

Kroniek technologie en recht

Remy Chavannes, Anke Strijbos & Dorien Verhulst¹

In het digitale domein ontwikkelen privacyrecht, informatievrijheid, auteursrecht en de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van internetplatforms zich in rap tempo tot een nieuwe informatierechtsorde van de 21^e eeuw. In deze nieuwe wereld is de meeste wetgeving afkomstig uit Europa en schijnbaar gericht op het creëren van een digitale eengemaakte markt die kan concurreren met China en de Verenigde Staten. Het Europese wetgevingsproces is echter doordrenkt van onmogelijke compromissen die het Hof van Justitie in de ene na de andere prejudiciële procedure zal moeten uitleggen. De belangrijkste thema's van het moment zijn de regulering van een eclectische groep internetplatforms en privacy als kerninstrument om controle uit te oefenen in de informatiemaatschappij. In de toekomst zijn met name verdere ontwikkelingen in artificiële intelligentie en grootschalige data-analyse interessant. Toepassingen zoals automatische gezichtsherkenning en zelfrijdende auto's creëren nieuw gemak en nieuwe economische kansen, maar ook zorgen over de gevolgen voor privacy en menselijke autonomie.

Inleiding

Het eind van de negentiende eeuw bracht een spectaculaire innovatie: de automatische lift die liftbediendes overbodig maakte. Pas vijftig jaar later voelde het grote publiek zich veilig genoeg om in te stappen. In die periode vond niet zozeer een verdere innovatie in de lifttechniek plaats, maar ontstond gaandeweg het inzicht dat kantoormedewerkers en appartementsbewoners pas op serieuze schaal zouden instappen na installatie van automatisch sluitende deuren, een noodrem en een telefoonverbinding met een centrale.²

Makers van zelfrijdende auto's kunnen van dit voorbeeld leren. De gemiddelde forens – en wetgever – durft een auto zonder bestuurder voorlopig nog niet aan. Zij moeten nog het gevoel krijgen dat passagiers in een auto-noom voertuig daadwerkelijk veilig zijn.³ Vooralsnog hebben zelfrijdende auto's dan ook nog een hulp-bestuurder die waar nodig het stuur kan overnemen (en die intussen niet aan zijn telefoon mag zitten, aldus de Rechtbank Midden-Nederland).⁴ Uiteindelijk zullen zij echter worden uitgefaseerd. De Nederlandse regering werkt met haar Belgische en Duitse collega's aan een plan om binnen een paar jaar 's nachts konvooi van zelfrijdende vrachtauto's naar Antwerpen en het Ruhrgebied te laten rijden.⁵ Een 'voertuigbewijs' waarmee nieuwe modellen autonome voertuigen gecertificeerd kunnen worden is in de maak.⁶ Een plaatselijk probleem vormen de 22,5 miljoen Nederlandse fietsen, waarop de huidige generatie besturings-

systemen – vooral ontwikkeld en getest in autoparadijs Amerika – nog niet zijn toegerust.⁷

In onze eerdere kronieken hebben wij ons beklaagd over de beperkingen van 'technologie en recht' als ordenend thema. Wij zien 'technologierecht' niet als een zelfstandig rechtsgebied, maar als een tijdelijke wachtkamer voor ontwikkelingen die nog niet door hun eigen rechtsgebied zijn opgehaald; en een kroniek 'technologie en recht' als een subjectieve verzameling van in wezen commune kwesties met toevallig technische casuïstiek. Anno 2019 is het schrijven van een kroniek technologie & recht een vrij absurde onderneming geworden: elke sector van de economie, cultuur en samenleving, en dus elk rechtsgebied, wordt inmiddels beïnvloed door technologische verandering. Vrijwel elke ontwikkeling die wij in deze kroniek zouden kunnen vermelden, kan evengoed aan de orde komen in een of meer van de andere kronieken in dit blad. Anders gezegd: de laatste vakjurist die dacht dat *zijn* rechtsgebied immuun was voor technologische ontwrichting, is inmiddels toe aan een nieuwe uitdaging.

Wij hadden ons in onze vorige kroniek al noodgedwongen beperkt tot een aantal grote thema's, en tot rechtsgebieden waarvan de ontwikkeling wordt gedomineerd door technologische vernieuwing: digitaal auteursrecht, privacy-recht, informatievrijheid en de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van internet-tussenpersonen. Deze rechtsgebieden vormen de oprichtende leden van een ontluikende nieuwe informatie-

Wij zien ‘technologierecht’ niet als een zelfstandig rechtsgebied, maar als een tijdelijke wachtkamer voor ontwikkelingen die nog niet door hun eigen rechtsgebied zijn opgehaald

rechtsorde van de 21^e eeuw, door Dommering uitvoerig beschreven in een nieuw handboek dat later deze maand verschijnt.⁸ De Digital Single Market (‘DSM’)-strategie van de huidige Europese Commissie-Juncker is daarvan momenteel de belangrijkste politieke aanjager. De Commissie presenteerde inmiddels meer dan dertig wetgevingsvoorstellen, die ervoor moeten zorgen dat Europa een geavanceerde, eengemaakte, concurrerende, privacy-, ethiek- en milieu-respecterende digitale maatschappij wordt.⁹ De voorstellen beslaan een wijd uiteenlopend terrein, van e-commerce tot auteursrecht tot media- en telecomregulering. Innovatie, nieuwe banen en een verwachte economische groei van maar liefst € 415 miljard zijn het belangrijkste doel. Europa moet competitiever worden in vergelijking met haar Amerikaanse en Chinese evenknie. Tegelijkertijd moet de positie van de Europese consument worden versterkt.

Drie jaar na de lancering van de DSM-strategie was het merendeel van de wetgevingsinitiatieven echter nog in de maak.¹⁰ De richtlijnen en verordeningen die werden aangenomen, kwamen vrijwel altijd gehavend uit de strijd. Het Europese wetgevingsproces is ingewikkeld en ondoorzichtig, de uitkomsten doordrenkt van onmogelijke compromissen tussen suf-gelobbyde lidstaten en Europarlementariërs. Dat leidt tot gefragmenteerde wetgeving met moeilijk leesbare, sterk verwaterde, te veel willende en niet zelden tegenstrijdige wetsbepalingen, die vervolgens vaak nog in nationale regels moeten worden omgezet. Het is vervolgens aan het Hof van Justitie om de regels ‘uit te leggen’ en in te bedden in het bestaande Europese *acquis*. Dat proces verloopt langzaam en betrekkelijk willekeurig, één prejudiciële detailvraag tegelijk.

In de afgelopen tweeënehalf jaar was er meer technologie en meer recht dan er in deze kroniek past. We concentreren ons daarom op de meest actuele en belangrijke thema’s.¹¹ Het eerste onderwerp dat we bespreken is de regulering van online platforms. Daarmee bedoelen we

het geheel aan regels dat van toepassing is op de gebruikers en de aanbieders van internetplatforms. Welke regels dat (zouden kunnen) zijn, en over welke ‘platforms’ we het dan eigenlijk hebben, is het eerste centrale thema van deze kroniek. Het tweede thema waar we bij stil staan is privacy. Sinds het van kracht worden van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) op 25 mei 2018 is het privacy-bewustzijn van individuele burgers ontegenzeggelijk gegroeid en heeft privacy de boardroom van bedrijven, in Europa en de Verenigde Staten, bereikt. De AVG heeft evidente tekortkomingen, maar is – en blijft vermoedelijk – een van de belangrijkste instrumenten om controle uit te oefenen op tal van datastromen in de interneteconomie. We besluiten met een korte toekomstblik op het laatste grote thema, artificiële intelligentie.

