland is intussen al de Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud aangenomen;⁴⁸ de Autoriteit online Terroristisch en Kinderpornografisch Materiaal (ATKM) is aangewezen als instantie die verwijderbevelen kan uitvaardigen.⁴⁹

2.2.b. DSM-auteursrechtlijn

Tijdens de vorige kroniek introduceerden wij al de DSM-auteursrechtlijn (2019/790/EU), die onder meer meer specifieke exceptie introduceert voor AI-gerelateerde tekst- en datamining (artikel 3 en 4), een naburig recht creëert met betrekking tot online gebruik van perspublicaties (artikel 15), en onlinediensten voor het delen van content voorziet van aanvullende verantwoordelijkheden en mogelijk aansprakelijkheid in verband met inbreukmakende uploads van hun gebruikers (artikel 17). Inmiddels hebben (bijna)⁵⁰ alle lidstaten de richtlijn meer of minder creatief geïmplementeerd.⁵¹ Artikel 17 overleefde ternauwernood een politiek gemotiveerd en daarom gebrekkig onderbouwd nietigheidsberoep van Polen, met de strekking dat artikel 17 de facto verplichtte tot invoering van filters die een te grote inbreuk vormen op de uitingsvrijheid.⁵² Ondertussen maken persuitgevers uit heel Europa zich op voor onderhandelingen met allerhande techreuzen. We lopen de bepalingen in iets meer detail langs.

Nieuwe beperkingen voor tekst- & data mining

Met de invoering van twee verplichte IE-beperkingen voor tekst- & data mining ('TDM') sluit de richtlijn aan bij de ontwikkelingen op het gebied van kunstmatige intelligentie

(waarover verderop meer). Voor de praktijk is de beperking voor commercieel gebruik (artikel 4) vermoedelijk het meest relevant. Deze exceptie laat het toe om beschermde gegevens (tekst, geluid, afbeeldingen, of juist meer 'ruwe' data)⁵³ te *minen* voor het trainen van AI-modellen, mits deze materialen rechtmatig toegankelijk zijn en de rechthebbende het TDM-gebruik niet expliciet heeft verboden (wat online materiaal betreft in beginsel in machineleesbare vorm, wat dat ook precies moge betekenen). Een wel gehoorde kritiek op dat laatste vereiste is dat dit een afgeleide markt voor TDM-gegevens zou kunnen opleveren, waarbij commerciële dataminers aan de grillen van rechthebbenden zijn overgeleverd.⁵⁴ Daarnaast zou de invoering van deze nieuwe beperking het 'minen' als überhaupt auteursrechtelijk relevante handeling erkennen, terwijl bij het minen de gegevens niet daadwerkelijk worden geëxploiteerd op een manier die het auteursrecht probeert te beschermen.⁵⁵ Of dergelijke knelpunten daadwerkelijk een rem vormen op de Europese ambities om een beetje mee te doen met AI-ontwikkelingen, hopen we een volgend kroniekalgoritme te laten toelichten.

Het persuitgeversrecht

Artikel 15 van de DSM-auteursrechtlijn heeft in Nederland vorm gekregen in artikel 7b van de Wet naburige rechten (Wnr). Het persuitgeversrecht tracht (het verdienmodel van) de pers toekomstbestendiger te maken en een vrije en pluralistische pers online te kunnen onderhouden.⁵⁶ Net als het hierna nog te bespreken artikel 17 zou artikel 15 tot een *level playing field* tussen rechthebbende en platform moeten faciliteren.⁵⁷

De praktijk blijkt vooralsnog weerbarstig.⁵⁸ In Frankrijk dwong de mededingingsautoriteit Google om in onderhandeling te treden met een groep persuitgevers die betoogden dat Google misbruik maakte van haar machtspositie door aan te kondigen dat zij volgens uitgevers inbreukmakend gebruik van perspublicaties desgewenst zou staken, maar geen betaalde persrechtlicentie zou afnemen.⁵⁹ Een Duits-Europese collectieve beheersorganisatie (cbo) lanceerde na mislukte onderhandelingen een claim tegen Microsoft over gebruik van perspublicaties op Bing en MSN.⁶⁰ In Nederland heeft een groep mediabedrijven⁶¹ na gesprekken met elkaar en cbo-toezichthouder CvTA onlangs de Stichting Organisatie voor Persuitgeversrecht opgericht en goedgekeurd gekregen, waarmee de 22ste Nederlandse cbo een feit is.⁶²

Aansprakelijkheid van uploadplatforms

Artikel 17 DSM-auteursrechtlijn bleek bij nationale implementaties voor bijzondere uitdagingen te zorgen. De bepaling is lang en ingewikkeld en staat bol van bewust meerduidige formuleringen die getuigen van een heftige wetgevingsstrijd. Waar Nederland uit *Francovich*-angst koos voor een snelle en zo saai en tijdig mogelijke implementatie (zie onze vorige kroniek), kozen veel andere landen ervoor om te wachten op beloofde interpretatieve richtsnoeren van de Europese Commissie. Die kwamen uiteindelijk pas drie dagen vóór het verstrijken van de implementatietermijn, en brachten minder duidelijkheid dan gehoopt.⁶³ Ondertussen deed Duitsland een moedige poging om alle onmogelijke compromissen van artikel 17

Ondertussen kan men zich afvragen of enige nationale implementatieruimte die er op dit gebied was niet sowieso is weg geharmoniseerd door de DSA

in wettekst te vangen.⁶⁴ De Duitse wetgever introduceerde het fenomeen 'verondersteld toegestaan gebruik' voor content die voor minder dan de helft uit andermans content bestaat, en in ieder geval als andermans content een bepaalde kwantitatieve maatstaf niet haalt.⁶⁵ Deze content mag niet automatisch weggefilterd worden en moet ook na een klacht van de rechthebbende online blijven staan tot de afronding van een klachtprocedure.⁶⁶ Dat staat haaks op bijvoorbeeld de Spaanse implementatie, die juist vereist dat content dat onderwerp is van een klachtprocedure *offline* moet blijven tot aan de uitkomst van die procedure.⁶⁷ Dat is al ingewikkeld genoeg, terwijl niet op voorhand vaststaat welk nationaal recht van toepassing zou zijn op (bijvoorbeeld) een klacht van een Spaanse rechthebbende over een upload van een Duitse internetgebruiker. Ondertussen kan men zich afvragen of enige

ationale implementatieruimte die er op dit gebied was niet sowieso is weg geharmoniseerd door de DSA (om nog maar te zwijgen van het oorsprongslanbeginsel van de Richtlijn elektronische handel).

Een welkome reden voor veel lidstaten om te wachten met implementatie van artikel 17 (en voor de Commissie om te wachten met het publiceren van haar richtsnoeren) was dat het nog maar de vraag was of artikel 17 überhaupt geldig was. Polen had een vernietigingsverzoek ingediend bij het Hof van Justitie, waarin zij betoogde dat de formulering van artikel 17 lid 4 platforms feitelijk dwong om uploadfilters te introduceren, en dat dergelijke filters zouden zorgen voor excessieve beperking van de uitingsvrijheid. Hoewel deze klacht de vinger legde op een zere plek, bestond de perceptie dat het Polen er vooral om te doen was om de over de Poolse rechtstaat zeurende Europese Commissie een koekje van eigen grondrechtdeeg te geven. Dat verklaart vermoedelijk waarom de klacht niet werd gesteund door enige andere lidstaat – ook niet door landen zoals Nederland die, onder meer om de door Polen aangevoerde redenen, fel tegenstander waren geweest van artikel 17. Het verklaart mogelijk ook waarom Polen alleen klaagde over de verenigbaarheid van artikel 17 met de uitingsvrijheid, en weg bleef bij argumenten op basis van andere grondrechten, en diverse vrijhandelsverdragen die een copy-paste bevatten van de hosting-vrijwaring die artikel 17 lid 3 uitschakelt.

44. Zie hierover ook de memorie van toelichting bij het voorstel voor de DSA van de Europese Commissie, COM(2020)825.

45. TCO-verordening, art. 3(3).

46. EDRI, 'Warning: the EU's Digital Services Act could repeat TERREG's mistakes', 6 oktober 2021, te vinden op edri.org; L. Dutkiewicz & N. Krack, 'How to notice without looking: the "algorithmization" of terrorist content moderation in the Proposal for a Regulation on preventing the dissemination of terrorist content online [Part II]', 25 november 2020, te vinden op law.kuleuven.be/citip/blog/.

47. Zie ook Rauchegger & Kuczerawy, 'Injunctions to remove illegal online content under the eCommerce Directive: *Glawischnig-Piesczek*', *Common Market Law Review* 2020, vol. 57, iss. 5, p. 1495-1526.

48. *Handelingen II* 2022/23, nr. 39, item 55, 'Stemmingen Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud' (*Kamerstukken* 36138), 22 december 2022.

49. tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire-verslagen/kamer_in_het_kort/uitvoeringswet-verordening-terroristische-online; Rijksoverheid, 'Autoriteit Online Terroristisch en Kinderpornografisch Materiaal (ATKM) i.o.', via: rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/organisatie/organogram/directoraat-generaal-rechtspleging-en-rechtshandhaving-

dgrr/autoriteit-online-terroristisch-en-kinderpornografisch-materiaal-atkm.

50. Zie de Communia 'Eurovision DSM contest'-tracker om een beeld te krijgen van de implementatievoortgang, via: eurovision.communia-association.org.

51. Het rapport van dr. C. Angelopoulos, 'Articles 15 & 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market – Comparative National Implementation Report' beoordeelt elf verschillende implementaties van artikelen 15 en 17 DSM en concludeert dat vrijwel elke implementatie risico's met zich meebrengt.

52. HvJ EU 26 april 2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, *Computerrecht* 2022, 185, m.nt. F. Nieuwbourg (*Polen/Parlement en Raad*).

53. DSM-richtlijn, overweging 8; E. Rosati, 'Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790', Oxford University Press, 2021.

54. P.B. Hugenholtz, 'Artikelen 3 en 4 DSM-richtlijn: tekst- en datamining', *AMI* 2019/5.

55. European Copyright Society, 'General Opinion on the EU Copyright Reform Package', 24 januari 2017, europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf; P.B. Hugenholtz, 'Artikelen

3 en 4 DSM-richtlijn: tekst- en datamining', *AMI* 2019/5.

56. DSM-richtlijn, overweging 54.

57. Zie ook S. Scalzani, 'The New Related Right for Press Publishers: What Way Forward?', in: E. Rosati, *Handbook of European Copyright Law*, Routledge (2020). Zie ook: Ula Furgal, 'Empowered to negotiate or obliged to contract? Lessons from the Italian implementation of the press publishers' right', 14 april 2022, *Kluwer Copyright Blog*.

58. Zie bijvoorbeeld Ula Furgal, 'The Emperor Has No Clothes: How the Press Publishers' Right Implementation Exposes Its Shortcomings', *GRUR International*, XX(XX), 2023, p. 1-15, doi.org/10.1093/grurint/ikad025.

59. autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/droits-voisins-lautorite-fait-droit-aux-demandes-de-mesures-conservatoires.

60. 'Corint Media verklaagt Microsoft', *Frankfurter Allgemeine* 2 april 2022.

61. J. Eijssvoegel, 'Nederlandse mediabedrijven bundelen krachten in onderhandelingen met techreuzen', *NRC* 23 maart 2023. Het artikel noemt DPG, Mediahuis, FD Media-groep, Roularta Media Nederland en RTL. De publieke omroep heeft zich (nog) niet aangesloten bij OPR.

62. CvTA, 'Vaststelling cbo Stichting Organisatie voor Persuitgeversrecht', 23 maart

2023, via: cvta.nl/vaststelling-cbo-stichting-organisatie-voor-persuitgeversrecht/.

63. Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende artikel 17 van Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, 4 juni 2021, COM(2021) 288 final.

64. J. Waiblinger & J. Pukas, 'Implementation of Art. 17 DSM Directive into German National Law - the German Act on Copyright Liability of Online Content Sharing Service Providers (UrhDaG)', 28 februari 2022, *Kluwer Copyright Blog*; F.J. Hümmel, 'The German transposition of Article 17 of the Copyright DSM Directive and its 'presumed legal use': incompatible with EU law or a model for balancing fundamental rights in the age of upload filters?', *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022-17/1, p. 22-26; M. Leistner, 'The implementation of Art. 17 DSM-Directive in Germany a primer with some comparative remarks', infojustice.org/archives/43904.

65. Art. 10 UrhDaG: tot 15 seconden per geval van een cinematografisch werk of een bewegend beeld; ten hoogste 15 seconden per audiotrack; maximaal 160 tekens per tekst, en maximaal 125 kilobyte per fotografisch werk, foto of afbeelding.

66. Art. 9 UrhDaG.

67. Real Decreto-ley 24/2021, via: boe.es/eli/es/rdl/2021/11/02/24.

Mede tegen deze achtergrond was de algemene verwachting dat het Hof een interpretatie aan artikel 17 zou geven waarmee de bepaling verenigbaar is met de uitingsvrijheid – en zo geschiedde.⁶⁸ Zonder Münchhausianse tournures lukte dat niet: het Hof laat artikel 17 zichzelf aan de eigen haren uit het grondrechtenmoeras

Het Hof laat artikel 17 zichzelf aan zijn eigen haren uit het grondrechtenmoeras trekken

trekken door te oordelen dat artikel 17 niet in strijd *kon* zijn met de uitingsvrijheid of het verbod op algemene toezichtsverplichtingen omdat in artikel 17 lid 7 en 8 met zoveel woorden *staat* dat toepassing van artikel 17 niet mag leiden tot blokkering van rechtmatige content of een algemene toezichtsverplichting. Zo is grondrechtconform wetgeven wel heel eenvoudig.

Het arrest maakt wel duidelijk dat de bepalingen ter bescherming van gebruikers (lid 7 t/m 9) onlosmakelijk verbonden zijn met de bepalingen ter bescherming van rechthebbenden (lid 1 t/m 4). De zorgplicht om rechthebbenden te beschermen wordt niet alleen begrensd door de proportionaliteit van lid 5, maar ook door de resultaatsverplichting om gebruikers te beschermen. Artikel 17 lid 1 t/m 4 kan dus niet als half paard verder, artikel 17 staat of valt in zijn geheel. Inmiddels kan men zich afvragen of rechthebbenden met artikel 17 misschien verder van huis zijn, althans wat filteren betreft, dan zij waren geweest zonder; het filtermandaat van artikel 17 lid 4 en de Poolse klacht hebben het Hof gedwongen om de strenge filterbeperkingen uit de eerdere arresten *UPC Telekabel Wien*⁶⁹ en *Glawischnig-Piesczek*⁷⁰ te algemeneren, en meer principieel positie te kiezen ten gunste van de uitingsvrijheid.

