

## Analyse Digital Services Act en Digital Markets Act

### Achtergrond

Bits of Freedom, opgericht in 1999, is dé beweging die opkomt voor internetvrijheid in Nederland. We richten ons op twee voor die vrijheid essentiële grondrechten: communicatievrijheid en privacy.

De grote platformen, zoals Google's YouTube en de verschillende platforms van WhatsApp, zijn de poortwachters naar ons publieke debat online. Andere grote technologiebedrijven hebben door hun dominantie evengoed een enorme macht op onze maatschappij. Regulering van deze bedrijfs en hun platforms is dringend nodig. Die regulering moet zich daarbij niet alleen richten op de symptomen (zoals desinformatie), maar ook op de onderliggende structuren. De regulering van de grote platforms moet daarom ook gericht zijn op het meer divers maken van onze communicatielandschap. Voor een uitgebreidere beschrijving van deze problematiek verwijzen we graag naar ons paper [Fix the system, not the symptoms](#).

### Noot vooraf

We hebben tot nu toe ons vooral gericht op een analyse van de Digital Services Act (DSA) en in mindere mate op de Digital Markets Act (DMA). Dat betekent ook dat we in meer detail kunnen reflecteren op het eerste voorstel, en slechts in grote lijnen op het tweede. Ook hebben we meer tijd nodig voor een goede beoordeling van onder meer artikelen 8, 17, 19 en 25 en verder van de DSA. We zullen deze analyse de komende tijd uitbreiden en meer detailleren.

Vanzelfsprekend is Bits of Freedom graag bereid tot een nadere toelichting op deze analyse.

### Algemene opmerkingen

1. De inleiding van de twee wetsvoorstellen bespreekt de impact van de dominantie op onze hele samenleving. De Europese Commissie (hierna: de Commissie) spreekt bijvoorbeeld over "systemic risks to society" en over "new risks and challenges [...] for society as a whole." Desondanks zijn de voorgestelde maatregelen alleen gericht op "het functioneren van de interne markt" en de bescherming van de individuele eindgebruiker. Het ontbreekt echter aan regels die gericht zijn op de bescherming van onze maatschappij en onze democratische rechtsstaat.
2. In het verlengde daarvan: het ontbreekt aan ambitie. De voorgestelde regels zijn vooral het codificeren van de huidige praktijk (bijvoorbeeld rondom het *notice and action*-proces). De regels zullen er niet voor zorgen dat er een grote verschuiving zal plaatsvinden. Het is niet te verwachten dat met deze maatregelen er een grote verschuiving zal plaatsvinden in de verhouding tussen platform en gebruiker. Ook zal er

weinig fundamenteels veranderen in de verhouding tussen de nu dominante Amerikaanse technologiebedrijven en de vrijwel afwezige Europese rivalen. Tekenend voor het gebrek aan ambitie is dat er eigenlijk geen enkele maatregel echt controversieel genoemd kan worden.