Regulering van internetplatforms

Inleiding

Sinds de vorige kroniek zijn de schaal en diversiteit van de interneteconomie verder gegroeid. Er is een eclectische groep digitale diensten ontstaan die wordt aangeduid met de verzamelnaam ‘(internet-)platforms’. De nieuwe online diensten kenmerken zich door een slim gebruik van (grote hoeveelheden) data en, in veel gevallen, financiering door middel van gerichte, granulaire reclame. Samen zorgen de nieuwe diensten voor een economische omwenteling van de maatschappij, naar een samenleving die steeds meer wordt ondersteund door het internet en door platformdiensten die vraag en aanbod in enkele kliks naadloos samenbrengen.¹²

Tijdens de afgelopen kroniekperiode was er in toeneemende mate aandacht voor de keerzijde van technologische vooruitgang. Wereldwijd zijn wetgevers en toezichthouders bezig met een inhaalslag om de macht van ‘platforms’ en ‘Big Tech’ te reguleren – en deze ‘techlash’ is nog lang niet uitgeraasd. Silicon Valley zelf belijdt onver-

Auteurs

1. De auteurs zijn allen advocaat bij Brinkhof in Amsterdam. Zij danken hun kantoorgenoten Joost van Eymeren, Hanneke Kooijman en Bart Tromp voor hun waardevolle bijdragen aan de totstandkoming van deze kroniek. Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2016-maart 2019.

Noten

2. T. Standage, ‘Pushing the right buttons’, *The Economist* 1843, februari/maart 2019.
3. ‘Just 19 Percent of Americans Trust Self-Driving Cars With Kids’, *Futurism.com* 15 maart 2019. Zie over aansprakelijkheid

bij zelfrijdende auto’s K. Grieman, ‘Hard Drive Crash: An Examination of Liability for Self-Driving Vehicles’, *JIPITEC* 2018/3.
4. Rb. Midden-Nederland 22 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5707.
5. Toespraak minister Van Nieuwenhuizen bij RAI Mobiliteitsdiner 26 maart 2018, zie: rijksoverheid.nl.
6. Zie: www.cbr.nl. Zie ook Wet tot wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met mogelijk maken van experimenten met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen, *Stb.* 2018, 347.
7. D. Boffey, ‘Bikes put spanner in works of Dutch driverless car schemes’, *The Guar-*

dian 13 februari 2019.

8. E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019.
9. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio’s, ‘Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa’, Brussel 6 mei 2015 COM(2015) 192 final. Zie <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market> en het persbericht van de Europese Commissie van 6 mei 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_nl.htm.
10. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees

Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio’s over de tussentijdse evaluatie van de uitvoering van de strategie voor de digitale interne markt, ‘Een connectieve digitale interne markt’, COM/2017/0228 final.
11. Buiten beschouwing blijft bijvoorbeeld het IT-recht. Zie daarover Azevedo e.a., ‘Kroniek IT-recht 2016-2018’, *Advocatenblad* 2019/2.
12. Zie voor een uitgebreide bespreking en categorisering E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam 2019 (binnenkort verwacht), hoofdstuk IX.

minderd de ambitie 'to make the world a better place', maar draagt steeds actiever uit dat het daarbij een maatschappelijke verantwoordelijkheid heeft die verder gaat dan alleen het bouwen en dan loslaten van mooie nieuwe diensten. Te midden van zorgen over verkiezingsmanipulatie, filterbubbels, nepnieuws en jihadronsing hebben CEO's als Mark Zuckerberg (Facebook), Jack Dorsey (Twitter) en Brian Chesky (Airbnb) in diverse hoorzittingen, toespraken en interviews benadrukt dat ze 'meer moeten doen'.¹³ Tegelijkertijd leiden zorgen over de grote informatie- of marktmacht van de Amerikaanse platforms ook tot oproepen dat zij 'te veel doen': zich teveel bemoeien met de inhoud.¹⁴

De hamvraag is natuurlijk *waar* de tech-bedrijven meer aan moeten doen, en *hoe*. Daarover verschillen de meningen. Meer verantwoordelijkheid nemen voor nare of illegale informatie op hun platforms, meer foute informatie verwijderen, meer betalen aan uitgevers en platenmaatschappijen, meer betalen aan de belastingdienst, meer betalen aan hun (al dan niet tijdelijke) werknemers, of meer ruimte bieden aan concurrenten. Een van de belangrijkste juridische en beleidsmatige geschilpunten is hoe de taken, verantwoordelijkheden, kosten en risico's moeten worden verdeeld tussen platforms, overheden, gebruikers en andere belanghebbenden. Het is geen overdreven ambitie om daarbij weg te willen blijven van twee ongewenste uitersten: een ongeregeerd wilde westen waarin de luidste en meest extreme stemmen overheersen, en een onvrij staatsinternet waarin alleen goedgekeurde meningsuiting bandbreedte krijgt. Europa weet dat het geen Amerika wil zijn en geen China, maar heeft nog moeite om de echte keuzes te maken die daarvoor nodig zijn.

Europa weet dat het geen Amerika wil zijn en geen China, maar heeft nog moeite om de echte keuzes te maken die daarvoor nodig zijn

Regelgevers moeten nog behoorlijk wennen aan wat de techniek doet, kan en niet kan. Verschillende platforms worden op één hoop gegooid, maar hebben heel andere activiteiten, business modellen en – maatschappelijk gezien – risicoprofielen. De ene moet het hebben van data en diensten, de andere verkoopt vooral hardware. Bij Uber draait de juridisch-politieke discussie bijvoorbeeld om arbeidsvoorwaarden, veiligheid en de relatie tot regulering voor de taxibranche. Bij Amazon gaat het over lage belasting, lage lonen en de gevolgen voor kleine detailhandel. Airbnb heeft gevolgen voor steden en huizenprijzen, terwijl het bij Twitter vooral gaat om de hoeveelheid ongecontroleerde haat en discriminatie. Bovendien veranderen deze bedrijven, ook al hebben zij inmiddels honder-

den miljarden dollars aan beurswaarde, regelmatig van koers, en betreden zij steeds nieuwe marktsectoren. Amazon koopt een supermarkt en plant een ziekenhuis, en ongeveer iedereen werkt aan zelfrijdende-autotechnologie.

Te vaak wordt een toevlucht tot simplistische oplossingen genomen: het simpelweg opknippen van de grote techbedrijven,¹⁵ platforms rechtstreeks aansprakelijk maken voor user content, of verplichten om 'illegale' content binnen een uur te verwijderen, of algoritmes openbaar maken. Daarbij wordt stevige retoriek niet geschuwd, 'Taming the Tech Monster' doopte voormalig premier en Europarlementariër Guy Verhofstadt zijn set politieke voorstellen om het internet te hervormen en 'terug te geven' aan het publiek.¹⁶ Het omgekeerde gebeurt overigens ook. Tijdens de verhoren van Mark Zuckerberg in het Europese parlement wilde iedereen zijn zegje doen, maar vervolgens óók met de jonge CEO op de selfie.¹⁷

Waar wij in vorige kronieken schreven over 'aansprakelijkheid van tussenpersonen' ging dat met name over de aansprakelijkheid van internettoegangs- en hostingaanbieders voor onrechtmatige uitingen van hun klanten, en over verplichtingen om informatie van of over die klanten te blokkeren of te verstrekken. Deze discussie is inmiddels breder en principiëler en gaat met name om de vraag wat platformaanbieders moeten doen om hun platforms veilig, prettig en rechtmatig te houden, de mate waarin zij verantwoordelijk zijn voor wat hun gebruikers doen, en welke maatregelen zij moeten nemen om ongewenst gebruik te voorkomen, op te sporen, en te beëindigen. Het moge duidelijk zijn dat het probleem, en de mogelijke oplossingen, verschillen afhankelijk van de aard van het geconstateerde probleem of ongewenste gebruik.

Het juridisch speelveld

Het juridisch speelveld van de 'internetplatforms' bevindt zich tussen enerzijds de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten (AVMS-richtlijn) die traditionele mediadiensten reguleert, en anderzijds de Europese regels voor elektronische communicatie, van toepassing op de klassieke telecommunicatiediensten.¹⁸ Beide werden gedurende de onderhavige kroniekperiode herzien als onderdeel van de DSM-strategie van de Commissie-Juncker en bestrijken voortaan ook bepaalde internetdiensten.¹⁹

De herziene AVMS-richtlijn,²⁰ die voor 19 september 2020 moet worden geïmplementeerd, is voortaan ook van toepassing op 'videoplatformdiensten', al is het regulatorische regime daarvoor vooralsnog betrekkelijk licht en flexibel. Videoplatformdiensten moeten 'passende maatregelen' nemen om minderjarigen te beschermen tegen schadelijke content, bepaalde soorten strafbare content voortaan van hun platforms weren en een aantal basale reclameregels in acht nemen. Voor de Nederlandse toezichtpraktijk brengt deze wijziging vermoedelijk geen grote verandering. De grote videoplatforms zoals Facebook en YouTube zullen vermoedelijk onder Iers toezicht vallen. Wel zal een site als Dumpert vermoedelijk maatregelen moeten gaan treffen om bepaalde uitwassen van haar platform te weren.²¹ De herziene richtlijn brengt verder subtiele veranderingen met betrekking tot het oorsprongslandbeginsel; en stelt EU-lidstaten in staat om mede op hun inwoners gerichte on-demand diensten uit andere lidstaten te laten meebetalen aan lokale producties.²² Boven-

dien moeten zij voortaan minstens 30% Europese producties in hun catalogus hebben.