De invoering van artikel 17 doet overigens niet af aan de relevantie van het hiervoor besproken arrest *YouTube & Cyando*. Artikel 17 is immers een *lex specialis* die alleen geldt voor 'onlinediensten voor het delen van inhoud'. Hoewel ook over die definitie de nodige onduidelijkheid bestaat,⁷¹ kunnen we aannemen dat veel hostingdiensten en online platforms er niet onder vallen. Hun aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden worden dus nog altijd bepaald door het kader van *YouTube & Cyando* (zoals inmiddels deels geïmplementeerd in, en overigens aangevuld door, de DSA).

2.2.c. AVMSD

De in onze vorige kroniek besproken herziene Richtlijn Audiovisuele mediadiensten (AVMS-richtlijn)⁷² is inmiddels al enige tijd in de Mediawet geïmplementeerd.⁷³ Voor deze kroniek zouden vooral de nieuwe bepalingen over videodeelplatforms van praktisch belang moeten zijn, ware het niet dat er op dit moment voor zover bekend geen aanbieders van videoplatformdiensten bestaan die in Nederland zijn gevestigd en dus onder het toezicht vallen van het Commissariaat voor de Media. Was tijdens de

parlementaire behandeling de hoop nog gevestigd op Dumpert.nl als potentiële Nederlandse videoplatformdienst, blijkt die zich inmiddels te hebben geregistreerd als commerciële mediadienst op aanvraag.⁷⁴

Bij gebrek aan Nederlands gereguleerde videoplatformdiensten hebben de praktische gevolgen van de nieuwe regels zich vooral gemanifesteerd bij aanbieders van on-demand audiovisuele mediadiensten die *gebruik maken* van (in andere landen gevestigde) videoplatformdiensten: *influencers* en vloggers. Nieuwe beleidsregels van het Commissariaat voor de Media over de kwalificatie van een audiovisuele mediadienst op aanvraag⁷⁵ bevestigen dat *content creators* die een videokanaal aanbieden op een videoplatformdienst als audiovisuele mediadienst op aanvraag kunnen kwalificeren, met name als zij hier geld aan verdienen (bijvoorbeeld door samen te werken met adverteerders).⁷⁶ Het Commissariaat richt zich vooralsnog op *content creators* die meer dan 500.000 volgers hebben op YouTube, Instagram of TikTok en voldoen aan de andere criteria uit de beslisboom die het Commissariaat in de beleidsregel heeft opgenomen.⁷⁷ Deze groep moet voldoen aan alle Mediawet-regels voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag, bijvoorbeeld omtrent registratie, reclame, sponsoring en productplaatsing. Bovendien moeten zij zich vaak ook houden aan de gedragscodes van de videoplatformdiensten waarop zij hun content aanbieden én aan de regels die de Stichting Reclame Code al langer voor hen had opgesteld.⁷⁸ Influencers worden inmiddels dus vanuit verschillende hoeken stevig gereguleerd.⁷⁹

Voor het overige is het in het digitale mediarecht vooral wachten op de verderop in deze kroniek te bespreken European Media Freedom Act.

2.2.d. P2B

De ook al in de vorige kroniek toegelichte Platform-to-Business verordening⁸⁰ (kortweg P2B-verordening) heeft tot nu toe een vrij roemloos bestaan geleid – in ieder geval in Nederland. Aan de ACM heeft het niet gelegen, zij publiceerde al concept-richtsnoeren⁸¹ met voorbeeldsituaties waarin de P2B-verordening kan ingrijpen. De ACM loopt daarmee echter op de muziek vooruit, want heeft nog niet de wettelijke bevoegdheid om de verordening te handhaven. De toch relatief eenvoudige wet die dit moet regelen is nog in behandeling bij de Tweede Kamer; de laatst bekende stand is dat de technische briefing van de behandelend commissie van 16 maart 2023 is geannuleerd vanwege onvoldoende aanmeldingen. Op 27 maart 2023 werd wel het Verslag vastgesteld.⁸²

2.2.e. Consumentenrecht

In de vorige kroniekperiode werden allerlei veelbelovende Europese richtlijnen geïntroduceerd op het gebied van online consumentenbescherming.⁸³ Inmiddels zijn die geïmplementeerd⁸⁴ in Nederlandse wetgeving, met name in boek 6 en boek 7 van het BW. Dat heeft vooralsnog niet geleid tot massale handhavingsacties van nationale toezichthouders tegen technologiebedrijven. De ACM is – veelal in gezamenlijkheid met andere Europese toezichthouders – in gesprek gegaan met een reeks aan grote online spelers, zoals Amazon,⁸⁵ Google⁸⁶ en TikTok.⁸⁷ Daarop hebben deze partijen de informatievoorziening aan gebruikers verbeterd.

In enkele gevallen werden platforms als ‘hulpje’ van toezichhouders ingezet om app-ontwikkelaars⁸⁸ en webshop-eigenaars⁸⁹ te verplichten zich aan consumentenregels te houden – en op te treden als dit niet gebeurt. Zoals wij in de vorige kroniek al signaleerden, kan dit problematisch zijn. Tegen besluiten van Shopify of Google staat immers geen (goedkope) bestuursrechtelijke rechtsgang open. Tot daadwerkelijke handhavingsactie van de ACM heeft dit allemaal niet geleid, ook niet bij partijen als Wish⁹⁰ en AliExpress.⁹¹ Wel pleit de ACM in Europa voor nóg strengere regels om zelfs in te grijpen in de vormgeving en de mate van personalisatie van websites, apps en games.⁹²

2.3. Digital Services Act

Terwijl op nationaal niveau nog werd gewerkt aan de uitvoering van de hiervoor besproken verticale instrumenten uit de periode 2018-2020, had het Europese wetgevingsapparaat zijn blik al verzet naar twee nieuwe projecten van een veel grotere omvang en ambitie: de

Digital Services Act en de in de volgende paragraaf te bespreken Digital Markets Act.

De Digital Services Act (DSA), het eerste van de twee nieuwe EU-techreguleringsvlagenschepen, is in razend tempo door het wetgevingsproces gevaren. Na onze bespreking van het voorstel⁹³ in de vorige kroniek sleutelden de Raad⁹⁴ en het Europees Parlement⁹⁵ aan de tekst, vonden er vurige trilogieën plaats, maar lag er in de zomer van 2022 een zo-goed-als-finale versie van de DSA klaar. Toen de juridisch linguïsten de laatste hand aan de tekst hadden gelegd, kon de DSA⁹⁶ in oktober 2022 gepubliceerd worden en op 16 november 2022 in werking treden. De 74 al behoorlijk gedetailleerde bepalingen uit het voorstel werden er 93, en op de valreep kreeg de Europese Commissie een ongekend toezichtsdossier in haar schoot geworpen.

Hoe dichter de dienstaanbieder bij de content van de gebruiker komt, hoe meer die dienst moet regelen.⁹⁷ Zo hoeven *mere conduit* en *caching* diensten ‘enkel’ aan officiële bevelen te voldoen, een contactpunt aan te wijzen,⁹⁸

68. HvJ EU 26 april 2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, *Computerrecht* 2022, 185, m.nt. F. Nieuwbourg (*Polen/Parlement en Raad*).

69. HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*). Zie: R.D. Chavannes, ‘Juist evenwicht’ in de praktijk – De toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in *UPC Telekabel Wien*, *AMI* 2015/2.

70. HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821, *NJ* 2019/436, m.nt. E.J. Dommering (*Glawischnig-Piesczek/Facebook*).

71. S. Depreeuw, ‘De “aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content” in de “richtlijn Digital Single Market” – Platformen, gebruikers, auteursrecht en aansprakelijkheid’, *Computerrecht* 2020/81.

72. Richtlijn *Pb EU* 2018, L 303, 28 november 2018, p. 69-92.

73. Wet van 30 september 2020, houdende wijziging van de Mediawet 2008 in verband met de implementatie van Richtlijn 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie, *Stb.* 2020, 391.

74. Zie cdvm.nl/registers/.

75. Beleidsregel van het Commissariaat voor de Media voor de kwalificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag 2022, *Stcrt.* 2022, 12438.

76. Art. 6 Beleidsregel kwalificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2022.

77. Art. 2(4) Beleidsregel kwalificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2022 en art. 3.29b Mediawet.

78. Nederlandse Reclame Code, reclamecode.nl en Reclamecode Social Media & Influencer Marketing, reclamecode.nl/nrc/reclamecode-social-media-rsm/.

79. Zie verder N. van der Louw, ‘Reclame door grote influencers strikter gereguleerd’, *IER* 2022/35; N. Feci, ‘Influencers and the legal implications of conflict as a genre of audiovisual content online’, *Computerrecht* 2021/60.

80. Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online tussenhandelsdiensten, *Pb EU* 2019, L 186, 11 juli 2019, p. 57-79.

81. ACM, 22 september 2022, ‘ACM consulteert leidraad over Platform-to-business-verordening voor onlineplatforms en onlinezoekmachines’.

82. *Kamerstukken II* 2022/23, 36285, nr. 5.

83. Richtlijn Digitale Inhoud en Digitale Diensten (EU) 2019/770; Richtlijn inzake Verkoop van Goederen (EU) 2019/771 en de Moderniseringsrichtlijn (EU) 2019/2161.

84. Wet van 20 april 2022 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/771 (Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud), *Stb.* 2022, 164 en Wet van 30 maart 2022 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en de Prijzenwet in verband met de implementatie van Richtlijn

(EU) 2019/2161 (Implementatiewet richtlijn modernisering consumentenbescherming), *Stb.* 2022, 157.

85. ACM, 2 december 2021, ‘Amazon.nl informeert klanten nu over updates bij aankoop slim apparaat’.

86. ACM, 23 juli 2021, ‘Google moet consumentenrechten beter naleven’ en ACM, 26 januari 2023, ‘Google informeert consumenten beter na gezamenlijke actie Europese toezichhouders’.

87. ACM, 21 juni 2022, ‘Gezamenlijke Europese toezichhouders dwingen TikTok tot aanpassingen’.

88. ACM, 7 mei 2021, ‘Google gaat app-aanbieders verplichten in appstore informatie over datagebruik te vermelden’.

89. ACM, 7 oktober 2022, ‘Shopify gaat malafide webshops weren van het platform’.

90. ACM, 26 juli 2022, ‘Wish stopt met schijnkortingen en prijspersonalisatie na actie ACM’.

91. ACM, 28 juli 2022, ‘AliExpress past voorwaarden aan ten gunste van consumenten na actie ACM’.

92. ACM, 21 november 2022, ‘ACM pleit voor strengere EU-regels voor bescherming van online consument’.

93. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG, COM(2020) 825 final d.d. 15 december 2020.

94. Algemene oriëntatie van de Raad van de Europese Unie, d.d. 18 november 2021. Te raadplegen via: data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13203-2021-INIT/

en/pdf.

95. Door het Europees Parlement aangenomen amendementen op het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een interne markt voor digitale diensten (Wet digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG d.d. 20 januari 2022. Te raadplegen via: data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13203-2021-INIT/en/pdf.

96. Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening), te raadplegen via: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065.

97. Zie over de gelaagde structuur van de DSA: Nicolo Zingales, ‘The DSA as a paradigm shift for online intermediaries’ due diligence: Hail to meta-regulation’, *VerfBlog*, 2 november 2022, verfassungsblog.de/dsa-meta-regulation/, DOI:10.17176/20221102-215609-0; Sebastian Felix Schwemer, ‘Digital Services Act: A Reform of the e-Commerce Directive and Much More 10 oktober 2022. prepared for A Savin, Research Handbook on EU Internet Law, 2022, available at SSRN: ssrn.com/abstract=4213014; P. Wolters, ‘De vlucht naar voren in de Digital Services Act’, *Ars Aequi* maart 2022; Martin Husovec & Irene Roche Laguna, ‘Digital Services Act: A Short Primer’, 5 juli 2022. Martin Husovec & Irene Roche Laguna, ‘Principles of the Digital Services Act’, Oxford University Press, Forthcoming 2023, te raadplegen via: ssrn.com/abstract=4153796.

98. Art. 11 en 12 DSA.

hun moderatieprocessen uit te leggen in hun algemene voorwaarden⁹⁹ en jaarlijks transparantieverslagen openbaar te maken.¹⁰⁰ Hostingdiensten, die op aanvraag van de dienstafnemer content opslaan, moeten ook gedetailleerd aan hun afnemers kunnen uitleggen dat en waarom ze iets met die content doen. Daarbovenop moeten online platforms, hostingdiensten die de door gebruikers geüploade content verspreiden aan het publiek, gebruikers de mogelijkheid geven om bij verschillende interne en externe fora te klagen over moderatiebeslissingen en transparant zijn over online reclame en aanbevelingssystemen. Voor de *very large* online platforms (VLOP's; meer dan 45 miljoen afnemers in de EU) gelden verzwaarde regels. Op 17 februari 2024 moeten alle gereguleerde spelers aan de nieuwe regels voldoen, maar de VLOP's zijn deze zomer al aan de beurt: de eerste aanwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie worden rond het ter perse gaan van deze kroniek verwacht, waarna de aangewezen VLOP's vier maanden hebben om aan de nieuwe regels te voldoen.

De DSA belooft nog decennia interpretatieplezier op te leveren

De DSA belooft nog decennia interpretatieplezier op te leveren. Wij zetten een paar van de meest saillante wijzingen en prangende vraagstukken uiteen.

2.3.a. Aansprakelijkheid

In het kader van 'als het (enigszins) werkt, dan werkt het' bleven de onderhandelingspartijen tijdens de trilogie vrijwel compleet af van de zogeheten 'safe harbours' (aansprakelijkheidsuitsluitingen) voor *mere conduit*, *caching* en *hosting* aanbieders.¹⁰¹ Zij zijn verplaatst van de Richtlijn elektronische handel naar de DSA, maar nauwelijks aangepast. Dat heeft voor- en nadelen: het is niet alsof die oude bepalingen zo duidelijk waren. De rechtsstrijd over de safe harbours zal onder de DSA dus wel doorgaan.¹⁰² Omdat de DSA een verordening is, krijgen de vrijwaringsbepalingen echter rechtstreekse werking.¹⁰³ De eigen nationale implementaties van de oude artikelen 14-16 Richtlijn elektronische handel (bij ons artikel 6:196c BW) zijn daarmee achterhaald.

2.3.b. Contentmoderatie

Contentmoderatie, het ontwerpen en handhaven van regels over welke inhoud wel en niet toegestaan is op een online dienst, is dankzij de DSA naast heet hangijzer en *buzzword* ook een EU-rechtelijk gedefinieerd begrip geworden. Volgens de DSA omvat contentmoderatie 'de door aanbieders van tussenhandeldiensten [...] uitgevoerde activiteiten die met name gericht zijn op het opsporen, identificeren en aanpakken van illegale inhoud of informatie die niet verenigbaar is met hun algemene voorwaarden, die wordt verstrekt door afnemers van de dienst [...]'.¹⁰⁴ Deze definitie lijkt in ieder geval moderatie door anderen dan het platform zelf uit te sluiten, maar is breed en vaag genoeg voor allerlei discussies en HvJ-verwijzingen (bij-

voorbeeld over de vraag hoe het zit met gebruikers die publieke groepen op het platform modereren of met de inzet van externe moderatiebedrijven).