### Wat ontbreekt

3. Alle artikelen die transparantie van tussenpersonen aan de gebruikers af moeten dwingen, zijn op zichzelf zeer wenselijk. Het is belangrijk dat gebruikers zich (als verzender) een goed beeld kunnen vormen van de wijze waarop tussenpersonen omgaan met informatie en (als ontvanger) de wijze waarop de aan de gebruikers gepresenteerde informatie wordt gecureerd en gemodereerd.<sup>1</sup> Deze transparantie is echter vrij waardeloos indien de gebruiker niet ook over een handelingsperspectief beschikt. Een gebruiker die inzicht heeft verkregen in de wijze waarop Google's YouTube de filmpjes die zij voorschotelt rangschikt en daar niet tevreden over is, heeft, door de enorme dominantie van het platform, geen volwaardig alternatief. Datzelfde probleem speelt ook bij de transparantie over de aangeboden advertentie.<sup>2</sup>
4. De voorstellen bevatten verder ook geen regels die grenzen stellen aan het gebruik van gegevens van gebruikers voor advertenties. Veel platformen maken gebruik van *dark patterns* om gebruikers te sturen in hun gedrag en om er voor te zorgen dat gebruiker zolang mogelijk op het platform blijft. Daarbij wordt geen rekening gehouden met de belangen van de gebruiker, of die van de maatschappij. Het is daarom belangrijk dat er grenzen gesteld worden aan het gebruik van de gegevens van gebruikers door deze platformen. Dat geldt ook voor de manier waarop algoritmen bepalen wat we voorgeschoteld krijgen. Dat is onvoldoende in het voorstel verwerkt.
5. De voorstellen bevatten onvoldoende regels waarmee interoperabiliteit, en daarmee een meer pluriform communicatielandschap, wordt afgedwongen. Dat betekent dat de dominante technologiebedrijven die nu een poortwachter zijn voor ons publieke debat online, dat ook zullen blijven. Weinig of geen van de regels zullen iets doen aan de dominante positie van, bijvoorbeeld, Facebook's WhatsApp op het gebied van *instant messengers*. Wat nodig is, is dat afgedwongen wordt dat gebruikers van WhatsApp ook kunnen communiceren met gebruikers van alternatieve applicaties. Dat is mogelijk als Facebook gedwongen wordt om er voor te zorgen dat derden met haar systeem kunnen communiceren via een publiek gedocumenteerde en toegankelijke *application programming interface* (API).

### Meer gedetailleerde analyse

6. Het is goed dat de voorwaardelijke beperking van aansprakelijkheid van tussenpersonen behouden blijft.<sup>3</sup> Dat zorgt ervoor dat platformen zich niet al op voorhand zorgen hoeven te maken over de informatie die door hun gebruikers wordt gepubliceerd. Zij zullen zich daardoor minder restrictief opstellen, en dat is gunstig

---

<sup>1</sup> Zoals in onder meer artikelen 13 DSA.

<sup>2</sup> Artikel 24 DSA

<sup>3</sup> Artikel 5 DSA

voor de uitingsvrijheid van de gebruiker. Ook goed is dat met dit voorstel voorkomen wordt dat tussenpersonen geen aanspraak zouden kunnen maken op die voorwaardelijke beperking, enkel vanwege het feit dat hij vrijwillig activiteiten onderneemt om onrechtmatige informatie op zijn systemen te verwijderen (de zogenaamde *Good Samaritan-clausule*).<sup>4</sup> Ook dit draagt bij aan een gezond publiek debat en de bescherming van de vrijheid van meningsuiting.