Een nieuwe richtlijn tot vaststelling van een Europees Wetboek voor elektronische communicatie voegt vier van de vijf bestaande Europese telecomrichtlijnen samen tot één nieuw geheel, dat voor 21 december 2020 moet worden geïmplementeerd.²³ Veel in het nieuwe wetboek is vertrouwd, er zijn slechts enkele principiële veranderingen. Zo vallen voortaan ook *over the top* diensten zoals WhatsApp, iMessage of Google Hangouts als 'nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiedienst' onder de Europese telecomregels.²⁴ Ook hier geldt voorlopig echter een 'light-touch regime'. Het wetboek bevat daarnaast maatregelen gericht op de uitrol van snelle netwerken en coördineert de Europese uitgifte van 5G-spectrum.²⁵ In een aparte verordening was de positie van BEREC, het samenwerkingsorgaan van de zogeheten nationale regelgevende instanties, al verder geïnstitutionaliseerd.²⁶

De Commissie heeft er tijdens haar mandaat van afgezien het in de e-Commercerichtlijn neergelegde aansprakelijkheidsregime voor tussenpersonen te herzien.²⁷ In plaats daarvan volgt de Commissie echter een 'sectorale, probleemgestuurde aanpak'.²⁸ Een nieuwe 'platform-to-business-verordening'²⁹ bevat een aantal specifieke regels

voor de relatie tussen 'onlinetussenhandelsdiensten' en zakelijke gebruikers, zoals verkopers, app developers of hotels. Veel tanden hebben die regels vooralsnog echter niet. Platforms mogen nog steeds contractueel bedingen dat via andere kanalen geen lagere prijs wordt gevraagd en eigen diensten bevoordelen, zolang daarover transparantie wordt betracht. Op basis van de nieuwe regels moeten platforms voortaan wel de belangrijkste parameters bekend maken waarmee de ranking van een product of dienst op het platform wordt bepaald. Dat gaat echter niet zo ver dat zij de werking van hun algoritmes tot in detail moeten onthullen.³⁰ Europese lidstaten slaagden er niet in overeenstemming te bereiken over het invoeren van een belasting op digitale diensten.³¹

In het spoor van de internetbedrijven van het eerste uur zoals Amazon, Google en Facebook, zitten de data-platformdiensten die vraag en aanbod op een slimme manier bij elkaar brengen. Steevast liggen deze nieuwe diensten – denk aan Airbnb, Uber en Booking.com – overhoop met traditionele geregeerde sectoren, met op de achtergrond een ideologische strijd.³² Tijdens de kroniekperiode verduidelijkte het Hof van Justitie dat Uber niet kwalificeert als een dienst van de informatiemaatschappij, maar als dienst op het gebied van vervoer.³³ De Rechtbank

13. 'The Metamorphosis of Silicon Valley C.E.O.s: From Big to Boring', *New York Times* 12 september 2018, www.nytimes.com/2018/09/12/technology/silicon-valley-ceos-boring.html; 'Can Mark Zuckerberg fix Facebook before it breaks democracy?', *New Yorker* 17 september 2018, www.newyorker.com/magazine/2018/09/17/can-mark-zuckerberg-fix-facebook-before-it-breaks-democracy; 'Airbnb CEO pledges to take more responsibility for impact to housing', *Reuters* 23 februari 2018, www.reuters.com/article/us-airbnb-expansion-chesky/airbnb-ceo-pledges-to-take-more-responsibility-for-impact-to-housing-idUSKCN1G708C.

14. Zie bijv. 'Vrijheid in je communicatie', *Bof.nl*.

15. Zie bijv. Amerikaanse senator Elizabeth Warren, 'Here's how we can break up Big Tech', 8 maart 2019, <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>; zie daarover 'Elizabeth Warren Proposes Breaking Up Tech Giants Like Amazon and Facebook', *New York Times* 8 maart 2019, www.nytimes.com/2019/03/08/us/politics/elizabeth-warren-amazon.html. Een kritische reactie: 'Where Warren's Wrong', 12 maart 2019, <https://stratechery.com/2019/where-warrens-wrong/>.

16. G. Verhofstadt, 'Taming the Tech Monster', *project-syndicate.org* 17 augustus 2018.

17. Het kwam de Zweedse Europarlementariër Cecilia Wikström op een Twitterstorm te

staan, zie: 'European politician gets ratioed after tweeting a selfie with Zuck', *thenext-web.com* 23 mei 2018.

18. E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019 (verschijnt april 2019), hoofdstuk IX, par. 4.

19. Zie voor een kritische bespreking van de regulering van internetplatforms op Europees niveau A. Savin, 'Regulating Internet Platforms in the EU – The Emergence of the 'Level Playing Field'', *Computer Law and Security Review* 34.6 2018. Zie over platformregulering ook J.E. Cohen, 'Law for the Platform Economy', *U.C. Davis Law Review* 2017/51, p. 133; S.H. Ranchordás, 'Regulering in de nieuwe economie: een inleiding', *SEW* 2018, 186. Zeer de moeite waard is ook het interview van Kara Swisher met Mark Zuckerberg van 18 juli 2018 in de podcastserie *Recode Decode*, zie: recode.net.

20. Richtlijn 2018/1808/EU 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. Zie voor een bespreking E.W. Jurjens, 'De definitieve nieuwe Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten: een eerste analyse', *NIER* 2019, 1-2.

21. 'Broadcast watchdog in Facebook talks as new EU rules loom, Ireland to have key policing role for material screened on tech

platforms', *Independent.ie* 2 december 2018. Zie voor een bespreking van de juridicieregeling voor videoplatformdiensten A. Strijbos & D. Verhulst, 'Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten', *Mediaforum* 2019-2.

22. Zie A. Bruna & R.D. Chavannes, 'Juridictie onder de gewijzigde Audiovisuele Mediadiensten Richtlijn', *Mediaforum* 2019-2.

23. Richtlijn 2018/1972/EU van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, *PbEU* 2018, L 321/36.

24. Het antwoord op de aanhangige prejudiciële vraag of SkypeOut en Gmail kwalificeren als elektronische communicatiedienst zou dus wel eens mosterd na de maaltijd kunnen zijn, zie C-142/18 (*Skype*) en C-193/18 (*Google*).

25. Zie voor een uitgebreide bespreking G.P. van Duijvenvoorde & P.C. Knol, 'Een nieuw telecomkader: het Europees wetboek voor elektronische communicatie', *NIER* 2019/1-2.

26. Verordening 2018/1971/EU van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot instelling van het Orgaan van Europese regulerende instanties voor elektronische communicatie (Berec) en het Bureau voor ondersteuning van Berec, *PbEU* 2018, L 321.

27. Zie de Mededeling van de Commissie over online platforms en de digitale eenge maakte markt, 25 mei 2016, COM/2016/288 final, die werd voorafge-

gaan door een publieke consultatie ter evaluatie van het in de e-Commercerichtlijn neergelegde aansprakelijkheidsregime voor tussenpersonen.

28. Tussentijdse evaluatie DSM-strategie (zie voetnoot 10), p. 11.

29. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, COM/2018/238 final - 2018/0112 (COD). Zie voor een kritische bespreking V.I. Daskalova, 'Oneerlijke platform-to-business-handelspraktijken: oude kwesties, nieuwe regelgeving', *SEW* 2018/12. Zie ook het persbericht van 14 februari 2019: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1168_en.htm.