De DSA introduceert een estafette van contentmoderatieprocessverplichtingen (woord van het jaar?). De premisse is dat gebruikers moeten weten dat bepaalde content niet toegestaan is op het platform, begrijpen hoe het platform daarop kan handhaven en op de hoogte zijn van de mogelijkheden om moderatiebeslissingen aan te vechten. De DSA zet daarmee in op het proces, niet op inhoudelijke regels.¹⁰⁵ De estafette van regels is als volgt: hostingdiensten (en online platforms en VLOP's daarboven) leggen in hun algemene voorwaarden uit wat wel en niet mag¹⁰⁶ en bieden een gebruiksvriendelijke manier aan om illegale content te melden.¹⁰⁷ Als ze content of een account van een gebruiker verwijderen, blokkeren, demonetiseren of opschorten, moeten ze dat gemotiveerd uitleggen onder verwijzing naar de overtreden wet of contractsbepaling.¹⁰⁸ Die motivering moeten ze voorts geanonimiseerd doorsturen naar de Europese Commissie, die alle motiveringen – dat zullen er miljoenen per dag zijn – opneemt in een (vooralsnog niet bestaande) openbare databank. Online platforms moeten gebruikers zes maanden de tijd geven om te klagen over de moderatie van hun content en/of de behandeling van hun melding. Bovendien moeten online platforms te goeder trouw meewerken aan procedures bij buitengerechtelijke geschillenbeslechtters en, in geval van verlies, alle kosten dragen.¹⁰⁹ Die geschillenbeslechtters moeten de lidstaten nog aanwijzen. De criteria voor aanwijzing zijn relatief vaag en de DSA schrijft geen maximumaantal beslechtingorganen voor. Dat biedt een kans voor toegankelijkheid voor gebruikers en een risico op fragmentatie van informele geschillenbeslechttingsrechtspraak.

2.3.c. Advertenties, aanbevelingssystemen, dark patterns en overige consumentenbescherming

In de vorige kroniekperiode zagen we al hoe het consumentenrecht steeds meer online kwam. Ook de DSA fungeert als een soort verlengstuk van het consumentenrecht *acquis* naar de platforms.¹¹⁰ Zo moeten platforms die consumenten in staat stellen om overeenkomsten op afstand aan te gaan met handelaren aan bepaalde *know your business customer*-verplichtingen voldoen. Met zijn maximumharmonisatie zorgt de DSA tegelijkertijd ook voor een begrenzing van dergelijke verplichtingen, wat oplegging van nog verdergaande bevelen vermoedelijk blokkeert.

De DSA toont daarnaast een duidelijke tendens naar meer transparantie en keuzemogelijkheden voor consumenten. Online platforms moeten voortaan reclame duidelijk als zodanig markeren en *realtime* informatie verschaffen over de adverteerder, degene die de reclame betaalt en eventuele parameters voor het richten ('targeten') van de reclame.¹¹¹ Bij targeting mag geen profilering met gebruik van bijzondere categorieën van persoonsgegevens¹¹² of persoonsgegevens van minderjarigen¹¹³ plaatsvinden. Online platforms moeten ook zorgen voor een functionaliteit waarmee gebruikers kenbaar kunnen maken of hun content een commerciële communicatie (in de zin van de Richtlijn elektronische handel) is of bevat. Geeft een gebruiker aan dat dat zo is, dan moet het platform de content duidelijk markeren. Daarbij is de defi-

nitie van commerciële communicatie breed, die omvat onder andere het direct of indirect promoten van de diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een gereguleerd beroep uitoefent. Dat roept de vraag op of elk advocatenkantoor dat een 'humbled & grateful' bericht over de nieuwe Chambers-rankings plaatst op een socialemediadienst, die post moet aanvangen als een commerciële communicatie. En zo ja, hoe moeten platforms die markering dan 'prominent' genoeg maken? Is dat anders dan bij betaalde reclame? Een en ander zullen de gereguleerde spelers wellicht met elkaar kunnen afspreken: de Commissie 'stimuleert' de opstelling van vrijwillige gedragscodes voor online reclame en wel uiterlijk op 18 februari 2025 (en de toepassing van die codes uiterlijk op 18 augustus 2025).¹¹⁴

Online platforms moeten voortaan in hun algemene voorwaarden ook aan hun gebruikers uitleggen hoe en waarom ze bepaalde content prioriteren. Op basis van deze verplichting, die doet denken aan een vergelijkbare verplichting met betrekking tot ranking in de P2B-verordening,¹¹⁵ moeten platforms inzichtelijk maken welke parameters hun 'aanbevelingssystemen' beïnvloeden en, waar mogelijk, hoe gebruikers daar verandering in kunnen brengen. Dat zet het raakvlak tussen aanbevelingssystemen en contentmoderatie op scherp.¹¹⁶ Als een platform alle posts met afbeeldingen van onder de 10 dots per inch (dpi) uit esthetische overwegingen demoveert, is dat dan contentmoderatie of (het inzetten van) een aanbevelingssysteem? Maakt het dan nog uit of dat in de algemene voorwaarden beschreven staat als een feit ('wij demoveren afbeeldingen van onder de 10 dpi') of een verbod ('wij staan niet toe dat afbeeldingen met minder dan 10 dpi hoog ranken')? Er staat genoeg op het spel om procedures en HvJ-verwijzingen aannemelijk te maken.

Ten slotte maakt (ook) de DSA korte metten met zogenaemde *dark patterns*: de inrichting of opmaak van

een gebruikersinterface die gebruikers misleidt om een keuze te maken die zij anders misschien niet hadden gemaakt. Of, in gewone mensentaal: irritante pop-ups met grote, opvallende 'knopjes' om toestemming mee te verlenen naast vrijwel onzichtbare 'knopjes' om toestemming te weigeren. Let wel: hét voorbeeld van de cookiebanner die schaamteloos voorsortteert op 'alle cookies toestaan' valt mogelijk niet onder deze bepaling. De DSA laat soortgelijke regels onder de AVG en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken namelijk onverlet.¹¹⁷ In de praktijk zullen *dark patterns* onder het generieke DSA-verbod kunnen vallen, maar ook privacy-implicaties én een consumentenrechtelijk randje hebben. Als een in Nederland gevestigd platform op die manier de mist in gaat, moeten de AP, ACM en de toekomstige DSA-toezichthouder (misschien ook wel de ACM) onderling uitvechten wie (in hoeverre) mag handhaven.

2.3.d. VLOP-verplichtingen

De *very large* online platforms (VLOP's), dat wil zeggen online platforms met meer dan 45 miljoen gebruikers in de EU (circa 10% van de EU bevolking), worden de komende weken aangewezen. De Europese Commissie doet dat aan de hand van de 'informatie over het gemiddelde aantal actieve afnemers' in de EU die alle online platforms inmiddels verplicht hebben gepubliceerd.¹¹⁸ De Europese Commissie verwacht, op basis van de tot dusver gepubliceerde informatie, in totaal negentien of twintig VLOP's aan te wijzen.¹¹⁹ Ze uitte zich kritisch naar platforms die ervoor kozen om 'informatie over' hun gebruikersaantal te publiceren door, zonder precieze aantallen te noemen, kortweg te verklaren dat ze onder de grens van 45 miljoen vielen.¹²⁰

De centrale premisse van verzwaarde VLOP-regulering is dat de VLOP's vanwege hun bereik en rol de grootste maatschappelijke risico's met zich meebrengen,¹²¹ de

99. Art. 14 DSA.

100. Art. 15 DSA.

101. Folkert Wilman, 'Between Preservation and Clarification: The Evolution of the DSA's Liability Rules in Light of the CJEU's Case Law', *VerfBlog* 2 november 2022.

102. Joan Barata, 'The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions: Obligations, Liabilities and Safeguards in Content Moderation', *VerfBlog*, 2 maart 2021, verfassungsblog.de/dsa-confusions/, DOI:10.17176/20210302-154101-0.

103. Miquel Peguera, 'The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law 53, p. 681-684, 2022, doi.org/10.1007/s40319-022-01205-7.

104. Art. 3(t) DSA, NB: de Nederlandse vertaling gebruikt de term 'inhoudsmoderatie'.

105. Art. 14 DSA. Pietro Ortolani, 'The Digital Services Act, Content Moderation and Dispute Resolution 1 februari 2023). Te

raadplegen via: ssrn.com/abstract=4356598; Christoph Busch, 'Regulating the Expanding Content Moderation Universe: a European Perspective on Infrastructure Moderation', *UCLA Journal of Law & Technology*, vol. 27, nr. 2, voorjaar 2022.

106. Art. 14 DSA; Naomi Appelman, João Pedro Quintais & Ronan Fahy, 'Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation: Is Article 12 DSA a Paper Tiger?', *VerfBlog*, 1 september 2021, verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06/, DOI 10.17176/20210901-233103-0.

107. Art. 16 DSA; P.T.J. Wolters & R.M. Gellert, 'Het "notice and action-mechanisme" van de DSA: een adequaat evenwicht tussen de betrokken belangen?', *Computerrecht* 2022/218.

108. Art. 17 DSA.

109. Daniel Holznel, 'A Self-Regulatory Race to the Bottom through Out-of-Court Dispute Settlement in the Digital Services

Act: How the DSA will introduce competition for the Meta Oversight Board (and the German FSM) and why we should be worried about this', *VerfBlog*, 16 maart 2022, verfassungsblog.de/a-self-regulatory-race-to-the-bottom-through-art-18-digital-services-act/, DOI:10.17176/20220316-121129-0.

110. P.T.J. Wolters, 'Privaatrechtelijke en consumentenrechtelijke bescherming in het DSA-voorstel', *TvC*, 2022-1; Christoph Busch & Vanessa Mak, 'Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation', *10 Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 2021, 109.

European Legal Studies Institute Osnabrück Research Paper Series, nr. 21-03.

111. Art. 26 DSA.

112. Art. 26(3) DSA.

113. Art. 28 DSA.

114. Art. 46(3) DSA.

115. Art. 5 P2B.

116. Paddy Leerssen, 'An end to shadow

banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation', *Computer Law & Security Review*, vol. 48, 2023, 105790, ISSN 0267-3649, doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105790.

Voor een bredere analyse van demovering als aanbeveling of contentmoderatie: Tarleton Gillespie, 'Do Not Recommend? Reduction as a Form of Content Moderation', *Social Media+ Society*, 8(3), 2022, 20563051221117552.

117. Art. 25(2) DSA.

118. Art. 24(2) DSA; art. 33 DSA.

119. *Politico Pro*, 'Commission to finish "very large online platforms" watchlist in next two weeks, 22 maart 2023, pro.politico.eu/news/161430.

120. twitter.com/eu_commission/status/1626544818686947330?s=46&t=vvwR80kr11PkqKd7JfKM6g.

121. Overweging 48 en 137 van de considerans bij de DSA.

VLOP's moeten voldoen aan de VIP-versie van de voor gewone online platforms geldende verplichtingen

meeste verdiensten hebben gehaald uit de decennia van vermeende onderregulering en (dus) het hardst hun best moeten doen om online platforms veilig en prettig te maken voor de EU-burgers. Dat betekent om te beginnen dat VLOP's moeten voldoen aan de VIP-versie van de voor gewone online platforms geldende verplichtingen. Waar alle online platforms *real-time* informatie over reclame moeten plaatsen, moeten VLOP's daarboven ook alle reclame op hun dienst minstens een jaar lang opnemen in een publieke reclam databank.¹²² VLOP's moeten niet alleen hun aanbevelingssysteem uitleggen, maar ook voor elk aanbevelingssysteem een versie aanbieden die niet is gebaseerd op profileren (in de zin van artikel 4(4) AVG).¹²³ Dat roept de vraag op hoe 'locatie' en 'interesses' in de definitie van profileren uitgelegd moeten worden: mag een VLOP Spaanse gebruikers nog overwegend inhoud in het Spaans voorschotelen? En gelden de accounts die een gebruiker volgt als interesse in de zin van artikel 4(4) AVG?

Daarnaast zijn VLOP's onderworpen aan (geheel) andere regels, die zijn gericht op het inkaderen en beperken van hun systemische risico's. Zo moeten VLOP's minstens elk jaar de systemische risico's van hun dienst in kaart te brengen, specifiek op het gebied van illegale content, negatieve effecten op de uitoefening van grondrechten, de burgerdialoog en verkiezingsprocessen en negatieve effecten met betrekking tot gendergerelateerd geweld en de volksgezondheid.¹²⁴ Als een VLOP dergelijke risico's constateert (de DSA lijkt te veronderstellen dat dit bij elke beoordeling gebeurt), moet het 'redelijke, evenredige en doeltreffende' maatregelen nemen om die te beperken.¹²⁵ Dit alles moet onder leiding van een interne compliance-functie, die beschikt over voldoende gezag, middelen en toegang tot het leidinggevend orgaan van de VLOP om intern toe te zien op de naleving van de DSA, en *ex-post* beoordeling van een externe auditor. Het risicobeoordelingsrapport, informatie over de genomen risicobeperkingsmaatregelen en het controlerapport van de auditor moet de VLOP openbaar maken. Erkende onderzoekers krijgen de gelegenheid om verdere informatie op te vragen om onderzoek te doen naar systeemrisico's.¹²⁶

De benieuwde lezer hoeft niet lang in spanning te blijven over de praktische invulling van deze beoordelingen: de DSA wordt op VLOP's van toepassing vier maanden nadat ze als zodanig zijn aangewezen door de Commissie.¹²⁷ Eurocommissaris Thierry Breton tweette dat ze er uiterlijk 1 september 2023 allemaal aan moeten geloven.¹²⁸

2.3.e. DSA-handhaving

Net als in het voorstel dat wij in de vorige kroniek bespreken, bepaalt de aangenomen DSA dat de lidstaat waarin

een dienst aanbieder zijn hoofdvestiging heeft de taak en bevoegdheid heeft om toe te zien op de naleving van de DSA. Elke lidstaat moet een Digital Services Coordinator (DSC, in het Nederlands Coördinator digitale diensten ofwel CDD) aanwijzen. De geruchten gaan dat dat in Nederland de ACM, in Ierland de nieuwe Media Commissie,¹²⁹ in Frankrijk de ARCOM¹³⁰ en in Duitsland de Bundesnetzagentur¹³¹ worden. Alle CDD's moeten de kennis en middelen hebben om naar behoren te kunnen handhaven.¹³² Hoewel de DSA een verordening is, lijken zulke vereisten zich, op z'n minst in de praktijk, te lenen voor een beetje nationale invulling. In de volgende kroniekperiode zullen we wellicht zien of er wezenlijke verschillen zijn tussen de middelen, prioriteiten, processen en strijdlust van de verschillende CDD's.