7. We zijn ook blij dat tussenpersonen geen algemene toezichtverplichting of een verplichting om actief op zoek te gaan naar feiten of indicaties van onrechtmatige informatie opgelegd kan worden. Het is onmogelijk om zo'n maatregel gericht in te zetten, waardoor dit altijd een niet-proportionele inbreuk op de vrijheid van de gebruikers zal zijn.
8. Het is belangrijk om beter uit te werken wanneer een tussenpersoon gehouden is aan het opvolgen van een verzoek of vordering van een overheidsinstantie. Zo zouden tussenpersoon enkel en alleen gehouden moeten zijn aan het opvolgen van een *onafhankelijke* overheidsinstantie.<sup>5</sup>
9. We zijn blij dat er regels worden opgesteld die moeten afdwingen dat gebruiksvoorwaarden van een dienst ook daadwerkelijk begrijpelijk zijn voor gebruikers én dat deze voorwaarden op zorgvuldige, objectieve en proportionele wijzen moeten worden toegepast. Uit de tekst wordt echter niet duidelijk hoe dit ingevuld dient te worden. Ook wordt niet afgedwongen dat gebruikers geïnformeerd moeten worden bij een wijziging van deze voorwaarden.<sup>6</sup>
10. Het is goed dat de Europese Commissie ervoor kiest om het *notice and action*-proces in regelgeving vast te leggen en vorm te geven. Dit proces is immers een belangrijke voorwaarde voor het goed laten functioneren van de de voorwaardelijke beperking van aansprakelijkheid van tussenpersonen.<sup>7</sup>
11. We vinden het belangrijk dat er benadrukt wordt dat overheidsinstanties geen beroep mogen doen op het proces van *notice and action*. Het voorstel laat dat nu in het midden. Overheidsinstanties hebben zelfstandig de bevoegdheid gekregen om informatie ontoegankelijk te maken. Deze bevoegdheid is voorzien van waarborgen, bijvoorbeeld door een vereiste voorafgaande toetsing door een rechter-commissaris. Als zo'n instantie gebruik zou mogen maken van de *notice and action*-procedure, zou dit een omzeiling van de waarborgen betekenen. Als een instantie geen bevoegdheid heeft om informatie ontoegankelijk te maken, dan is dat blijkbaar ook nooit expliciet de bedoeling geweest dat dat wél mogelijk was en moet dat dus ook niet via de *notice and action*-procedure mogelijk zijn.<sup>8</sup>
12. Het is niet goed te begrijpen waarom het mogelijk zou moeten zijn om, in het kader van het *notice and action*-proces, anonieme meldingen te doen van informatie over seksuele

---

4 Artikel 6 DSA

5 In artikel 8 DSA wordt gesproken over *relevant national judicial or administrative authorities*, terwijl dat laatste niet expliciet beperkt is tot *independent administrative authorities*.

6 Artikel 12 DSA

7 Artikel 14 DSA

8 Artikel 14 DSA

exploitatie van kinderen. Los daarvan bestaat hier ook het risico dat overheidsinstanties van deze uitzondering gebruik maken. Dat is onwenselijke, omdat deze instanties over bevoegdheden met bijpassende waarborgen beschikken.<sup>9</sup>

13. Het voorstel stelt dat tussenpersonen die een melding van vermeend onrechtmatige informatie heeft ontvangen tijdig, zorgvuldig en objectief een beslissing moet nemen. Wat ons betreft zou dit verder uitgewerkt moeten worden. Zo zou bijvoorbeeld het proces toegespitst moeten worden op het soort informatie waarover een melding is ontvangen. Er mag verwacht worden dat een afbeelding van seksuele exploitatie van kinderen of een afbeelding met wraakporno vrijwel direct na ontvangst van een melding ontoegankelijk gemaakt wordt. De schade die kan ontstaan door het langer toegankelijk te laten is immers enorm. Maar bij een vermeende inbreuk op het auteursrecht is dat anders. In die situatie zou op zijn minst de gebruiker die de informatie publiceerde voorafgaand aan het nemen van een beslissing gehoord moeten worden.<sup>10</sup>
14. Zo'n verdere uitwerking zou ook iets moeten zeggen over de proportionaliteit van het ontoegankelijk maken.
  1. Een melding zou altijd gedaan moeten worden zo dicht mogelijk bij de bron van de informatie. De melder moet eerst proberen contact op te nemen met de gebruiker die de informatie gepubliceerd heeft. Alleen als dat niet lukt, zou de melder contact op moeten kunnen nemen met de dienstverlener van de gebruiker. Dat is belangrijk, omdat naarmate de afstand groter wordt, het steeds lastiger zal worden om heel gericht informatie ontoegankelijk te maken. Zie ook het volgende punt.
  2. Informatie zou enkel en alleen ontoegankelijk gemaakt moeten mogen worden indien dit proportioneel mogelijk is. In het geval van de dienst "collocatie" levert de dienstverlener enkel de fysieke ruimte, de stroomvoorziening en het netwerk voor een server van de gebruiker. De dienstverlener heeft dan geen toegang tot de informatie op die server. Stel nu dat bij de dienstverlener een terechte melding gedaan wordt van een afbeelding op de server, die inbreuk maakt op de rechten van de melder. De dienstverlener kan de informatie alleen ontoegankelijk maken door alle netwerkverkeer van die server te blokkeren. Dat kan betekenen dat vanwege een enkel inbreukmakende afbeelding, vele honderden websites ontoegankelijk gemaakt worden.
  3. Ook zou informatie enkel en alleen *ontoegankelijk* gemaakt moeten worden, en nooit mogen *verwijderd*. In het eerste geval is de beslissing eenvoudig ongedaan te maken. Bij verwijdering van informatie kan dat onder omstandigheden lastig of zelfs onmogelijk zijn.
15. Het voorstel regelt dat de gebruiker wiens informatie door de tussenpersoon ontoegankelijk wordt gemaakt, *uiterlijk op het moment van ontoegankelijk maken van de informatie* geïnformeerd dient te worden. Bij een melding van een vermeende inbreuk op het auteursrecht wordt informatie mogelijk eerst ontoegankelijk gemaakt, terwijl later blijkt dat de gebruikers zich kon beroepen op een uitzondering, zoals in geval van een parodie. Als de toegankelijkheid van de informatie op een later moment hersteld wordt,