30. Online reclameplatforms en online betaaldiensten vallen buiten het bereik van de nieuwe regels.

31. 'EU states fail to agree plans for digital tax on tech giants', *Financial Times* 6 november 2018. Zie ook P.J. Wattel, 'Hoe de digitale platforms fiscaal te vatten?', *NJB* 2018/1296, afl. 26.

32. E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, hoofdstuk VIII, par. 1. Zie ook Nooren et al., 'Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options', *Policy & Internet* 2018, p. 264-301.

33. HvJEU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:981; M.R. Botman, 'Uber: online dienst of vervoersbedrijf?', *NIER* 2018-1-2, p. 21-27.

Amsterdam oordeelde dat maaltijdbezorgers van Deliveroo geen zzp'ers zijn, maar hun werkzaamheden verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst.³⁴

Bestrijding van illegale en schadelijke content

Online platforms worden steeds nadrukkelijker aangespoord om actie te ondernemen tegen illegale en schadelijke content die hun gebruikers uitwisselen.³⁵ In 2017 riep de Commissie platforms al op om 'meer' te doen in de bestrijding van illegale content.³⁶ Daarop volgde een aanbeveling in 2018 met een reeks operationele maatregelen.³⁷ Platforms zouden nauwer moeten samenwerken met de autoriteiten; 'trusted flagger'- en notice & take-down-procedures moesten worden versneld, vereenvoudigd en verbeterd. Ook wilde de Commissie dat platforms voortaan proactief op zoek zouden gaan naar illegale content, bijvoorbeeld met automatische detectie- en filter-systemen. Aan een beroep op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 14 van de e-Commercerichtlijn zou dat volgens de Commissie niet in de weg staan; een redelijke en logische visie die geen duidelijke grondslag vindt in de rechtspraak van het Hof van Justitie.³⁸ Parallel ontstond grote aandacht voor de gevaren van (politieke beïnvloeding door) desinformatie – *fake news* – en de wijze waarop de door advertentie-inkomsten gedreven algoritmes op sociale media bijdragen aan de verspreiding daarvan.³⁹

Online platforms worden steeds nadrukkelijker aangespoord om actie te ondernemen tegen illegale en schadelijke content die hun gebruikers uitwisselen

Vervolgens is de beoogde zelfsturing de Commissie duidelijk niet snel genoeg gegaan. In september 2018 presenteerde zij een voorstel voor een verordening die de online verspreiding van terroristische inhoud moet tegen gaan.⁴⁰ Het wetsvoorstel is duidelijk geschoeid op de leest van de Duitse *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* ('NetzDG'),⁴¹ en creëert voor nationale autoriteiten een bevoegdheid om een verwijderingsbevel uit te vaardigen tegen een internetbedrijf. Deze moet 'manifest onrechtmatige' inhoud vervolgens binnen een uur verwijderen, of riskeert een boete die in – in een *worst case* scenario, bij een herhaalde overtreding – kan oplopen tot 4% van de wereldwijde jaaromzet.⁴² In de commissie voor burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken van het Europees Parlement werd de ontwerpverordening met maar liefst 700 amendementen begroet.⁴³

De pogingen van de Commissie om platformaanbieders meer te laten doen tegen de snelle online verspreiding van illegale of schadelijke content via hun diensten

zijn complex en controversieel. Het is de vraag of het wenselijk is dat private bedrijven als 'speech arbiters' worden ingelijfd om doelstellingen van overheidsbeleid te realiseren. Daarbij liggen veel van de Europese initiatieven in de sfeer van beleidsinitiatieven en *stakeholder dialogues*. Het is zeer de vraag of daarmee sprake is van een voldoende toegankelijke en voorspelbare grondslag voor de inmening in de fundamentele rechten die bij het modereren van content onvermijdelijk plaatsvindt.⁴⁴ Ook dreigt er een situatie te ontstaan dat feitelijk een handvol grote spelers bepaalt wat het publiek nog mag zien. Er bestaan verder aanzienlijke lokale verschillen over wat (on)wenselijke of (on)rechtmatige inhoud precies is, terwijl het internet een wereldwijd karakter heeft. Europese regels of bevelen stuiten in de Verenigde Staten daarom al snel af op de haast absolute bescherming die het First Amendment biedt en zijn daar dan niet uitvoerbaar.⁴⁵

Beleidsmakers, academici, non-profits en bedrijven breken hun hoofd over de vraag hoe op internet alle verschillende, botsende belangen – van informatievrijheid tot de fysieke bescherming van personen en de maatschappij als geheel – beschermd kunnen worden en verschillen daarover radicaal van mening. Intussen is er een toenemende groep *trust & safety*-medewerkers die 's ochtends opstaan, naar kantoor gaan en iedere dag beslissen welke door algoritmes of bezorgde burgers als dubieus aangemelde content mag blijven staan en wat moet worden verwijderd.⁴⁶ Voor de psychische gesteldheid en arbeidsomstandigheden van deze moderators ontstaat steeds meer aandacht.⁴⁷ Facebook-CEO Mark Zuckerberg verwacht dat slimme algoritmes het psychisch belastende werk uiteindelijk zullen overnemen.⁴⁸ De technische mogelijkheden daarvan moeten echter niet worden overschat. Het is bijvoorbeeld de vraag of algoritmes ooit goed in staat zullen zijn uitingen in hun context te bezien.⁴⁹ En juist dat is op internet cruciaal, het maakt verschil of beelden van een terroristische aanslag gedeeld worden door een extreemrechtse splintergroepering, of onderdeel zijn van het achtuurjournaal.

De Europese rechter kan intussen vrij goed uit de voeten met het spanningsveld tussen de artikelen 8 en 10 EVRM waarbinnen online platforms opereren. Het EHRM had in de zaken *Delfi* en *MTE* al duidelijk gemaakt dat platforms zich niet onverkort op het standpunt kunnen stellen dat zij slechts doorgeefluik zijn van de uitingen van hun gebruikers.⁵⁰ In de zaak *Høines* vervolgde het EHRM die lijn en oordeelde het dat artikel 8 EVRM niet geschonden was door het oordeel van de Noorse rechter dat een forum niet aansprakelijk was voor seksueel getinte comments over een advocaat. Het forum beschikte over een team van moderators, lezers konden 'warning buttons' gebruiken en klachten ingediend bij het forum waren ook succesvol geweest. De Noorse rechter vond dat het platform voldoende zorgvuldig gehandeld had en volgens het EHRM viel die afweging binnen de nationale beoordelingsruimte.⁵¹ In de zaak *Magyar Jelti* oordeelde het EHRM kritisch over het gemak waarmee de Hongaarse rechter een nieuwswebsite aansprakelijk hield voor het plaatsen van een hyperlink naar een (later) onrechtmatig bevonden publicatie elders op internet.⁵² Het EHRM benadrukte het belang van hyperlinks voor de goede werking van het internet en de toegang tot informatie en formuleerde vijf

De Europese rechter kan intussen vrij goed uit de voeten met het spanningsveld tussen de artikelen 8 en 10 EVRM waarbinnen online platforms opereren

gezichtspunten voor het beoordelen van een hyperlink in de context van artikel 10 EVRM. In Straatsburg ging het Hof van Justitie in de zaak *Buivids* nader in op het spanningsveld tussen de bescherming van persoonsgegevens en de uitingsvrijheid op het internet.⁵³ Het uploaden van een filmpje van een aangifte op een politiebureau op YouTube, met daarin agenten herkenbaar in beeld, was een verwerking van persoonsgegevens die niet zonder meer binnen de reikwijdte van de journalistieke exceptie viel. Daarvoor was vereist dat het maken en uploaden van het

filmpje uitsluitend voor het overbrengen van informatie, meningen of ideeën was bedoeld.

In een Nederlandse strafzaak paste de Hoge Raad de criteria voor de beoordeling van beledigende uitlatingen toe op een tweet en een Facebook-bericht waarin een gemeenteraadslid een ander raadslid voor racist uitmaakte.⁵⁴ Omdat het raadslid de berichten had geplaatst direct na een debat in de gemeenteraad, waar hij het andere raadslid discriminatoir handelen verweet, kon niet zonder meer gezegd worden dat die onnodig grievend waren. De

34. Rb. Amsterdam, 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198; zie ook S. Garben, 'Arbeid in de onlineplatformeconomie: ontregeling en reacties', *SEW* 2018, 190.