Het is geen toeval dat de naderende toepasselijkheid van de DSA op VLOP's geen aanleiding vormt voor lidstaten om haast te maken met de aanwijzing van CDD's. De Europese Commissie heeft namelijk de exclusieve bevoegdheid om toe te zien op de naleving van verplichtingen die specifiek voor VLOP's gelden (artikel 33-43 DSA);¹³³ de CDD in het vestigingsland mag weliswaar toezien op de naleving door VLOP's van andere (niet VLOP-specifieke) verplichtingen, maar alleen als de EC daarover nog geen procedure is begonnen. Dat belooft een flinke kluit voor de Europese Commissie, die zich bewust is van de uitdaging. In 2022 nam de Commissie al vakexperts aan en opende zij een kantoor in San Francisco waar de Nederlander Gerard de Graaf als *Senior EU Envoy for Digital to the US*¹³⁴ aan het roer staat.¹³⁵ De handhaving hoeft ook niet volledig uit de algemene begroting van de Unie te worden gefinancierd: VLOP's moeten een jaarlijkse toezichtsvergoeding betalen, die per aanbieder kan oplopen tot 0,05% van de jaarlijkse wereldwijde netto-inkomsten.¹³⁶

2.4. Digital Markets Act en generiek mededingingsrecht

Het tweede EU-techreguleringsvlaggenschip, de Digital Markets Act (Digitale Marktenverordening, DMA), is op 12 oktober 2022 gepubliceerd en trad in werking op 1 november 2022 en wordt van toepassing op 2 mei 2023, zes maanden na de inwerkingtreding.¹³⁷ Ook deze verordening is zeer ingrijpend, en is zeer snel aangenomen: binnen anderhalf jaar na het oorspronkelijke voorstel. Net als bij de DSA is de uiteindelijk door Parlement en de Raad aangenomen versie strenger dan het oorspronkelijke Commissie-voorstel.¹³⁸ De DMA ziet, net als het generieke mededingingsrecht, op het waarborgen van de concurrentie, ofwel de betwistbaarheid van markten. De DMA hanteert een drietal ingangscriteria, die bepalen of een bedrijf een zogeheten 'poortwachter' is. Als aan deze criteria wordt voldaan, moet de poortwachter voor bepaalde diensten, zogeheten 'kernplatformdiensten'¹³⁹ voldoen aan twee lijsten van gedetailleerde verplichtingen die het gedrag van de poortwachter reguleren. Deze 'need for speed' en 'one size fits all'-benadering¹⁴⁰ zijn kenmerkend voor de DMA. De keuze voor wettelijk vastgelegde *ex ante* gedragsverplichtingen op basis van eigen ingangscriteria zal muziek in de oren zijn van liefhebbers van de oorspronkelijke Telecommunicatiewet 1998.

Hieronder lichten we er drie punten uit.

Ten eerste, de DMA is een politiek instrument. Waar het mededingingsrecht door 27 nationale mededingings-

Daarmee hangt noodzakelijkerwijs veel meer af van de prioritering van deze ene toezichthouder

autoriteiten én de Commissie wordt toegepast en gehandhaafd, is de Commissie de enig handhaver van de DMA. Daarmee hangt noodzakelijkerwijs veel meer af van de prioritering van deze ene toezichthouder. Het is goed mogelijk dat de Commissie meer gerichte, strategische klappen uitdeelt aan poortwachters, door dan weer het ene, dan weer het andere grote techbedrijf tot mikpunt van handhaving te maken, afhankelijk van de (politieke) omstandigheden. In de literatuur wordt gesuggereerd dat platforms vrijwillig aanpassingen in hun producten maken om aan de DMA te voldoen, zodat de Commissie zich richt op 'lager hangend fruit'.¹⁴¹

Ten tweede, de DMA is bedoeld als snel instrument. De voornaamste reden dat de DMA is aangenomen, is dat het mededingingsrecht als instrument te langzaam werd bevonden. Na jaren van onderzoek konden toezichthouders wel een boete opleggen, maar was het leed op de digitale markt al geschied, althans dat is de gedachte. De DMA moet daarom bovenal snel zijn. Of dit in de praktijk ook het geval zal zijn, valt nog te bezien. ACM-voorzitter Martijn Snoep benadrukte dat de door de Commissie voorziene 80 FTE aan handhavers 'veel te weinig' is.¹⁴² Overigens wordt dit aantal naar verwachting pas in 2025 gehaald; voor die tijd moet de Commissie met nog minder riemen roeien. Dit terwijl de eerste periode van de

DMA cruciaal is – in die periode moeten bedrijven aangeven of ze een 'poortwachter' zijn (deadline: april 2023) en op welke wijze ze voldoen aan de DMA (deadline: augustus 2023). Dit zal ongetwijfeld lawines aan papierwerk opleveren. Desondanks moet de Commissie dit werk zeer zorgvuldig uitvoeren. Dit geldt met name voor het besluit waarin een bedrijf als 'poortwachter' wordt aangewezen, gelet op de enorme impact op de bedrijfsvoering en het business model.¹⁴³

Ten derde, de DMA is een (exclusief) Europees instrument. Ondanks de oproep van het European Competition Network van nationale toezichthouders¹⁴⁴ en het goedvolle betoog van ACM-voorzitter Snoep¹⁴⁵ om nationale mededingingstoezichthouders een rol te geven bij de handhaving van de DMA, zit er in de finale tekst van de DMA bitter weinig bevoegdheid voor de nationale toezichthouders. Die mag helpen bij marktonderzoek en bijstand bieden bij bedrijfsbezoeken en interviews. De enige bevoegdheid met enige gewicht is de bevoegdheid om zelf onderzoeken te starten naar de naleving van de lijsten met gedragsverplichtingen door poortwachters. Het onderzoeksrapport kan vervolgens naar de Commissie worden gestuurd, die er vervolgens iets mee kan doen, of niet. Overigens moet deze wettelijke bevoegdheid eerst door de lidstaat in nationaal recht geïntroduceerd worden. Nederland is hier al voortvarend mee aan de slag gegaan: het consultatievoorstel ligt er al.¹⁴⁶ Daarmee is de discussie niet gesust. Volgens ACM-voorzitter Snoep¹⁴⁷ zullen toezichthouders de roem en glorie die een zaak tegen Big Tech met zich meebrengt niet snel willen afstaan – zeker de Franse, Duitse, Nederlandse en Italiaanse toezichthouders niet. Als zij geen graantje kunnen meepikken van de DMA, zullen deze toezichthouders volgens Snoep geneigd zijn te opteren voor andere instrumenten, zoals het nog altijd bruikbare klassieke mededingingsrecht.

122. Art. 39 DSA.

123. Art. 38 DSA.

124. Art. 34(1) DSA; Asha Allen, 'An Intersectional Lens on Online Gender Based Violence and the Digital Services Act', *VerfBlog*, 1 november 2022, verfassungsblog.de/dsa-intersectional/, DOI:10.17176/20221101-215626-0.

125. Art. 35 DSA.

126. Art. 40 DSA.

127. Art. 92 DSA.

128. twitter.com/ThierryBreton/status/1604826442700935170.

129. gov.ie/en/campaigns/54a35-the-future-of-media-commission/.

130. arcom.fr/.

131. heise.de/news/Regulierung-Bundesnetzagentur-will-Deutschlands-Plattform-Aufseher-werden-7280311.html.

132. Julian Jaurisch, 'Platform oversight: Here is what a strong Digital Services Coordinator should look like', *VerfBlog*, 31 oktober 2022, verfassungsblog.de/dsa-dsc/, DOI:10.17176/20221031-220344-0.

133. Art. 56 DSA.

134. Volgens zijn Twitter-bio: twitter.com/EUinSF.

135. digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/job-opportunity-european-commission-hiring-experts-enforce-digital-services-act; eeas.europa.eu/eeas/usdigital-eu-opens-new-office-san-francisco-reinforce-its-digital-diplomacy_en?s=253.

136. Art. 43 DSA; Gedelegeerde verordening (EU) .../... van de Commissie tot aanvulling van Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad met de uitvoerige methodologieën en procedures voor de toezichtsvergoedingen die de Commissie in rekening brengt aan aanbieders van zeer grote onlineplatforms en zeer grote online zoekmachines, d.d. 2 maart 2023.

137. Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitalemarktenverordening), *Pb EU* 2022, L 265, 12 oktober 2022,

p. 1-66.

138. Voor nog meer highlights, zie *The Platform Law Blog*, 12 oktober 2022, 'The DMA has been published: Now the real challenges start'.

139. Online platforms, zoekmachines, social media, videoplatforms, chatdiensten, besturingssystemen, webbrowsers, virtuele assistenten, clouddiensten en online advertentiediensten.

140. Zie hierover: B. Schroeter & A. Hoyng, 'De Digital Markets Act als instrument voor het mededingingsbeleid in perspectief', *M&M* 2021, afl. 4-5. Dit themanummer van *M&M* gaat in zijn geheel over de DMA – een aanrader.

141. L. Crofts, T. Gil & N. Hirst, 'Big Tech leans on antitrust concessions to ease burden of EU's new digital markets law', *MLex* 12 augustus 2022.

142. M. Snoep, 'De rol van nationale toezichthouders bij handhaving van de Digital Markets Act', *M&M* 2021, afl. 4-5.

143. Zie voor een kritische beschouwing van deze aanwijzingsprocedure:

B. Schroeter & A. Hoyng, 'De Digital Markets Act als instrument voor het mededingingsbeleid in perspectief', *M&M* 2021, afl. 4-5 en *The Platform Law Blog*, 'One needed area of improvement for the Digital Markets Act: The designation of gatekeepers', 10 januari 2022.

144. ECN, Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, 'How national competition authorities can strengthen the DMA'.

145. M. Snoep, 'De rol van nationale toezichthouders bij handhaving van de Digital Markets Act', *M&M* 2021, afl. 4-5.

146. Internetconsultatie Uitvoeringswet digitalemarktenverordening (Digital Markets Act), internetconsultatie.nl/uitvoeringswetdma/b1 (consultatie gesloten op 10 april 2023).

147. M. Snoep, 'De rol van nationale toezichthouders bij handhaving van de Digital Markets Act', *M&M* 2021, afl. 4-5.

Dat dit risico maar al te realistisch is, blijkt wel uit de Duitse 'DMA'¹⁴⁸ – een wet die het Bundeskartellamt (BKA) in staat stelt om bedrijven met een 'überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb' specifieke gedragingen vooraf te verbieden. Klinkt bekend? De BKA heeft niet stilgezeten en ondertussen Facebook,¹⁴⁹ Amazon,¹⁵⁰ Google¹⁵¹ en Apple¹⁵² onderwerp gemaakt van onderzoek.

Generiek mededingingsrecht

Ook in klassiek technologiemededingingsland gebeurde er veel. Wij besteden daaraan niet meer dan een subpraagraaf; de komende kroniekperiode zal uitwijzen of het klassieke mededingingsrecht inderdaad door de DMA wordt gedegradeerd tot bijrol.

De komende kroniekperiode zal uitwijzen of het klassieke mededingingsrecht inderdaad door de DMA wordt gedegradeerd tot bijrol

De meest besproken maatregel die de ACM tijdens de kroniekperiode heeft opgelegd was het op 26 augustus 2021 opleggen van een last onder dwangsom aan Apple voor misbruik van een economische machtspositie. In haar contractuele voorwaarden voor de App Store verplichtte Apple app-ontwikkelaars om Apple's eigen 'In App Payment' (IAP) systeem te gebruiken (inclusief 30% commissie voor Apple). Ook verbood zij hun het linken naar andere betalingsmogelijkheden. De ACM legde een gedragsmaatregel op, gekoppeld aan een last onder dwangsom. Apple moest specifiek ontwikkelaars van dating apps¹⁵³ de mogelijkheid geven om betalingssystemen van derden te gebruiken en het deze developers mogelijk te maken om hun klanten op andere betalingsmogelijkheden te wijzen – buiten de app om.¹⁵⁴ Apple gaf zich niet meteen gewonnen. Na een verloren bestuursrechtelijk kort geding¹⁵⁵ liet Apple de last onder dwangsom tot de maximale € 50 miljoen oplopen. Pas in juni 2022 voldeed Apple aan de oorspronkelijke last van de ACM.¹⁵⁶ Critici noemden Apple 'een bedreiging voor de rechtsstaat'.¹⁵⁷ Het verdere verloop van de Apple-procedure kan overigens nog spannend worden voor de ACM. In de Europese tak van deze zaak leek de Europese Commissie voor te sorteren op dezelfde mededingingsrechtelijke verwijten, maar dan voor ontwikkelaars van muziekapps.¹⁵⁸ De Commissie koos er echter opvallend genoeg voor om de beschuldiging ten aanzien van het verplichte gebruik van het IAP-systeem volledig te laten vallen.¹⁵⁹ Mogelijk in aanloop naar de DMA, maar toch.

In een vogelvlucht dan nog even de andere ontwikkelingen. De Commissie legde geen boetes op, maar opende onderzoeken naar de Facebook Marktplaats,¹⁶⁰ de Adtech diensten van Google¹⁶¹ en Apple Pay.¹⁶² Zij sloot het onderzoek naar Jedi Blue – vermeende onbehoorlijke afspraken

tussen Google en Facebook – en accepteerde de toezeggingen van Amazon over het datagebruik en de 'Buy Box'.¹⁶³ Verder deed het Gerecht uitspraak over twee langlopende Google-boetedossiers: Google Shopping¹⁶⁴ en Google Android.¹⁶⁵ Beide boetes bleven grotendeels in stand.

2.5. Nieuwe verticale voorstellen

Men zou misschien verwachten dat de Europese tech-wetgever, na de diverse verticale instrumenten uit de periode 2018-2020 en de twee monsterwetten uit 2022, even pas op de plaats zou maken om te kijken hoe zij uitwerken. De Europese Commissie denkt daar duidelijk anders over, want tracht nog vóór de Europese verkiezingen van 2024 een aantal nieuwe voorstellen aangenomen te krijgen. Deze wetgevingsprocessen blijken zich uitstekend te lenen voor de voortzetting van een aantal langer lopende lobbytwesten, met name over encryptie, gerichte reclame en voorrechten voor persuitgevers.

2.5.a. CSAM-verordening

Het voorstel voor een Verordening tot vaststelling van regels ter voorkoming en bestrijding van seksueel misbruik van kinderen (de 'CSAM'-verordening) is een *lex specialis* ten opzichte van de DSA.¹⁶⁶ De verordening moet de tijdelijke verordening die het op dit moment mogelijk maakt dat (vooral grote) techbedrijven binnen hun elektronische communicatiediensten vrijwillig op kinderpornografisch materiaal scannen, vervangen.¹⁶⁷ De voorgestelde CSAM-verordening stelt daar een dwingend systeem voor in de plaats, met verplichtingen voor hostingdiensten, interpersoonlijke communicatiediensten (denk aan diensten als WhatsApp, Signal en Facebook Messenger) en mogelijk ook app stores.