---

<sup>9</sup> Artikel 14, paragraaf 2, punt c DSA

<sup>10</sup> Artikel 14, paragraaf 6 DSA

kan het momentum voor zo'n parodie al lang gemist zijn. Als de tussenpersoon meent dat het inderdaad om rechtmatige informatie betreft, dan geldt blijkbaar *delete first, ask questions later*. Idealiter wordt de gebruiker in de gelegenheid is gesteld om haar of zijn zienswijze te geven voorafgaand aan de beslissing om informatie ontoegankelijk te maken. Daarmee wordt de vrijheid van meningsuiting beter beschermd.<sup>11</sup>

16. Bits of Freedom vindt het een uitstekend idee om een publiek toegankelijke database op te zetten voor transparantie over de redenen voor het ontoegankelijk maken van informatie.<sup>12</sup>
17. We zijn ook enthousiast over het idee van *out of court dispute settlement bodies* voor geschilbeslechting bij het ontoegankelijk maken van informatie. Een meer gedetailleerde analyse van de invulling volgt nog, met name over de mate van onafhankelijkheid, de positionering ten opzichte van het reguliere recht en de financiële consequenties voor de eindgebruiker.<sup>13</sup>
18. Het is ook goed dat gebruiker kan nagaan namens welke persoon of organisatie een advertentie wordt getoond.<sup>14</sup> Het is echter wel belangrijk dat een platform ook gedwongen is om de identiteit van die adverteerder correct vast te stellen, analoog aan de vereiste van *traceability of traders*.<sup>15</sup>
19. De regels voor interoperabiliteit zijn bijzonder beperkt.<sup>16</sup> We verwelkomen de verplichting aan platformen om gebruikers toe te staan *software applications and software application stores* van derden te installeren. Zo is het ook toe te juichen dat de *business users and providers of ancillary services* toegang moeten kunnen krijgen tot *operating system, hardware or software features that are available or used in the provision by the gatekeeper*. Maar hoewel deze maatregelen welkom zijn, zijn ze zeer beperkt in reikwijdte. Daarnaast is ook de vraag waarom deze maatregelen zijn beperkt tot *business users and providers of ancillary services* en niet ook gewoon opengesteld zouden moeten kunnen worden voor de eindgebruiker.

---

<sup>11</sup> Artikel 15, paragraaf 1 DSA

<sup>12</sup> Artikel 15, paragraaf 4 DSA

<sup>13</sup> Artikel 18 DSA

<sup>14</sup> Artikel 24, punt b DMA

<sup>15</sup> Artikel 22 DSA

<sup>16</sup> Artikel 6, paragraaf 1, punten b, c en f DMA