35. In een mededeling van 28 september 2017 wees de Europese Commissie online platforms al op hun bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid met betrekking tot het toegankelijk maken van dergelijke content. Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'De bestrijding van illegale online-inhoud. Naar een grotere verantwoordelijkheid voor onlineplatforms', COM/2017/555.

36. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'De bestrijding van illegale online-inhoud. Naar een grotere verantwoordelijkheid voor onlineplatforms', COM/2017/555.

37. 'Naar een grotere verantwoordelijkheid voor onlineplatforms', COM/2017/555 en 'Commission Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online', COM/2018/1177 final. Zie voor een bespreking A. van der Beek, L. Oranje & J. Spauwen, 'Europese Commissie: 'Online platforms moeten meer verantwoordelijkheid nemen bij het bestrijden van online illegale content'', *NIER* 2018, 5-6.

38. Id., p. 6.

39. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's Bestrijding van online-desinformatie: een Europese benadering, COM/2018/236 final. [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/04/25/inventarisatie-methodes-om-%E2%80%9Cnepnieuws%](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/04/25/inventarisatie-methodes-om-%E2%80%9Cnepnieuws%20-%E2%80%9D-tegen-te-gaan)

[E2%80%9D-tegen-te-gaan](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/04/25/inventarisatie-methodes-om-%E2%80%9D-tegen-te-gaan). Zie voor een bespreking G. van Til, 'Zelfregulering door online platforms: een waar wondermiddel tegen online desinformatie?', *Mediaforum* 2019/1, p. 2-13; A. Nieuwenhuis, 'Fake news: een plaatsbepaling', *Mediaforum* 2018/6, p. 166-170; T. McGinagle, 'De Raad van Europa en online desinformatie: lavenen tussen zorgen en zorgplichten?', *Mediaforum* 2018/6, p. 180-184; E. Jurjens, 'De strijd van de EU tegen fake news: lessen uit de praktijk', *Tvl* 2018/4; M. de Cock Buning, 'Nepnieuws, bubbles en clickbait: over consumentenvertrouwen en advertentiebeleid', *IER* 2018/32; F.J. Borgesius e.a., 'Online politieke micro-targeting. Een zegen of een vloek voor de democratie?', *NJB* 2019/528, afl. 10.

Lezenswaardig is ook het onderzoek van *de Volkskrant* en *De Correspondent* naar radicalisering op YouTube, 'Radicalisering op YouTube: zo onderzochten wij honderdduizenden video's en miljoenen comments', *decorrespondent.nl* 8 februari 2019.

40. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad ter voorkoming van de verspreiding van terroristische online-inhoud. Een bijdrage van de Europese Commissie aan de bijeenkomst van de EU-leiders in Salzburg op 19-20 september 2018, COM/2018/640 final.

41. De NetzDG werd in juni 2017 in Duitsland aangenomen met het doel terroristische en extremistische content online te bestrijden. De wet verplicht sociale media om content aan de hand van een twintigtal beperkingen te blokkeren of verwijderen. Bedrijven moeten evident onrechtmatige inhoud binnen 24 uur verwijderen en 'gewone' onrechtmatige inhoud binnen 7 dagen. Aan bedrijven die herhaaldelijk niet aan de wet voldoen kan een boete tot wel

€ 50 miljoen worden opgelegd. Zie voor een korte bespreking O. Trojan, 'The Ministry of Truth', *Mediaforum* 2017/4, p. 97. Het Nederlandse kabinet heeft zich kritisch uitgelaten over de Duitse aanpak, *Kamerstukken II* 2016/17, 30950, 138.

42. Zie voor een kritische bespreking van het voorstel A. Kuczerawy, *The proposed Regulation on preventing the dissemination of terrorist content online: safeguards and risks for freedom of expression*, 5 december 2018, <https://bit.ly/2uD8Mtl> en D. Keller, 'The EU's terrorist content regulation: expanding the rule of platform terms of service and exporting expression restrictions from the EU's most conservative member states', *cyberlaw.stanford.edu/blog* 25 maart 2019.

43. Zie [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/0331\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/0331(COD)). Op 8 april 2019 zal in de commissie over het voorstel worden gestemd.

44. A. Kuczerawy, *Private enforcement of public policy: freedom of expression in the era of online gatekeeping* (diss. KU Leuven), 2018, zie <https://bit.ly/2H5glo1>.

45. Zie voor een bespreking in de context van hate speech N. Alkiviadou, 'Regulating Internet Hate: A Flying Pig?', *JIPITEC* 2016/3.

46. A. Feerst, 'Your Speech, Their Rules: Meet the People Who Guard the Internet', *Medium.com* 27 februari 2019; 'Facebook's dirty work in Ireland 'I had to watch footage of a person being beaten to death'', *Irish Times* 30 maart 2019.

47. Zie bijv. A. Arshat, D. Etcovich, 'The human cost of online content moderation', *jolt.law.harvard.edu* 2 maart 2018 en de documentaires 'The Moderators', beschikbaar op fieldofvision.org/the-moderators,

en 'The Cleaners', beschikbaar op npo.start.

48. 'Al won't relieve the misery of Facebook's human moderators', *Theverge.com* 27 februari 2019.

49. 'Why the New Zealand Shooting Video Keeps Circulating', *The Atlantic* 21 maart 2019.

50. EHRM 16 juni 2015, 64569/09 (*Delfi*); zie voor een uitgebreide bespreking D. Voorhoof, 'De aansprakelijkheid van online nieuwsplatforms na Delfi', *Mediaforum* 2015/6, p. 194 e.v.; EHRM 2 februari 2016, 22947/13 (*MTE/Hongarije*), *HRC* 2016/140, m.nt. T. McGonnagle.

51. EHRM 19 maart 2019, 43624/14 (*Hoines/Noorwegen*).

52. EHRM 4 december 2018, 11257/16 (*Magyar Jeti Zrt/Hongarije*), *MR* 2018-053; zie ook 'Magyar Jeti Zrt v. Hungary: the Court provides legal certainty for journalists that use hyperlinks', *strasbourgobservers.com* 18 januari 2019.

53. HvJ EU 14 februari 2019, C-345/17 (*Buivids*); zie D. Erdos, 'European data protection and freedom of expression after Buivids: an increasingly significant tension', *eurolawblog.eu* 21 februari 2019.

54. HR 10 april 2018, *NJ* 2018/283, m.nt. EJD. Zie voor een gedetailleerde geschiedenis van de strafbare belediging de bijlage bij de aanbevelingen met betrekking tot de strafbaarstelling van belediging van gezagsdragers van de Studietoelichting van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC) en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM), *Mediaforum* 2017/7-8.

Rechtbank Amsterdam hield de redactieleden van GeenStijl persoonlijk aansprakelijk voor het verspreiden van de plas-seksvideo van Patricia Paay en veroordeelde hen, hoofdelijk met GeenStijl, tot betaling van € 30.000 schadevergoeding.⁵⁵ Een nieuw wetsvoorstel moet het verspreiden van wraakporno voortaan zelfstandig strafbaar stellen, met een strafmaximum van twee jaar.⁵⁶ Eerder werd Dumpert veroordeeld voor het plaatsen van een pikant filmpje afkomstig een jonge vrouw die werd gechanteerd nadat haar Dropbox-account was gehackt. Het filmpje werd op het platform meer dan 900.000 keer bekeken.⁵⁷ Het platform stelde dit soort video's niet op haar platform te willen plaatsen en al vóór de rechtszaak een schadevergoeding van € 4.500 aan de vrouw te hebben betaald. De afperser werd in een strafzaak veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 6.000 en een gevangenisstraf.⁵⁸ Een beheerder van een bdsm-datingsite werd veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 2500, omdat het niet op het eerste verzoek NAW-gegevens had verstrekt aan een vrouw van wie een nepprofiel was geplaatst.⁵⁹

Zoekmachines en het 'recht om vergeten te worden'