Het voorstel kan op zowel positieve als negatieve reacties rekenen.¹⁶⁸ Voorstanders benadrukken dat techbedrijven het best gepositioneerd en gekwalificeerd zijn om dit type schadelijke content tegen te gaan en prijzen de waarborgen waarmee de EU de vereiste detectietechnologieën heeft omkleed en het installeren van een nieuw 'EU Centrum'.¹⁶⁹ Uit privacyrechtelijke hoek klinkt echter felle kritiek.¹⁷⁰ De 'detection orders' die voortaan aan online tussenpersonen kunnen worden opgelegd zouden feitelijk een systeem van algemene controle mogelijk maken en end-to-end encryptie ondermijnen.¹⁷¹ Technologieën die de detecties uitvoeren zouden onvermijdelijk ook 'false positives' opleveren en daarmee diepe impact (kunnen) hebben op de privacy van online users.¹⁷² Vooralsnog bevat het voorstel voor de nieuwe verordening geen grondslag voor online dienstenaanbieders om zelf vrijwillig te (blijven) scannen op kinderpornografisch materiaal binnen hun diensten.¹⁷³

Los van de beleidsmatige voor- en tegenargumenten is de CSAM-verordening opmerkelijk door zijn vorm en omvang: wederom een zeer uitgebreid pakket aan gedetailleerde, dwingende verplichtingen, met nieuwe definities en toezichthouders en sancties. Zonder afbreuk te doen aan het belang van het onderwerp en ieders goede bedoelingen, kan men zich afvragen of met een amendement op de DSA had kunnen volstaan.

2.5.b. (Politieke) advertenties

Het voorstel voor een verordening betreffende transparantie en gerichte politieke reclame, bevindt zich inmid-

dels in de triloofase.¹⁷⁴ De verordening moet geharmoniseerde regels vaststellen voor het aanbieden van politieke reclamediensten, met transparantie- en zorgvuldigheidseisen voor sponsors en aanbieders van politieke reclamediensten, en voor het gebruik van targeting- en advertentietechnieken in verband met politieke reclame. Op verschillende plaatsen lijkt sprake te zijn van, zacht gezegd, raakvlakken met de DSA. De DSA bevat immers

Verschillende schrijvers laten zich al kritisch uit over de brede en relatief vage definitie van 'politieke advertenties' en de mogelijke negatieve impact op de uitingsvrijheid

148. GWB-Digitalisierungsgesetz,

18 januari 2021, BGB 2021, nr. 1, p. 2.

149. BKA, 'Meta (Facebook) responds to the Bundeskartellamt's concerns – VR headsets can now be used without a Facebook account', 23 november 2022.

150. BKA, 'Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies', 18 mei 2021.

151. BKA, 'Statement of objections issued against Google's data processing terms', 11 januari 2023.

152. BKA, 'Proceeding against Apple based on new rules for large digital companies', 21 juni 2021.

153. De ACM had de relevante markt vastgesteld op dating apps – gekoppeld aan het feit dat een van de grootste klagers bij de ACM de Match Group (Tinder) betrof.

154. ACM, 'ACM verplicht Apple onredelijke voorwaarden voor App Store aan te passen', 12 december 2021.

155. Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851.

156. ACM, 'ACM: Apple wijzigt onredelijke voorwaarden en staat alternatieve betaalmethoden in datingapps toe', 11 juni 2022.

157. D. Gerardin, 'Is Apple a threat to the rule of law?', *The Platform Law Blog*, 7 februari 2022

158. Commissie, 'Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers', 30 april 2021.

159. Commissie, 'Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers', 28 februari 2023.

160. Commissie, 'Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Facebook', 4 juni 2021.

161. Commissie, 'Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector', 22 juni 2021.

162. Commissie, 'Commission sends Statement of Objections to Apple over practices regarding Apple Pay', 2 mei 2022.

163. Commissie, 'Commission accepts commitments by Amazon barring it from using marketplace seller data, and ensuring equal access to Buy Box and Prime', 20 december 2022.

164. Gerecht 10 november 2021, T-612/17.

165. Gerecht 14 september 2022, T-604/18.

166. Voorstel voor een verordening van het Europees parlement en de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming en bestrijding van seksueel misbruik van kinderen, Brussel 11 mei 2022, COM(2022) 209 final.

167. Verordening (EU) 2021/1232 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juli 2021 betreffende een tijdelijke afwijking van sommige bepalingen van Richtlijn 2002/58/EG ten aanzien van het gebruik van technologieën door aanbieders van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten voor de verwerking van persoonsgegevens en andere gegevens ten behoeve van de bestrijding van online seksueel misbruik van kinderen, *PBEU* 2021, L 274, 30 juli 2021.

168. Zie hierover bijvoorbeeld het rapport door S.K. Witting & M.R. Leiser, 'Expert

ook transparantieverplichtingen en bepaalde commerciële reclame kan ook politieke reclame zijn als het mogelijk stemgedrag kan beïnvloeden.¹⁷⁵ Verschillende schrijvers laten zich al kritisch uit over de brede en relatief vage definitie van 'politieke advertenties' en de mogelijke negatieve impact op de uitingsvrijheid.¹⁷⁶

2.5.c. European Media Freedom Act

Last but not least buigen het Europees Parlement en de Raad zich momenteel over een voorstel van de Europese Commissie voor een 'Verordening mediavrijheid' (in de Brusselse volksmond aangeduid als European Media Freedom Act oftewel EMFA).¹⁷⁷ Het doel is om pluralisme en de onafhankelijkheid van media in de EU te waarborgen. De aanleiding is de groeiende politieke en economische bedreiging van nieuwsmedia in Europa.¹⁷⁸ Het voorstel zegt zelf voort te bouwen op de AVMS-richtlijn en volledig in lijn te zijn met de Richtlijn elektronische handel en de P2B-verordening. Hierna komt aan de orde dat dat in de praktijk nog wel eens anders kan zijn.¹⁷⁹

Belangrijke onderwerpen die in het EMFA-voorstel aan bod komen zijn redactionele onafhankelijkheid, het

Workshop on EU Proposed Regulation on Preventing and Combatting Child Sexual Abuse – Outcome Report', CoE, ECPAT & Universiteit Leiden 2022, rm.coe.int/outcome-report-of-the-expert-workshop-on-eu-proposed-regulation-on-pre/1680aa00e4.

169. Thorn, 'Open Letter: Thorn and 90+ Organizations Welcome the EU's Proposal to Prevent and Combat Child Sexual Abuse', 31 mei 2022, thorn.org/blog/open-letter-thorn-and-50-organizations-welcome-the-eus-proposal-to-prevent-and-combat-child-sexual-abuse/.

170. EDPB-EDPS, 'Joint Opinion 4/2022 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse', 28 juli 2022, edpb.europa.eu/system/files/2022-07/edpb_edps_joint_opinion_202204_csam_en_0.pdf

171. C. Goujard, 'Parliament study blasts "disproportionate" EU child sexual abuse bill', *Politico* 13 april 2023.

172. EDRI, 'European Commission's online CSAM proposal fails to find right solutions to tackle child sexual abuse', 11 mei 2022, edri.org/our-work/european-commissions-online-csam-proposal-fails-to-find-right-solutions-to-tackle-child-sexual-abuse/.

173. De tijdelijke grondslag die Verordening 2021/1232 daarvoor biedt loopt in augustus 2024 af.

174. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende transparante en gerichte politieke reclame, SEC(2021) 575 final. Te raadplegen via: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0731.

175. Aldus een recent amendement van het Europees Parlement (overweging 17b), te raadplegen via: europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0027_EN.html.

176. Zie bijvoorbeeld: Joan Barata, 'Regulation of online political advertising in Europe and potential threats to freedom of expression', *Media@LSE* blog 9 maart 2023. Te raadplegen via: blogs.lse.ac.uk/media-se/2023/03/09/regulation-of-online-political-advertising-in-europe-and-potential-threats-to-freedom-of-expression/; vgl. ook Paul Kreijger, 'De Verordening transparantie en gerichte politieke reclame – een eerste verkenning', *Mediaforum* 2022/2.

177. Zie het corrigendum van het voorstel van de Europese Commissie voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een gemeenschappelijk kader voor mediadiensten op de interne markt ('Verordening mediavrijheid') en tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU, COM(2022)457.

178. Zie memorie van toelichting bij het voorstel op p. 3. Zie ook C. Goujard, 'EU countries concerned about law to protect editorial independence', *POLITICO Pro*, 23 november 2022. Zie ook L. van den Bosch, 'Verslag VMC Studiemiddag – European media Freedom Act', *Mediaforum* 2022-4.

179. Zie memorie van toelichting bij het voorstel op p. 5. Toch hebben lidstaten gewezen op de onduidelijke verhouding tussen de EMFA en de AVMSD, zie Nota van de Raad van de Europese Unie, Interinstitutioneel dossier 2022/0277(COD), 14440/1/22, 25 november 2022, p. 8.

voorkomen van spyware, onafhankelijkheid van publieke media, mediapluralisme en bescherming van mediacontent online.¹⁸⁰ Het voorstel bevat een bijlage met vrijwillige *best practices* om bijvoorbeeld redactionele onafhankelijkheid te promoten. Verder stelt de Europese Commissie voor om een nieuwe toezichthouder voor mediavrijheid, de 'European Board for Media Services', in te zetten die de ERGA¹⁸¹ zal vervangen. Dit nieuwe orgaan zou de toepassing van EU-mediawetgeving bevorderen door het verstrekken van richtsnoeren, het uitbrengen van adviezen over nationale maatregelen en het coördineren van nationale regelgevende maatregelen met betrekking tot niet-EU-media. De daadwerkelijke onafhankelijkheid van dit orgaan is door lidstaten in twijfel getrokken.¹⁸² Als verordening zal de EMFA rechtstreeks van toepassing zijn in de EU.

De EMFA richt zich voornamelijk op audiovisuele mediadiensten als gedefinieerd in de AVMS-richtlijn, en perspublicaties zoals gedefinieerd in de DSM-auteursrechtlijn. Deze twee soorten diensten worden samen gevangen onder de nieuwe definitie 'mediadienst', die op verschillende plaatsen in het voorstel terugkomt. Dat is vermoedelijk vragen om ongelukken, omdat de twee soorten diensten vooralsnog totaal anders worden gereguleerd. Audiovisuele mediadiensten hebben al decennia hun eigen EU-richtlijn (de AVMS-richtlijn), die de EMFA op nogal onhandige manier aanvult en doorkruist. Perspublicaties daarentegen zijn in het EU-recht weliswaar voorzien van rechten (de persuitgeversrechten van artikel 15 DSM-auteursrechtlijn) maar niet eerder onderworpen aan verplichtingen of overige vormen van regulering. Uitgevers en journalisten zijn niet enthousiast over dat laatste vooruitzicht. Reacties vanuit audiovisuele hoek, zoals de in ERGA verenigde mediatoezichthouders en belangengroepen van omroepen en streamingdiensten, zijn positiever.¹⁸³ De mensenrechtenorganisatie Article 19 en een groep met andere organisaties voor journalisten, mediavrijheid en mensenrechten hebben het initiatief ook verwelkomd maar benadrukken dat het voorstel verbeterd moet worden. Ze willen onder andere meer transparantie in mediabeziet, regels voor financiële relaties tussen de staat en media, en garanties voor de bescherming van bronnen.¹⁸⁴

Gezien de verdere inhoud van deze kroniek verdient één aspect van het EMFA-voorstel nadere bespreking. Artikel 17 bevat namelijk een verplichting voor 'zeer grote online platforms' (dat zijn dezelfde VLOP's als eerder besproken onder de DSA) om een verklaring te geven voor het opschorten van diensten met betrekking tot content die door een aanbieder van een mediadienst is geleverd. Wanneer de aanbieder van een mediadienst merkt dat een VLOP vaak zonder duidelijke reden zijn dienst beslist op te schorten, moet de VLOP een 'zinvolle en effectieve dialoog' aangaan met die aanbieder. Dit geldt alleen ten aanzien van aanbieders van mediadiensten die hebben verklaard dat zij redactioneel onafhankelijk zijn van lidstaten en andere landen en onderworpen zijn aan wettelijke voorschriften voor de uitoefening van redactionele verantwoordelijkheid in één of meer lidstaten.¹⁸⁵ Volgens Barata is dit problematisch omdat deze twee criteria erg moeilijk te beoordelen zijn; zo is het begrip redactioneel onafhankelijkheid niet bij wet gedefinieerd. Dit leidt

volgens hem tot een onmogelijke taak voor VLOP's. Bovendien vindt hij deze bepaling willekeurig en discriminerend, aangezien een social media post door een commerciële omroep bijvoorbeeld zorgvuldiger zou worden behandeld dan de content van een grote mensenrechtenorganisatie die bericht over mogelijke misdaden tegen de menselijkheid.¹⁸⁶

Ook deze bepaling zal vermoedelijk nog voorwerp zijn van een uitgebreide lobby, want vormt de voortzetting van een strijd die ook al is gevoerd in het kader van de uitvoering van artikel 15 DSM-auteursrechtlijn en de totstandkoming van de DSA: hebben uitgevers van perspublicaties bijzondere rechten als het gaat om doorgifte van hun publicaties op online platforms? Als het aan sommige uitgevers ligt, wordt aan platforms een

Als het aan sommige uitgevers ligt, wordt aan platforms een 'must carry, must pay'-verplichting opgelegd

'must carry, must pay'-verplichting opgelegd: zij moeten publicaties van persuitgevers doorgeven (ook als die in strijd zijn met de regels die de platforms stellen) en zij moeten de uitgevers daarvoor een vergoeding betalen (ook als die doorgifte meer waarde heeft voor de uitgever dan voor het platform). Die gedachte, die wordt verdedigd vanuit het algemeen belang van toekomstigbestendige journalistiek en de stelling dat platforms advertentie-inkomsten genieten die vroeger aan persuitgevers toekwamen, vindt weinig weerklank bij de desbetreffende platforms.

Lidstaten hebben ondertussen hun twijfels over de juridische basis voor de EMFA. De Commissie baseert de EMFA op artikel 114 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) dat voorziet in de bevordering van de interne markt. Lidstaten zoeken naar een link tussen het voorstel en de interne markt, en de bevoegdheid van de Unie om te wetgeven over alle kwesties die worden gedekt door de EMFA.¹⁸⁷ Ondertussen gaat de beraadslaging in de Raad en het Parlement door.