Het is inmiddels bijna vijf jaar geleden dat het Hof van Justitie in het *Costeja*-arrest bepaalde dat natuurlijke personen onder bepaalde omstandigheden het recht hebben op verwijdering van bepaalde zoekresultaten die verschijnen bij een zoekopdracht op hun naam.⁶⁰ De Hoge Raad heeft de kernoverwegingen herhaald.⁶¹ De manier waarop dat 'recht om vergeten te worden' moet worden toegepast is sindsdien steeds verder uitgekristalliseerd in de Nederlandse feitenrechtspraak.⁶² Hoewel er het nodige te debatteren valt over de precieze norm, maken rechtbanken in de praktijk een afweging tussen de betrokken grondrechtelijk beschermde belangen, aan de hand van een reeks feitelijke gezichtspunten.⁶³

Verreweg de meeste 'vergeetzaken' gaan over zoekresultaten die verwijzen naar publicaties over in professionele hoedanigheid (beweerdelijk) begane misstappen of zelfs misdaden. Juist in die gevallen heeft het publiek echter een groot belang bij toegang tot de informatie.⁶⁴ Dat geldt temeer als de verzoeker nog steeds in diezelfde sector werkzaam is,⁶⁵ maar in mindere mate als de verzoeker geen relevante rol in het openbare leven speelt.⁶⁶

Even leek het erop dat het verbod op verwerking van bijzondere persoonsgegevens ertoe zou leiden dat zoekmachines alle verzoeken ten aanzien van strafrechtelijke informatie zouden moeten toewijzen, zonder dat ruimte zou zijn voor enige afweging van belangen.⁶⁷ De Rechtbank Amsterdam heeft inmiddels de bestendige lijn gekozen dat artikel 16 Wbp buiten toepassing dient te blijven bij verzoeken op basis van het zoekmachine-verwijderingsrecht, omdat absolute toepassing van het verbod in strijd zou zijn met het algemeen belang dat zoekmachines dienen en de informatievrijheid.⁶⁸ De Rechtbank Midden-

Nederland is daarin meegegaan.⁶⁹ Andere rechters hebben andere oplossingsrichtingen gesignaleerd, zoals een beperkte uitleg van het begrip bijzondere persoonsgegevens⁷⁰ en toepasselijkheid van de journalistieke exceptie.⁷¹ Deze oplossingsrichtingen schetste Zuiderveen Borgesius al in 2016.⁷²

De vraag hoe omgegaan moet worden met het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens in de context van zoekmachines ligt momenteel nog bij het HvJ EU.⁷³ De conclusie van de A-G in die zaak suggereert dat een zoekmachine een afgeleid beroep kan doen op de journalistieke exceptie als de bronpagina waarvan verwijdering uit de zoekresultaten verzocht wordt een beroep zou kunnen doen op de journalistieke exceptie.⁷⁴ Dat lijkt een wat gekunstelde uitkomst, omdat het Hof van Justitie in het *Costeja*-arrest nu juist overweegt dat toepassing van het recht om vergeten te worden op zoekmachines noodzakelijk is omdat de exploitant van de bronpagina verwijdering mogelijk kan weigeren met een beroep op de journalistieke exceptie. Wat daar ook van zij, de inmiddels van toepassing geworden AVG biedt een ruimere uitzondering op het recht om vergeten te worden. De uitzondering van artikel 17 lid 3 onder a AVG is immers niet beperkt tot situaties waarin op de bronpagina journalistiek bedreven wordt, maar is van toepassing op alle situaties waarin de verwerking nodig is voor het waarborgen van de informatievrijheid. De conclusie van de A-G zag nog op het kader onder de Privacyrichtlijn.

Ook de vraag of verwijderingen op basis van het verwijderingsrecht wereldwijd moeten worden uitgevoerd, of alleen binnen de grenzen van de EU of het land van de betrokkene, ligt voor bij het Hof van Justitie.⁷⁵ De conclusie van de A-G in die zaak heeft de strekking dat de exploitant van een zoekmachine verwijderingen moet toepassen op alle domeinnamen van zijn zoekmachine, maar alleen voor zover het gaat om zoekopdrachten vanuit de EU. De exploitant moet dat met alle mogelijke maatregelen proberen te bewerkstelligen, waaronder geoblocking, aldus de A-G.⁷⁶ Tot nu toe is de lijn in de Nederlandse rechtspraak dat de manier waarop Google verwijderingen uitvoert (voor alle EU-versies van de zoekmachinedienst en voor alle zoekopdrachten vanuit Nederland) voldoende is.

In de context van verwijdering van zoekresultaten wordt regelmatig overwogen dat het recht op privacy van de betrokkene in beginsel zwaarder weegt dan het recht op informatievrijheid van het publiek, de auteurs en uitgever van de betreffende publicatie en de aanbieder van de zoekmachine. Gek genoeg vindt men een dergelijke overweging niet terug in rechtspraak over het recht om vergeten te worden met betrekking tot andersoortige registers, zoals het BKR en het handelsregister.⁷⁷ Het Hof van Justitie paste het verwijderingsrecht ook toe op handelsregisters en oordeelde dat het bij wijze van uitzondering gerechtvaardigd kan zijn om, na verloop van een

De vraag hoe omgegaan moet worden met het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens in de context van zoekmachines ligt momenteel nog bij het HvJ EU

voldoende lange termijn na de ontbinding van de betrokken vennootschap, de toegang tot in het handelsregister over een bestuurder opgenomen persoonsgegevens te beperken tot derden die een aantoonbaar belang hebben bij inzage in die gegevens.⁷⁸ Twee Duitse veroordeelden deden zonder succes een beroep op het verwijderingsrecht bij het EHRM ten aanzien van het online archief van *Der Spiegel*, met daarin berichtgeving over hun strafzaak waarin zij bij naam werden genoemd.⁷⁹ Het Straatsburgse Hof liet de vrijheid van meningsuiting (het recht van het publiek om ook na langere tijd over die oude geruchtmakende strafzaak geïnformeerd te worden) zwaarder wegen dan het gestelde privacybelang.

Inbreuk op IE-rechten

Tijdens de kroniekperiode oogste de voorgestelde DSM-auteursrechtlijn twee jaar lang een storm van kri-

tiek.⁸⁰ Niettemin werd de richtlijn na een moeizaam verlopen triloog-proces op 26 maart 2019 met een krappe meerderheid aanvaard door het Europees Parlement. Het voorstel om te stemmen over diverse amendementen die de meest controversiële bepalingen zou schrappen werd verworpen met een verschil van slechts vijf stemmen; de Europese wetgever gaf onbedoeld blijk van een breder probleem met moderne technologie toen achteraf bleek dat tien parlementariërs *per ongeluk* tegen hadden gestemd.

Artikel 17 van de richtlijn (bekender onder de oorspronkelijke nummering: artikel 13) bepaalt dat internetplatforms die vallen binnen een (nieuwe) definitie van een 'online content sharing service provider' – aangenomen wordt dat dat in ieder geval Facebook en YouTube zijn – geacht worden een auteursrechtelijke mededeling aan het publiek te verrichten als zij het publiek toegang

55. Rb. Amsterdam 25 juli 2018, *IEF 17875*, ECLI:NL:RBAMS:2018:5130 (*Paay/GS Media*). Johan Vlemmix werd veroordeeld tot een schadevergoeding van € 2.000 voor zijn aankondiging een plassekspop van Paay op de markt te brengen, Rb. Oost-Brabant 16 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:49 (*Paay/Vlemmix*). Zie voor bespreking van de 'digitale schandpaal' R. Maalderink, 'De Digitale schandpaal: maatschappelijk drukventiel of eigenrichting?', *Mediaforum* 2017/4, p. 111-116.

56. Wijziging van onder meer het Wetboek van Strafrecht in verband met de herwaardering van de strafbaarstelling van enkele actuele delictsvormen (herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen), *Kamerstukken II 2018/19*, 35080.

57. 'Rechter: verspreiding seksvideo Dumper kan niet door de beugel', *NOS.nl* 7 februari 2018.

58. Rb. Noord-Holland 21 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:402.

59. Rb. Overijssel 28 november 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4752

60. HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, *Google Spain & Google Inc/AEPD en Mario Costeja González*.

61. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:316, m.nt. G.H. Spruyt in *Tijdschrift voor Internetrecht* 2017-2, p. 76-78.

62. De auteurs traden in deze zaken op voor Google.

63. L. Mourcou & M. Weij 'Drie jaar het recht om vergeten te worden: een analyse van de Nederlandse rechtspraak', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2017-4, p. 152-160; G.-J. Zwenne, 'Het vergeetrecht vijf jaar later', *Ars Aequi* 2019-5.

64. Rb. Amsterdam 18 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6118; Hof Amsterdam 31 maart 2015,

ECLI:NL:GHAMS:2015:1123; Rb. Den Haag 12 januari 2017,

ECLI:NL:RBDHA:2017:264, Rb. Midden-Nederland 20 februari 2017,

ECLI:NL:RBMNE:2017:805, Rb. Midden-Nederland 24 mei 2017,

ECLI:NL:RBMNE:2017:6893; Rb. Limburg 20 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2751; Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3356; Hof Den Haag 5 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1296; Rb. Amsterdam 19 juli 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:8606; Rb. Gelderland 22 oktober 2018,

ECLI:NL:RBGEL:2018:5600; Rb. Midden-Nederland 14 november 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:5594; en Rb. Rotterdam 7 februari 2019,

ECLI:NL:RBROT:2019:948.

65. Rb. Amsterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9515; Rb. Amsterdam 25 januari 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:2979; Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3355; Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3354; Rb. Den Haag 19 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4672;

Rb. Midden-Nederland 8 mei 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:2196; Rb. Midden-Nederland 14 november 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:5594 en Rb. Rotterdam 7 februari 2019,

ECLI:NL:RBROT:2019:948.

66. Rb. Amsterdam 19 april 2017,

ECLI:NL:RBAMS:2017:2896; Hof Den Haag 23 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1360,

Mediaforum 2017-6, m.nt. F. van der Jagt, p. 201-208, *Computerrecht* 2017-5, m.nt. S. Kulk en F. Zuiderveen Borgesius, p. 309-318; Rb. Amsterdam 15 februari 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:1644; en Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3357.

67. Rb. Rotterdam 29 maart 2016,

ECLI:NL:RBROT:2016:2395, besproken in de vorige kroniek en Rb. Overijssel 24 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:278. Zie hierover kritisch J. Lousberg & C. Cuijpers 'Het recht op vergeten en Google', *P&I* 2017-5, p. 208-213.

68. Rb. Amsterdam 25 januari 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:2979, r.o. 4.6 en 4.10; Rb. Amsterdam 15 februari 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:1644, r.o. 4.5 en 4.9; Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3355, r.o. 4.7 en 4.11; en Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3357, r.o. 4.6 en 4.10.

69. Rb. Midden-Nederland 8 mei 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:2196, r.o. 4.2 en Rb. Midden-Nederland 14 november 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:5594, r.o. 4.19.

70. Rb. Den Haag 12 januari 2017,

ECLI:NL:RBDHA:2017:264, r.o. 4.14, Rb. Midden-Nederland 20 februari 2017,

ECLI:NL:RBMNE:2017:805, r.o. 4.8; Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3354, r.o. 4.6; en Rb. Amsterdam 22 maart 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:3356, r.o. 4.6.

71. Hof Den Haag 23 mei 2017,

ECLI:NL:GHDHA:2017:1360, r.o. 5.8, *Mediaforum* 2017-6, m.nt. F. van der Jagt, p. 201-208, en *Computerrecht* 2017-5,

m.nt. S. Kulk en F. Zuiderveen Borgesius, p. 309-318.

72. F. Zuiderveen Borgesius, 'Het 'right to be forgotten' en bijzondere persoonsgegevens', *Computerrecht* 2016-4, p. 220-225.

73. Persbericht Conseil d'Etat 24 februari 2017, <http://english.conseil-etat.fr/Activites/Press-releases/Right-to-be-delisted/> en C. Michielsen 'HvJ EU: prejudiciële vraag over bijzondere persoonsgegevens en het

'right to be forgotten', *Computerrecht* 2017-3, p. 190.

74. Conclusie van A-G Szpunar 10 januari 2019, C-136/17.

75. Persbericht Conseil d'Etat 19 juli 2017, www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Portee-territoriale-du-droit-au-dereferencement/ en C. Michielsen & E. Menning, 'Franse vragen aan HvJ EU over "right to be forgotten": moet ook Google.com opgeschoond worden?', *Computerrecht* 2017-5, p. 325.

76. Conclusie van A-G Szpunar 10 januari 2019, C-507/17.

77. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 19 december 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:6593; Rb. Overijssel 26 november 2018,

ECLI:NL:RBOVE:2018:4797; en Rb. Midden-Nederland 30 november 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:6641.

78. HvJ EU 9 maart 2017, C-398/15 (*Manni*).

79. EHRM 28 juni 2018, 60798/10 en 65999/10 (*M.L. en W.W./Duitsland*), *NJ* 2019/97, m.nt. EJD.

80. Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM/2016/593. Aangevoerd door Euro-parlementariër Julia Reda, betoogt een indrukwekkende groep tegenstanders – van toonaangevende, onafhankelijke academici tot internetgrondlegger Tim Berners Lee en Wikipedia-oprichter Jimmy Wales tot Human Rights Watch en de Human Rights Council van de VN – op overtuigende wijze dat invoering van de bepalingen voor allerlei publieke belangen ineffectief, en zelfs desastreus zou zijn. Zie <https://julireda.eu/eu-copyright-reform/>.

Nieuwsuitgevers krijgen een nieuw naburig recht, dat het mogelijk moet maken dat zij een vergoeding bedingen voor het ‘digitale gebruik’ van (delen van) hun artikelen

geven tot beschermde werken die hun gebruikers uploaden. Zij moeten zich inspannen daarvoor licenties van rechthebbenden te verkrijgen en, in afwezigheid daarvan, voorkomen dat de content in kwestie op hun platforms verschijnt (het ‘uploadfilter’). Daarnaast blijft het systeem van notice & takedown in stand, met dien verstande dat voortaan een inspanningsverplichting geldt om ook toekomstige uploads van het werk in kwestie te voorkomen (notice & stay down). Nieuwsuitgevers krijgen verder een nieuw naburig recht, dat het mogelijk moet maken dat zij een vergoeding bedingen voor het ‘digitale gebruik’ van (delen van) hun artikelen. Of dat de existentiële crisis van de krantensector zal oplossen is de vraag, nationale ervaringen in Duitsland en Spanje suggereren het tegendeel.⁸¹ De nieuwe richtlijn voorziet verder in enkele rudimentaire regels van auteurscontractenrecht en een aantal nieuwe beperkingen, waaronder twee (verplichte maar deels toch weer voorbehoudbare) beperkingen voor tekst- en datamining. Het is een verdere stap in wat Hugenholtz de sluipende unificatie van het auteursrecht noemt.⁸²

Met name het ‘uploadfilter’ uit de nieuwe DSM-auteursrechtlijn zal voor de nodige hoofdbrekers en onvermijdelijke prejudiciële verwijzingen zorgen. De bewoordingen van het nieuwe artikel 17 en de daaraan gewijde overwegingen in de considerans, zijn dermate vaag en tegenstrijdig dat de rechtsonzekerheid die het digitale auteursrecht al geruime tijd beheerst een nieuw hoogtepunt bereikt.⁸³ Het voorland van de nieuwe bepaling zou wel eens sterk kunnen lijken op de lijdensweg van het ‘recht van mededeling aan het publiek’, waaraan het Hof van Justitie inmiddels meer dan twintig arresten wijdde.⁸⁴ Het resultaat daarvan is ronduit cryptisch en, zelfs voor ingewijden, zonder flowchart op A3-formaat niet meer te volgen. Tijdens de kroniekperiode ‘verduidelijkte’ het Hof van Justitie dat de verkoper van een video streaming *set-top box* met voorgeprogrammeerde links naar illegaal aanbod een mededeling aan het publiek verrichtte.⁸⁵ Dat gold ook voor The Pirate Bay, dat zich actief bemoeide met de inbreukmakende torrents op haar platform, door het aanbieden van een zoekfunctie; het verwijderden van niet werkende trackers; en door bepaalde soorten content te filteren.⁸⁶ Die zaak kwam voort uit een voortslepende Nederlandse procedure over de vraag of internet access providers hun abonnees de toegang tot de website van de Pirate Bay moeten weigeren.⁸⁷ Het Hof van Justitie legde ook nog uit dat een houder van een internetaansluiting zich niet kan onttrekken aan zijn aansprakelijkheid voor daarmee gepleegde inbreuken op het

auteursrecht door te opperen dat een gezinslid ook toegang kon hebben tot die aansluiting.⁸⁸