2.6. Coherentie en consistentie

Als er één ding duidelijk wordt bij het lezen van deze kroniek, dan is het dat er inmiddels een wirwar aan Europese instrumenten is ontstaan waarvan de precieze verhouding onduidelijk is. Met overkoepelende instrumenten als de DSA en DMA en sectorspecifieke instrumenten als de P2B-verordening, AVMS-richtlijn en DSM-auteursrechtlijn, die vaak net niet dezelfde definities bevatten maar wel overlappen, ontbreekt het totaalplaatje. De meeste instrumenten geven wel aanwijzingen. Zo bepaalt de DSA dat deze geen afbreuk doet aan andere instrumenten, zoals de AVMS-richtlijn, de TCO-verordening, de P2B-verordening en de DSM-

auteursrechtlijn.¹⁸⁸ Anderzijds bepaalt de DSA ook dat deze wel van toepassing is op 'aangelegenheden die niet of niet volledig door die andere rechtshandelingen zijn aangepakt, alsook op aangelegenheden waarvoor die andere rechtshandelingen de lidstaten de mogelijkheid laten om bepaalde maatregelen op nationaal niveau vast te stellen', voor zover ze dezelfde doelstellingen nastreven als de DSA.¹⁸⁹

Er bestaat dus een *lex specialis*- en *lex generalis*-verhouding tussen specifieke regels en de DSA. De samenwerking tussen de DSA en artikel 17 DSM-auteursrechtlijn is bijvoorbeeld uitgebreid besproken door academici.¹⁹⁰ Zij concluderen dat de DSA de regels in artikel 17 aanvult en dat de regels in de DSA dus ook op OCSSP's mogen worden toegepast zolang deze niet in strijd zijn met de regels in artikel 17. Ook wat betreft de DMA is betoogd dat deze zo moet worden toegepast dat deze niet in strijd is met regels in andere instrumenten, zoals de AVMS-richtlijn.¹⁹¹ Maar hoe dat op detailniveau moet werken, bijvoorbeeld als twee verschillende instrumenten een net iets ander *notice & action*-mechanisme voorschrijven, is voer voor enkele decennia aan prejudiciële verwijzingen (over de vorige Auteursrechtlijn uit 2001 is het Hof ook nog lang niet uitverklaard).¹⁹²

Even onduidelijk is in hoeverre lidstaten nog ruimte hebben om hun eigen regels toe te passen op situaties waarin EU-instrumenten van toepassing zijn. De DSA beoogt blijkens overweging 10 maximumharmonisatie, maar waar precies de grenzen liggen van het gecoördineerd gebied is voer voor discussie. Andere instrumenten, zoals de AVMS-richtlijn, beogen juist minimumharmonisatie. Als de DSA en AVMS-richtlijn allebei van toepassing zijn, is onduidelijk of lidstaten nog ruimte overhouden voor eigen regels op basis van de AVMS-richtlijn, of dat de DSA zulke nationale regels buiten spel zet (voor zover die binnen de scope van de DSA vallen). Het zijn op het eerste gezicht theoretische discussies, die in de praktijk echter zorgen voor politiek en commercieel flink beladen discussies.

In afwachting van mogelijk richtinggevende uitspraken van het Hof van Justitie blijven we puzzelen met alle verschillende bepalingen.

Handhaving: toezichhouderspaloosa en WAMCA

Een wirwar van EU-wetten brengt niet alleen een bijbehorende wirwar aan definities (zie daarvoor al onze vorige kroniek), maar ook van toezichhouders. Bijna elke EU-wet voorziet in de oprichting van weer een andere Expert Group of andere verzameling van nationale toezichthouders, die met meer of minder sturende steun van de Europese Commissie overleggen over gezamenlijke uitdagingen en lastige gevallen. Alleen al de DSA voorziet in de mogelijkheid van meerdere toezichthouders per land, waarvan één als 'Digital Services Coordinator' een samenwerkings- en machtsdans mag uitvoeren met de Europese Commissie en andere nationale DSC's. In Nederland wordt de DSC-hoofdrol vermoedelijk toebedeeld aan de ACM, met bijrollen voor het Commissariaat voor de Media en de Autoriteit Persoonsgegevens. De Nederlandse situatie valt overigens nog mee: in Duitsland wordt die competentiestrijd deels ook gevoerd met en tussen meerdere toezichthouders van de afzonderlijke *Länder*.

Ondertussen is het *belang* van wie op nationaal toezicht houdt op de naleving van de DSA relatief beperkt: vooral als gevolg van collectief wantrouwen van andere lidstaten jegens het Ierse (privacy)toezicht is het toezicht op de grote platforms grotendeels voorbehouden aan de Europese Commissie, die daarmee een taak in de schoot geworpen kreeg waarvoor het amper ervaring of mankracht had.

Handhaving van technologierecht is uiteraard niet voorbehouden aan toezichthouders. Naast individuele civiele zaken zoals hiervoor besproken, ontstaat ook een steeds grotere rol van collectieve handhaving in de vorm van *class actions*. Onder meer vanwege de gepercipieerde ruimhartige procesrechtelijke voorwaarden van de in 2020 ingevoerde Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA)¹⁹³ is Nederland vooralsnog het Europese epicentrum van deze ontwikkeling.¹⁹⁴ Tegenvallende uitkomsten en de bredere implementatie van de Richtlijn representatieve vorderingen¹⁹⁵ zouden daarin verandering kunnen brengen.

Hoe dat ook zij, in de ruim drie jaar sinds inwerking-treding van de WAMCA zijn tientallen massaclaims ahangig gemaakt, waaronder diverse op het gebied van het

180. Zie het persbericht van de Europese Commissie over het voorstel, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5504. Zie verder: F.J. Cabrera

Blázquez, 'The proposal for a European Media Freedom Act', *European Audiovisual Observatory*, Strasbourg, 2022, rm.coe.int/note-emfa/1680a9af14.

181. European Regulators Group for Audiovisual Media Services.

182. Nota van de Raad van de Europese Unie, Interinstitutioneel dossier 2022/0277(COD), 14440/1/22, 25 november 2022, p. 11.

183. Voor een overzicht zie F.J. Cabrera Blázquez, 'The proposal for a European Media Freedom Act', *European Audiovisual Observatory*, Strasbourg, 2022, p. 34. Zie

ook Persbericht ERGA, 4 oktober 2022; Persbericht European Broadcasting Union van 16 september 2022; Persbericht Association of Commercial Television and Video on Demand Services in Europe, 16 september 2022. Het standpunt van de European Broadcasting Union is ook besproken in L. van den Bosch, 'Verslag VMC Studiemiddag – European media Freedom Act', *Mediaforum* 2022-4.

184. Zie o.a. Persbericht Association for European Journalists, 16 september 2022 en Persbericht Article 19, 16 september 2022.

185. Art. 17 van het EMFA-voorstel.

186. J. Barata, 'Protecting Media Content on Social Media Platforms: The European Media Freedom Act's Biased Approach',

Verfassungsblog, 25 november 2022.

187. Nota van de Raad van de Europese Unie, Interinstitutioneel dossier 2022/0277(COD), 14440/1/22, 25 november 2022, p. 7.

188. Art. 1(1) DSA.

189. Overweging 10 DSA.

190. T. Shapiro, 'Live and Let Live – Copyright and the DSA', 6 september 2021, wigg.in.co.uk/insight/live-and-let-live-copy-right-and-the-dsa/; J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the

Digital Services Act and Sector Regulation: How Special is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation*, mei 2022; en A. Peukert et al., 'European Copyright Society

– Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal', 14 maart 2022, *IIC*

53, 358–376 (2022), doi.org/10.1007/s40319-022-01154-1.

191. K. Bania, 'The interplay between the DMA and the AVMS Directive', *The Platform Law Blog*, 31 januari 2023.

192. Bijvoorbeeld: art. 16 DSA enerzijds en art. 17(4) EUCD anderzijds.

193. Zie over de procesrechtelijke vereisten en ontwikkelingen van de WAMCA: M. de Boer & J.W. Meijer, 'Kroniek van het burgerlijk recht', *NJB* 2022/2364, afl. 15.

194. S. Vermeulen, 'Nederland is een claimparadijs geworden voor buitenlandse investeerders', *NRC.nl* 16 februari 2022.

195. Richtlijn 2020/1828/EU.

Onder meer Apple, Facebook, Google en TikTok weten inmiddels meer over de WAMCA dan hen vermoedelijk lief is

digitale informatierecht tegen grote techbedrijven en online platforms. Onder meer Apple, Facebook, Google en TikTok weten inmiddels meer over de WAMCA dan hen vermoedelijk lief is.¹⁹⁶ De tot op heden aanhangig gemaakte claims hebben onder meer betrekking op mededingingsrecht, privacy, consumentenrecht en IE. Hoewel de meeste zaken zich nog bevinden in de formele fase van bevoegdheid, toepasselijk recht, ontvankelijkheid etcetera, heeft de Rechtbank Amsterdam inmiddels eindvonnissen gewezen in collectieve privacyzaken tegen Oracle en Salesforce en (onder het pre-WAMCA kader dus zonder schadeclaim) Facebook.¹⁹⁷ Een belangrijk twistpunt is of collectieve privacyclaims zonder individueel mandaat überhaupt verenigbaar zijn met artikel 80 AVG.¹⁹⁸ het antwoord op die vraag hangt onder meer af van de vraag of men de Nederlandse taalversie van de laatste zin van overweging 142 van de AVG serieuzer neemt dan alle andere taalversies.

3. AI en data

Naast het hiervoor besproken 'internetrecht' vormt 'data-recht' de andere centrale pijler van de ontluikende Europese technologierechtsorde. Wij richten ons vooral op arti-

ficiële intelligentie en noteren vervolgens nog enkele ontwikkelingen op het gebied van dataregulering: Europese instrumenten met minder aansprekende titels als Open Data richtlijn, Data Governance Act en Data Act. Omdat de in de vorige kroniek uitgebreid besproken crypto- en NFT-bubbel even lijkt te zijn leeggelopen, permitteren wij ons een kroniek zonder uitgebreide bespreking van juridische ontwikkelingen op dat vlak.¹⁹⁹

3.1. De AI-doorbraak

De afgelopen maanden heeft artificiële intelligentie, al jarenlang voorwerp van scripties en congressen, zijn doorbraak als consumentenproduct beleefd. ChatGPT slaagt over prestigieuze rechtenexamens²⁰⁰ en maakt straks ook video's en muziek.²⁰¹ Met de komst van ChatGPT en Dall-E 2 is de aandacht verschoven naar *generative AI*, een vorm van *machine learning* waarbij het systeem leert van data, om vervolgens nieuwe teksten, afbeeldingen, audio of andere output te genereren.²⁰² Dit biedt oneindig veel mogelijkheden,²⁰³ maar leidt uiteraard tot allerlei juridische vragen²⁰⁴ en maatschappelijke zorgen.²⁰⁵

3.1.a. AI-verordening

In 2020 publiceerde de Europese Commissie haar witboek AI waarin zij het gebrek aan transparantie, discriminatie en privacy-schendingen als potentiële risico's van AI identificeerde.²⁰⁶ De AVG bood al enkele handvatten om geautomatiseerde besluitvorming en profilering door intelligente systemen in te perken.²⁰⁷ Daartoe werd de AI omgedoopt tot 'algoritme-waakhond'.²⁰⁸ Het inmiddels gepubliceerde voorstel voor de Wet op de Artificiële Intelligentie moet deze risico's verder beperken.²⁰⁹ Het voorstel, dat onderdeel uitmaakt van een bredere strate-

¹⁹⁶. Een totaaloverzicht van alle aangebrachte dagvaardingen en het verloop van de procedure in collectieve acties zijn beschikbaar via het openbare collectieve actieregister van de Rechtspraak: rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen.

¹⁹⁷. Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 (*TPC/Oracle en Salesforce*); Rb. Amsterdam 15 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1407. Ook wees de Rechtbank Amsterdam recent vonnis in een kort geding tussen Stichting Expertisebureau Online Kindermisbruik en Hammy Media, de exploitant van porno-website xhamster.com, 12 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2192.

¹⁹⁸. Zie o.a. T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021. E.A.J. Schoenmakers & A.P. Koburg, 'De verhouding tussen de AVG en de WAMCA: is een collectieve privacyclaim zonder dat daartoe opdracht is gegeven door betrokkene (opt-out) mogelijk op grond van de AVG?' *Computerrecht* 2022/182; M. Gülcür, 'Collectie-

ve acties wegens inbreuk op de Algemene verordening gegevensbescherming', *MvV* 2022, p. 289-299.

¹⁹⁹. Zie o.a. J. Klopper & P. Springorum, 'Non-Fungible Tokens en auteursrecht', *Bb* 2021-22, nr. 98, p. 385; Jasper Verstappen, 'The future is meow. Een verkenning van vermogensrechtelijke en auteursrechtelijke kwalificaties van nonfungible crypto-tokens', *AAe* 2021-11; Balazs Bodo, Alexandra Giannopolou, Péter Mezei & João Pedro Quintais, 'The rise of NFT's: These aren't the droids you're looking for', *European Intellectual Property Review* 2022, vol. 44, iss. 5, p. 265-282.

²⁰⁰. S. Murphy Kelly, 'ChatGPT passes exams from law and business schools', 26 januari 2023, edition.cnn.com/2023/01/26/tech/chatgpt-passes-exams/index.html#:~:text=The%20powerful%20new%20AI%20chatbot,to%20professors%20at%20the%20schools

²⁰¹. J. Stout, 'ChatGPT kan beeld, video en muziek genereren en komt er volgende week aan', 11 maart 2023, tweakers.net/nieuws/207524/chatgpt4-kan-beeld-video-en-muziek-genereren-en-komt-er-volgen-

de-week-aan.html.

²⁰². Zie voor meer uitleg bijvoorbeeld: G. Lawton, 'What is generative AI? Everything you need to know', techtargget.com/searchenterpriseai/definition/generative-ai.

²⁰³. Er wordt veelvuldig geëxperimenteerd met ChatGPT om te zien waar het 'menselijke taken' kan overnemen, zie bijvoorbeeld: C. Geukers, 'Kan ChatGPT een pleitnota schrijven?', *Advocatenblad* 2023-02. Zie ook: Y. Buruma, 'Chinese lessen over rechtspraak en AI', *NJB* 2023/587, afl. 9.

²⁰⁴. Zie bijvoorbeeld I. Fried, 'Generative AI is a legal minefield', 24 februari 2023, axios.com/2023/02/24/chatgpt-generative-ai-legal-minefield.

²⁰⁵. Zie bijvoorbeeld E.M. Bender e.a., 'On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Language Models Be Too Big?', *FACCT '21: Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, maart 2021, p. 610-623; OpenAI, *GPT-4 Technical Report*, p. 41 e.v. (GPT-4 Observed Safety Challenges), arxiv.org/abs/2303.08774; Europol, 'ChatGPT – the impact of Large Language Models on Law Enforcement', 28 maart 2023, europol.europa.eu/publications-events/publications/chatgpt-impact-of-large-language-models-law-enforcement.

europa.eu/publications-events/publications/chatgpt-impact-of-large-language-models-law-enforcement.

²⁰⁶. Europese Commissie, 'Witboek over kunstmatige intelligentie – een Europese benadering op basis van excellentie en vertrouwen', COM(2020) 65 final, 19 februari 2020.

²⁰⁷. K. Wiedeman, 'Profiling and (automated) decision-making under the GDPR: A two-step approach', *Computer Law & Security Review* 2022, 45.

²⁰⁸. A. Wolfsen, 'De Autoriteit Persoonsgegevens als algoritme-waakhond; Toezichtreflex of...?', *NJB* 2022/749, afl. 12, p. 907-912.

²⁰⁹. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (Wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie, COM(2021) 206 final.

gie tot hervorming van de digitale economie.²¹⁰ beoogt de ontwikkeling, het in de handel brengen en het gebruik van betrouwbare AI te waarborgen.²¹¹ De verordening maakt gebruik van een risicogebaseerde aanpak. Systemen die een hoger risico vormen zijn aan strengere regels onderworpen. Hoog-ricosystemen zijn systemen die worden toegepast binnen de gebieden vermeld in Annex III, zoals bijvoorbeeld werkgelegenheid²¹² en de toegang tot essentiële diensten, waaronder de beoordeling van kredietwaardigheid.²¹³ De meningen over het voorstel zijn verdeeld.²¹⁴ Het kabinet onderstreept de doelstellingen, maar is kritisch op de helderheid van begrippen en zet vraagtekens bij de haalbaarheid in de praktijk.²¹⁵ Bovendien rijst de vraag hoe omgegaan moet worden met zogenoemde *general purpose*-systemen, zoals ChatGPT, die niet slechts op één toepassingsgebied opereren.²¹⁶ Afgelopen december nam de Raad van de Europese Unie zijn gemeenschappelijke standpunt aan over de Wet op de Artificiële intelligentie, waarin het aangaf meer rekening te houden met AI-systemen voor algemeen gebruik.²¹⁷ Ook kritiek op de definitie van AI,²¹⁸ de rol van de betrokkene²¹⁹ en de transparantievereisten²²⁰ is meegenomen. De komende tijd zal nog volop onderhandeld worden, waarna de wet wellicht eind dit jaar in werking zal treden.

3.1.b. Aansprakelijkheid

Ook op het gebied van aansprakelijkheid heeft de Europese wetgever niet stilgezeten. Op 28 september 2022

Het 'blackboxeffect' van AI maakt het moeilijk voor gelaedeerden om te bewijzen dat aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan

nam de Europese Commissie – na de eerdere resolutie van het Europees Parlement inzake civielrechtelijke aansprakelijkheid voor AI²²¹ – twee voorstellen aan om de bestaande aansprakelijkheidsregelgeving aan te passen aan het digitale tijdperk. Het voorstel voor een herziening van de Richtlijn productaansprakelijkheid²²² beoogt de bestaande regels omtrent de strikte risicoaansprakelijkheid van fabrikanten te moderniseren.²²³ Zo wordt onder andere verduidelijkt dat onder producten ook software wordt verstaan²²⁴ en onder schade valt ook 'het verlies of de corruptie van data'.²²⁵ Het tweede voorstel betreft een Richtlijn voor niet-contractuele aansprakelijkheid voor artificiële intelligentie.²²⁶ Er wordt niet gekozen voor een risico-aansprakelijkheidsregime – zoals het Europees Parlement aanbeval – maar voor harmonisatie van het bewijsrecht.²²⁷ Het 'blackboxeffect' van AI maakt het moeilijk voor gelaedeerden om te bewijzen dat aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan.²²⁸ Met weerlegbare vermoedens²²⁹ en de mogelijk-

210. S.E.M.A. Abbady, J. van Roosmalen & M.J. Geus, 'De nieuwe AI-verordening: past het?', *Mediaforum* 2022, afl. 1, p. 2-16.

211. Wet op de Artificiële intelligentie, onder punt 1.1 van de toelichting.

212. Zie over het arbeidsrecht en de AI-verordening: M. Kullman, 'De rol van het EU sociaal acquis bij de Europese regulering van Artificiële Intelligentie', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2022, nr. 2.

213. Zie over de beoordeling van kredietwaardigheid: M.C.A. Duijvestijn, 'Het gebruik van kunstmatige intelligentie bij de beoordeling van kredietwaardigheid van klanten in de bancaire praktijk', *MvV* 2022, p. 307-316; S.W. van de Ven & L.J.J. van den Ende, 'De impact van de Wet op de Artificiële Intelligentie op banken', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2021, nr. 12.

214. Zie de kritische beschouwingen van: K. Stuurman & E. Lachaud, 'Regulating AI. A Label to complete the proposed Act on Artificial Intelligence', *Computer Law & Security Review* 2022, 44; A.C.M. Meuwese & C.J. Wolswinkel, 'Een Wet op de Artificiële Intelligentie? De Europese wetgever haalt de nationale in', *NJB* 2022/92, afl. 2.

215. Fiche van de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC) bij Verordening betreffende Kunstmatige Intelligentie, *Kamerstukken II* 2020/21, 22112,

nr. 3129.

216. N. Helberger & N. Diakopoulos 'ChatGPT and the AI Act', *Internet Policy Review* 2023, 12(1); Politico, 'ChatGPT broke the EU plan to regulate AI', politico.eu/article/eu-plan-regulate-chatgpt-openai-artificial-intelligence-act/; N. Lomas, 'Who's liable for AI-generated lies?', techcrunch.com/2022/06/01/whos-liable-for-ai-generated-lies/amp/?guccounter=1; L. Bertuzzi, 'Leading EU lawmakers propose obligations for General Purpose AI', 14 maart 2023, euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/leading-eu-lawmakers-propose-obligations-for-general-purpose-ai/.

217. Algemene oriëntatie van de Raad van de Europese Unie betreffende het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie, 25 november 2022, 14954/22; en hierover: Raad van de Europese Unie, 'Wet op de artificiële intelligentie: Raad staat voor veilige AI die de grondrechten eerbiedigt', consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/.

218. Zie ook B. Kleinhout & J.L. Naves, 'Het voorstel voor een Europese AI-verordening en de betekenis daarvan voor Nederlandse overheden', *NTB* 2022/38.

219. P.G. van der Putt, 'Het voorstel voor de "Artificial Intelligence Act"; waar is de betrokkene?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2021, nr. 4.

220. D.S. van Boven & N. Wolters Ruckert, 'De AI-verordening: de black box geopend', *NER* 2022, afl. 1-2.

221. Resolutie van het Europees Parlement van 20 oktober 2020 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het civielrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel voor kunstmatige intelligentie, 2020/2014(INL); en hierover: T.J. de Graaf & I.S. Wuisman, 'Contractuele aansprakelijkheid voor het gebruik van AI-systemen in het licht van Europese voorstellen', *WPNR* 2021, afl. 7348.

222. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, COM(2022) 495 final.

223. Europese Commissie, 'New liability rules on products and AI to protect consumers and foster innovation', ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5807; Voor meer informatie: J. Wassink & M.B.M. Loos, 'Productaan-

sprakelijkheid in het digitale tijdperk', *NER* 2023 1-2.

224. Art. 4 lid 1 Voorstel voor een Richtlijn productaansprakelijkheid.

225. Art. 4 lid 6 sub c Voorstel voor een Richtlijn productaansprakelijkheid.

226. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid aan artificiële intelligentie (AI), COM(2022) 496 final.

227. Zie: R.W. de Bruin, 'Verkeersrecht en autonome Voertuigen: "zoek de fout" wordt problematisch', *VR* 2023/2; en zie over de verschillende aansprakelijkheidsregimes voor AI in Europa: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, E. Karner, B. Koch, M. Geistfeld, *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence*, Publications Office of the European Union, 2021.

228. Voorstel voor een Richtlijn niet-contractuele aansprakelijkheid, punt 1 van de toelichting.

229. Art. 3 lid 5 voor het (weerlegbare) vermoeden van niet-nakoming en art. 4 voor het (weerlegbare) causaliteitsvermoeden van het Voorstel voor een Richtlijn niet-contractuele aansprakelijkheid.

heid om informatie op te vragen over het AI-systeem²³⁰ wordt hieraan tegemoetgekomen.

3.1.c. Auteursrecht

Voorts zien we hoe de toepassing van AI in de creatieve sector²³¹ voor nieuwe auteursrechtelijke uitdagingen zorgt.²³² De Europese Commissie waarschuwt over het publiceren van door ChatGPT gegenereerde teksten, omdat deze mogelijk inbreuk maken op de rechten van derden.²³³ Daarnaast wordt al enige tijd nagedacht over de vraag of creaties door AI auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn en wie in dat geval de maker is.²³⁴ In dit kader besloot de U.S. Copyright Office dat de gebruiker van AI niet als auteur kan worden aangemerkt indien hij niet kan voorspellen wat het systeem zal creëren.²³⁵ Recentelijk voegde Visser nog de discussie over de bijkomende bewijslastverdeling toe.²³⁶

Voordat een AI-systeem output kan genereren, dient het te leren van de voorbeelden waaraan het wordt blootgesteld. In de Verenigde Staten lopen inmiddels procedures tegen producenten van AI-tools wegens het beweerdelijk onrechtmatig scrapen en gebruiken van beschermde werken voor trainingsdoeleinden.²³⁷ Getty Images procedeert in Londen tegen Stability AI over vergelijkbare materie.²³⁸ In de EU zal het vooral draaien om de toepassing van de hierboven reeds besproken nieuwe excepties voor tekst- en dataminning.²³⁹

3.1.d. Afsluiting

Zoals uit het voorgaande blijkt, is de EU hard bezig om de ontwikkelingen op het gebied van AI bij te benen. Daarnaast zien we hoe ook de Raad van Europa aan 'AI-

reguleringsinstrumenten' werkt²⁴⁰ en ook op nationaal niveau wordt niet stilgezeten.²⁴¹ Andere (onbesproken) vraagstukken zien op de octrooierbaarheid van AI,²⁴² het gebruik van deepfakes²⁴³ en de toepassing van AI in het strafrecht.²⁴⁴ AI is daarmee niet meer weg te denken uit de samenleving. Betekent dit dat wij, mensen, dat straks wel zijn? Wij denken het (nog) niet.²⁴⁵



Beeld gegenereerd door Stable Diffusion van Stability AI met Getty Images watermerk.

3.2. De Europese datastrategie

Op de achtergrond van al deze hippe ontwikkelingen blijft de ambitie van de Europese Commissie om van de Europese Unie een leidende, datagedreven maatschappij te maken.²⁴⁶ De Europese datastrategie moet een vrij verkeer van data versterken, de waarde van data beter ontsluiten en data voor iedereen toegankelijk maken, met de Open Data Richtlijn, de Data Governance Act en de Data Act als belangrijke instrumenten.

230. Art. 3 Voorstel voor een Richtlijn niet-contractuele aansprakelijkheid.

231. M. Killeen, 'Generative AI keeps creative industries on their toes', 27 januari 2023, [euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/generative-ai-keeps-creative-industries-on-their-toes/](https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/generative-ai-keeps-creative-industries-on-their-toes/).

232. Zie voor een uitvoerige bespreking van de verschillende aspecten van kunstmatige intelligentie in het auteursrecht en aanverwante rechten: D.J.G. Visser, 'Robotkunst en auteursrecht', *NJB* 2023/454, afl. 7; zie ook M. Hervey, 'AI and copyright in 2022', 2 februari 2023, copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/02/02/ai-and-copyright-in-2022/.

233. Europese Commissie, 'Intellectual Property in ChatGPT', 20 februari 2023, [intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-chatgpt-2023-02-20_en](https://www.intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-chatgpt-2023-02-20_en).

234. Zie voor enkele recente besprekingen: P.B. Hugenoltz & J.P. Quintais, 'Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?', *ICC* 2021, 52, p. 1190-1216; P.B. Hugenoltz & J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021, afl. 2; S. Depreuw, 'AI, robots en auteurs: bescher-

ming van creativiteit', *Computerrecht* 2021/206.

235. De US Copyright Office maakt gebruik van een 'predictability test', zie Morrison Foerster, 'Copyright Office Denies Claim to Copyright in Generative AI Images', 1 maart 2023, [mofo.com/resources/insights/230301-copyright-office-denies-claim](https://www.mofo.com/resources/insights/230301-copyright-office-denies-claim).

236. D.J.G. Visser, 'AI kunst, auteursrecht, bewijslast en informatieplicht', 6 maart 2023, [itenrecht.nl/artikelen/ai-kunst-auteursrecht-bewijslast-en-informatieplicht](https://www.itenrecht.nl/artikelen/ai-kunst-auteursrecht-bewijslast-en-informatieplicht).

237. J. Vincent, 'The lawsuit that could rewrite the rules of AI copyright', 8 november 2022, [theverge.com/2022/11/8/23446821/microsoft-openai-github-copilot-class-action-lawsuit-ai-copyright-violation-training-data](https://www.theverge.com/2022/11/8/23446821/microsoft-openai-github-copilot-class-action-lawsuit-ai-copyright-violation-training-data).

238. J. Vincent, 'Getty Images is suing the creators of AI art tool Stable Diffusion for scraping its content', 17 januari 2023, [theverge.com/2023/1/17/23558516/ai-art-copyright-stable-diffusion-getty-images-lawsuit](https://www.theverge.com/2023/1/17/23558516/ai-art-copyright-stable-diffusion-getty-images-lawsuit).

239. Zie over de TDM-exceptie o.a.: T. Magroni & M. Kretschmer, 'A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and

the Future of Technology', *GRUR International* 2022, afl. 8, p. 685-701; J.B. Nordmann & J. Pukas 'Copyright exceptions for AI training data – will there be an international level playing field?', *JiPLP* 2022, afl. 12, p. 973; G. Franceschelli & M. Musolesi, 'Copyright in Generative Deep Learning', *Data & Policy* 2022, afl. 4, p. 1-18; P.B. Hugenoltz, 'Artikelen 3 en 4 DSM-richtlijn: tekst- en dataminning', *AMI: Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht* 2019, afl. 5; F. Reda, 'GitHub Copilot is not infringing your copyright', 5 juli 2021, [felixreda.eu/2021/07/github-copilot-is-not-infringing-your-copyright/](https://www.felixreda.eu/2021/07/github-copilot-is-not-infringing-your-copyright/); P. Keller, 'Protecting creatives or impeding progress?', 17 februari 2023, [openfuture.eu/blog/protecting-creatives-or-impeding-progress/](https://www.openfuture.eu/blog/protecting-creatives-or-impeding-progress/).

240. Zie de Kamerbrief over verdrag Raad van Europa over AI, mensenrechten, democratie en rechtsstaat, 6 maart 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 21501-33, nr. 1006.

241. Zie bijvoorbeeld de wettelijke verplichting rondom een algoritme register en de reactie van het kabinet op het WRR-rapport *Opgave AI: de nieuwe systeemtechnologie*, 7 oktober 2022, *Kamerstukken II* 2022/23, 26 643, nr. 943 en de kritiek van de Raad van State op de Archiefwet wegens onvol-

doende oog op kunstmatige intelligentie, 17 maart 2021, *Kamerstukken II* 2021/22, 35968, nr. 4.

242. P. Blok, 'Een alleenrecht op intelligentie – De nieuwe richtlijnen van het Europees octrooibureau voor het octrooieren van kunstmatige intelligentie', *IER* 2019/35.

243. A.J. Trouborst, C.J.S. Vrendenbarg & D.J.G. Visser, 'Nep echt onder het naburig recht', *NJB* 2022/93, afl. 2; S. Kulk, 'Deepnudes aanpakken met IE-recht?', *IER* 2021/1.

244. B.H.M. Custers, 'Artificiële intelligentie in het strafrecht', *Computerrecht* 2021/157.

245. Zie ook H. Holden Thorp, 'ChatGPT is fun, but not an author', 26 januari 2023, *Science* 2023, afl. 6630, [science.org/doi/10.1126/science.adg7879](https://www.science.org/doi/10.1126/science.adg7879); en M. Martijn, 'Dit kaartje laat zien waarom we niet zo hard van stapel moeten lopen met kunstmatige intelligentie', *de Correspondent* 22 februari 2023.

246. Mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Een Europese Datastrategie' (mededeling), 19 februari 2020, COM (2020) 66 final.

De Open Data Richtlijn kwam in de vorige kroniek al aan bod, maar is in Nederland nog altijd niet geïmplementeerd (terwijl dat in juli 2021 had moeten gebeuren).²⁴⁷ Op 16 februari 2023 werd Nederland wegens de te late implementatie voor het Hof van Justitie gedaagd.²⁴⁸ In de zomer van 2022 adviseerde de AP om hergebruik van persoonsgegevens uit openbare overheidsregisters voortaan te verbieden en daarom uit te zonderen van de regels inzake hergebruik.²⁴⁹ Het kabinet nam het voorstel over in het conceptwetsvoorstel, dat op 19 oktober 2022 naar de Raad van State ging, die vervolgens kritisch adviseerde.²⁵⁰ De bal ligt nu weer bij de wetgevingsjuristen, met de ambitie dat het definitieve wetsvoorstel ergens in de eerste helft van dit jaar dan toch echt de Tweede Kamer bereikt.²⁵¹

Komende herfst treedt de Data Governance Act in werking.²⁵² De verordening regelt enkele losse onderwerpen, die ogenschijnlijk slechts in los verband staan tot elkaar. Een eerste reeks verplichtingen moet het hergebruik bevorderen van overheidsgegevens die daarvoor nu nog niet beschikbaar zijn (bijvoorbeeld omdat daarop IE-rechten van derden rusten). De verordening bevat daarnaast regels voor zogeheten 'data intermediaries' – een soort marktplaatsen die het delen van data moeten stimuleren – en stimuleert ook 'data-altruïsme', waarbij gegevens vrijwillig worden gedeeld met het oog op een publiek belang. Parallel bouwt de Europese wetgever aan de zogeheten

heten Data Act, over – kort gezegd – het delen van data bij zogeheten Internet of Things-diensten.²⁵³ Gebruikers en bedrijven moeten voortaan een recht op toegang krijgen tot 'eigen' data van hun slimme apparaten, ook zouden klanten soepeler moeten kunnen overstappen naar een andere aanbieder. Bij 'uitzonderlijke noodzaak' zouden datahouders verplicht kunnen worden om data beschikbaar te stellen aan overheidsinstanties.²⁵⁴ Zowel het Europees Parlement als de Raad namen inmiddels tekstvoorstellen van de Data Act aan, zodat de beide instituties nu kunnen gaan onderhandelen over de definitieve tekst.²⁵⁵

3.3. Surveillance / strafvordering

De kritische lezer realiseert zich ten slotte dat alle elektronische communicatie en informatie die in deze kroniek de revue passeert – met de nodige drempels, handtekeningen en waarborgen – uiteindelijk kan worden gesurveilleerd en opgevorderd door de opsporings- en inlichtingendiensten.²⁵⁶ Begin dit jaar werd politieke overeenstemming bereikt over de Europese e-evidence voorstellen, die het in de toekomst mogelijk moeten maken dat bevoegde autoriteiten in lidstaten vorderingen om informatie te bewaren of verstrekken rechtstreeks aan service providers in andere lidstaten kunnen richten.²⁵⁷

Datagedreven opsporing is zonder meer de trend.²⁵⁸ De cryptotelefoon-operaties rondom EncroChat en Sky-

De kritische lezer realiseert zich ten slotte dat alle elektronische communicatie en informatie die in deze kroniek de revue passeert – met de nodige drempels, handtekeningen en waarborgen – uiteindelijk kan worden gesurveilleerd en opgevorderd door de opsporings- en inlichtingendiensten

247. Richtlijn (EU) 2019/1024 inzake open data en het hergebruik van informatie. Zie o.a. A.L. Balvert, P.M. Kits, N. Niessen & C.J. Wolswinkel, 'Hergebruik van (open) data: herijking van de balans tussen openbaarmaking en IE-bescherming', 2021/250; M. Van Eechoud, Study on the Open Data Directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research, Independent Expert Report voor de Europese Commissie, maart 2022; C.J. Wolswinkel, 'De implementatie van de Europese Open Data Richtlijn', *Mediaforum* 2022; S.R.P. Bastiaans & B. Westerlink, 'De vernieuwde Who als gevolg van de Open Data Richtlijn' *Computerrecht* 2023/2.

248. 'Commissie daagt Nederland voor de rechter vanwege niet omzetten Open Data Richtlijn', 20 februari 2023 EuropaDecentraal.nl.

249. AP, 'Stel grenzen aan opnieuw gebruik

van persoonsgegevens uit overheidsdata', 11 augustus 2022 autoriteitpersoonsgegevens.nl.

250. Wetsvoorstel wet implementatie Open Data Richtlijn wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK009986, zie voor het advies van de Raad van State van 19 oktober 2022, W04.22.0141/1, raadvanstate.nl/actueel/nieuws/oktober/samenvatting-open-data-richtlijn/@132262/w04-22-0141/.

251. *Kamerstukken II* 2021/22, 21109, nr. 255.

252. Verordening (EU) 2022/868 betreffende de Europese data governance, zie o.a. E. Valgaeren & J. Joos, 'New kids in town – de nieuwe actoren voorgesteld in de Data Governance Act', *Computerrecht* 2021/249.

253. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende

geharmoniseerde regels inzake eerlijke toegang tot en eerlijk gebruik van data (Dataverordening), 23 februari 2022, COM(2022) 68 final.

254. Zie voor een bespreking: I. Graef, 'The good, the bad and the ugly van het nieuwe recht op toegang tot data in de Dataverordening', *M&M* 2022-4, p. 117-122; W. Kerber, 'Governance of IoT Data: Why the EU Data Act Will not Fulfill Its Objectives', *GRUR International* februari 2023, afl. 2, p. 120-135; P. Wolters, 'De invloed van de Data Act op de verschuivende balans tussen gegevensbescherming en het vrije verkeer van data', *AA* 2023/0025, p. 28.

255. 'Data Act: MEPs back new rules for fair access to and use of industrial data', European Parliament, Press room, Press Releases 14/03/2023; en 'Data act: member states agree common position on fair access to and use of data', 'Council of Euro-

pe, press release 24 maart 2023.

256. Zie voor uitgebreidere besprekingen bijvoorbeeld Sjarai Lestrade, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2022/2363, afl. 33, voor een algemeen overzicht van strafrechtelijke ontwikkelingen; en B.H.M. Custers, 'Het recht om de wet te overtreden?', *NJB* 2022/1192, afl. 19, over surveillance en 'technoregulation'.

257. M. Corhay, 'It is a Long Way to ... E-Evidence: EU Reforms in the Collection of Electronic Evidence', *JLPC Spotlight*, 26 januari 2023.

258. Zie voor gedetailleerde bespreking: J.J. Oerlemans, 'Cybercrimine jurisprudentie overzicht maart 2023', jjoerlemans.com, 6 maart 2023; M.F.H. Hirsch Ballin & J.J. Oerlemans, 'Datagedreven opsporing verzet de bakens in het toezicht op strafvorderlijk optreden', *DD* 2023/2, afl. 1, p. 18-38.

ECC zijn bekende en recente voorbeelden.²⁵⁹ De versleutelde chat apps waren populair onder criminelen, maar werden door de Nederlandse politie gekraakt. De Nederlandse politie kreeg toegang tot miljoenen versleutelde berichten die tussen criminelen waren uitgewisseld en verrichtte een groot aantal arrestaties. De Rechtbank Noord-Nederland stelde prejudiciële vragen over de rechtmatigheid van het onderscheppen van de versleutelde berichten.²⁶⁰ Intussen vonden er veroordelingen plaats op basis van bewijs uit EncroChat en SkyECC²⁶¹ en oordeelde bijvoorbeeld ook het Franse Cour de Cassation dat gebruik van EncroChat-berichten in strafzaken was toegestaan.²⁶²

Het Hof van Justitie bevestigde in nieuwe uitspraken dat een algemene datarententieverplichting in beginsel niet toelaatbaar is²⁶³ en toetste ook het zogeheten PNR-systeem aan het Handvest.²⁶⁴ De Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) oordeelde in twee uitspraken dat bulkinterceptie door inlichtingendiensten onder het EVRM toegestaan kan zijn, mits sprake is van adequate waarborgen en toereikend toezicht.²⁶⁵ In Nederland lijkt de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, die in 2017 al ingrijpend werd herzien en verruimd, opnieuw te worden uitgebreid.²⁶⁶ Een brede wijziging van de wet staat op de planning, na de aanbevelingen van de evaluatiecommissie Jones-Bos.²⁶⁷ De Tijdelijke wet cyberoperaties moet de inlichtingendiensten alvast meer 'operationele ruimte' geven tegenover landen met een offensief cyberprogramma. Dat gebeurt onder andere met een nieuwe bevoegdheid om iedere

kabel voortaan een jaar te kunnen 'verkennen' en een verruiming en versoepeling van de bestaande hackbevoegdheid. Parallel wijzigt het systeem van toezicht op enkele punten, dat daarvoor al behoorlijk ingewikkeld was. Een nota van wijziging, die nog niet bij de Tweede Kamer is ingediend, introduceert een voorafgaande bindende toets bij een zogeheten 'stomme tap' (waarbij verkeers- en locatiegegevens, maar niet de inhoud, van elektronische communicatie real-time wordt verzameld) en regelt dat de AIVD en MIVD bulkdatasets langer mogen bewaren. De directeur van Bits of Freedom²⁶⁸ en voormalig toezicht houder Bert Hubert²⁶⁹ luidden over de tijdelijke wet de alarmklok, van enkele hoogleraren klonk een meer genuanceerd geluid.²⁷⁰

4. Afsluiting

In de komende kroniekperiode zal moeten blijken of uit het woud aan vers aangeplant Europees 'technologie-recht' het beoogde digitale soevereine gidsland voor tech-regulering rijst. Nog spannender zijn de ontwikkelingen rondom generatieve AI, dat de *NJB*-lezer op steeds meer vlakken van dienst zal zijn maar evengoed dé paradigmaverandering van onze tijd kan blijken te zijn. Europa gaat het hoe dan ook reguleren. Afhankelijk van hoe techniek en samenleving zich ontwikkelen, leest de volgende editie van deze kroniek mogelijk als meerdere sciencefictionverhalen in één. De auteurs zien de toekomst met grote ogen van verwondering, een diepe fascinatie en hernieuwde bescheidenheid in hun meningen tegemoet. •

²⁵⁹. Vgl. B.W. Schermer & J.J. Oerlemans, 'De EncroChat-jurisprudentie: teleurstelling voor advocaten, overwinning voor justitie?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2022, p. 82-89.

²⁶⁰. Rb. Noord-Nederland 19 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4797.

²⁶¹. 'Jurisprudentie na prejudiciële vragen over EncroChat en SkyECC', *Computerrecht* 2023/48; Vgl. Rb. Gelderland 20 december 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7105; Rb. Amsterdam 23 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7693; Rb. Den Haag 22 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:190; Hof Den Haag 5 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:6. Zie kritischer, in kader van gegevensbescherming en privacy, Rb. Gelderland 8 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6584.

²⁶². Cour de Cassation 11 oktober 2022,

ECLI:FR:2022:CR01226.

²⁶³. HvJ EU 20 september 2022, gevoegde zaken C-339/20 en C-397/2, HvJ EU 20 september 2022, gevoegde zaken C-793/19 en C-794/19 (*SpaceNet*), voor een bespreking zie: N. Lomas, 'Europe's top court chalks up more strikes against bulk data retention', *Techcrunch.com* 20 september 2022; V. Manacourt, 'Europe's state of mass surveillance, The EU's top court says mass surveillance is banned. Governments do it anyway', *Politico* 6 juli 2022.

²⁶⁴. HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, zie voor een bespreking: K. Irion, 'Repairing the EU Passenger Name Record Directive: the ECJ's judgment in Ligue des droits humains (Case C-817/19)', *Europeanlawblog.eu* 11 oktober 2022; C. Thönnies, 'A Directive altered beyond recognition On the Court of Justice of the European Union's PNR decision (C-817/19)', *Verfassungsblog* 23 juni

2022.

²⁶⁵. EHRM 25 mei 2021, 58170/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./ VK*); EHRM 25 MEI 2021, 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208, (*Centrum För Rättvisa/Zweden*); zie voor een bespreking: R.H.T. Jansen, 'Big Brother Watch e.a., Centrum för Rättvisa en het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten', *Computerrecht* 2022/51.

²⁶⁶. Zie in meer detail over de tijdelijke wet o.a. S. Harleem, 'Een tijdelijke Cyberwet maakt nog geen sleepwet', *NJB* 2022/2695, afl. 38; R.H.T. Jansen, 'Van accentverschuiving naar stelselwijziging, Toezicht in het conceptvoorstel Tijdelijke cyberwet voor de AIVD en de MIVD', *NJB* 2022/2096, afl. 30.

²⁶⁷. Vgl. *Kamerstukken II* 2021/22, 34588,

nr. 91, p. 2 met verwijzing naar Commissie Jones-Bos, 'Evaluatie 2020 – Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017', 20 januari 2021, zie: rijksoverheid.nl.

²⁶⁸. E. Austin, 'Opinie: Verwarring zaaien over surveillancewet grenst aan machtsmisbruik door overheid', *de Volkskrant* 21 maart 2023.

²⁶⁹. Hubert stapte op bij de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB), vanwege zijn zorgen over de tijdelijke wet, vgl. berthub.eu/articles/posts/vertrek-tib/ en zijn recente interview met de Correspondent: M. Martijn, 'De geheime diensten bedonderen ons, zegt de man die het kan weten', *de Correspondent* 5 april 2023.

²⁷⁰. Vgl. de *position papers* over het wetsvoorstel, en het rondetafelgesprek in de Tweede Kamer op 5 april 2023, te vinden op tweedekamer.nl (zoek op 'Tijdelijke wet cyberoperaties').