In twee aanhangige prejudiciële verwijzingszaken uit Duitsland, één met betrekking tot YouTube en één met betrekking tot filesharing site Uploaded, krijgt het Hof van Justitie de kans om zich in bredere zin uit te spreken over het spanningsveld tussen het steeds verder uitdijende mededelingsbegrip en de aansprakelijkheidsuitsluitingen uit de artikelen 12 t/m 14 van de e-Commercerichtlijn.⁸⁹ Interessant is onder meer welk vervolg het Hof van Justitie daarin zal geven aan zijn uitspraak in de zaak *SNB-REACT*, waarin het de voorwaarden voor een beroep op deze *safe harbors* misschien iets anders heeft geformuleerd.⁹⁰ Niet uitgesloten is dat ook de Hoge Raad in de Nederlandse zaak tussen de Stichting BREIN en Usenet provider NSE overgaat tot het stellen van prejudiciële vragen over dit onderwerp, zoals A-G Van Peurseem adviseerde.⁹¹ Kulk schreef een lezenswaardige dissertatie over de positie van tussenpersonen in het Europees auteursrecht.⁹²

De Nederlandse staat werd aansprakelijk gehouden voor haar uitlatingen dat illegaal downloaden in Nederland was toegestaan.⁹³ De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelde in een merkenrechtelijke zaak dat Facebook op haar platform onvoldoende maatregelen had getroffen om inbreukmakende Tommy Hilfiger-advertenties tegen te houden en veroordeelde het bedrijf om dat in de toekomst alsnog te voorkomen.⁹⁴ Het Hof Den Bosch veroordeelde NSE tot afgifte van NAW-gegevens van drie inbreukmakers; indien nodig moest NSE ervoor zorgen dat zij over die gegevens bij een derde partij kon beschikken.⁹⁵ Ziggo hoefde geen NAW-gegevens af te staan aan Dutch FilmWorks, volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter waren er te veel onduidelijkheden over de wijze waarop Dutch FilmWorks de personen achter de 377 gevorderde IP-adressen zou benaderen.⁹⁶ Een uitgebreide bespreking van IE-ontwikkelingen is te vinden in de Kroniek van de Intellectuele Eigendom, elders in dit blad.

Mededingingsrecht

Olie is niet langer ‘s werelds meest waardevolle grondstof, kopte *The Economist* in mei 2017, data is dat nu.⁹⁷ De titanen die de nieuwe grondstof controleren – Amazon, Apple, Alphabet (moederbedrijf van Google), Facebook en Microsoft – zijn de vijf meest waardevolle beursgenoteerde bedrijven ter wereld. Tegen deze achtergrond is het weinig verrassend dat er in toenemende mate naar het mededingingsrecht wordt gekeken om een scala aan daadwerkelijke en gepercipieerde problemen rondom Big Tech te adresseren. ‘Europe puts American Tech on a Leash’ stelde *Politico* begin dit jaar, verwijzend naar onder andere de boetes die de Europese Commissie oplegde aan Google en het bevel aan Apple om Ierland € 13 miljard aan belasting te betalen.⁹⁸ Mededingingscommissaris Margrethe Vestager is in Silicon Valley vermoedelijk meer gevreesd dan haar Amerikaanse collega’s. ‘Your tax lady, she really hates the U.S.’ liet Donald Trump zich ontvallen tijdens de G7 in Canada. Vestager bevestigde alleen de eerste helft van die zin.⁹⁹

In de discussie over online platforms wordt het mededingingsrecht vaak als tegenhanger van mogelijke regulering gepresenteerd.¹⁰⁰ Mededingingsrecht biedt autoriteiten immers verreikende onderzoeksbevoegdheden en afschrikwekkende sancties, om zo nodig de ‘marktmacht’ van grote

platforms te breken.¹⁰¹ Hierbij wordt echter vaak vergeten dat het mededingingsrecht alleen binnen bepaalde kaders kan worden toegepast: namelijk als de mededinging wordt aangetast. Belangrijke vragen die in deze discussie een rol spelen, zijn: is het mededingingsrecht voldoende flexibel om ook op de digitale economie van toepasbaar te zijn? En is aanvullende regelgeving noodzakelijk?¹⁰²

Platforms bouwen naar hun aard snel aanzienlijke marktposities op, aldus ACM.¹⁰³ Dit is het gevolg van zogeheten netwerkeffecten: een 'winner-takes-all' scenario. Deze effecten zijn direct ('Ik gebruik WhatsApp omdat iedereen het doet') of indirect ('Ik gebruik Google omdat de dienst beter is als gevolg van het grote aantal gebruikers').¹⁰⁴ Volgens ACM hoeft een sterke positie niet problematisch te zijn, mits deze groei niet het gevolg is van overnames, hierdoor geen kartels ontstaan, en van deze machtspositie geen misbruik wordt gemaakt.

Platforms stonden de afgelopen twee jaar in het middelpunt van de aandacht van Europese en nationale mededingingsautoriteiten. De Europese Commissie legde drie boetes op aan Google van in totaal € 8,25 miljard voor misbruik van een economische machtspositie. In de *Google Shopping*-zaak werd Google ervan beticht dat zij haar machtspositie op het gebied van zoekmachines heeft ingezet om haar prijsvergelijkingsdienst te bevorderen.¹⁰⁵ In de *Android*-zaak koppelde Google haar besturingssys-

teem en de beschikbaarheid van de Google Play Store volgens de Commissie aan de voor-installatie van Chrome en de Google zoekmachine op nieuwe telefoons.¹⁰⁶ In de *Ad-Sense*-zaak beperkte Google volgens de toezichthouder de mogelijkheden voor *online publishers* om naast Google advertenties, advertenties van andere *ad-brokers* te tonen.¹⁰⁷ De Commissie beboette daarnaast Facebook voor het verstrekken van misleidende informatie gedurende de overname van eerstgenoemde door Whatsapp.¹⁰⁸ Verder onderzoekt de Commissie of Amazon misbruikt maakt van zijn positie als verkoper én aanbieder van het Amazon-verkoopplatform.¹⁰⁹ Tot slot heeft Spotify kort geleden bij de Europese Commissie geklaagd over Apple omdat die haar positie op de muziekstreamingmarkt zou bevoorstellen door middel van de App Store.¹¹⁰

Hoewel de Europese Commissie streng handhaaft, betreft zij in haar besluiten vrijwel geen ander belang dan de bescherming van de concurrentie in de digitale markten. In die zin gedraagt ze zich als een 'klassieke' mededingingsautoriteit: andere algemene belangen spelen slechts een marginale rol.

Nationale mededingingsautoriteiten gaan op verschillende manieren om met de uitdagingen die online platforms met zich meebrengen.¹¹¹ Soms neemt een autoriteit een meer afwachtende rol aan, zoals de Nederlandse ACM. Die richt zich vooral op marktstudies en onderzoek,

81. Sentfleben e.a., 'Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?', *AMI* 2017; Remy Chavannes, 'A neighbouring right for press publishers – the wrong solution to a serious problem', *Kluwercopyrightblog.com* 13 juni 2016, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/06/13/neighbouring-right-press-publishers-wrong-solution-serious-problem/>.

82. P.B. Hugenholtz, 'De sluipende unificatie van het auteursrecht in Europa', *BfE* 2018/4, p. 157-161.

83. Zie voor een bespreking van het artikel: D.J.G. Visser, 'Understanding article 17 formerly known as 13', *IEF* 18347.

84. Zie R.D. Chavannes, 'Communication to the public in Europe: recent developments in EU copyright law in relation to digital media services', <https://blog.chavannes.net/2018/10/communication-to-the-public-in-europe/>.

85. HvJEU 26 april 2017, C- 527/15 (*Filmspeler*), *NJ* 2018/113. m.nt. PBH

86. HvJEU 14 juni 2017, C-610/15 (*The Pirate Bay*), *NJ* 2018/293, m.nt. PBH.

87. HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1046 (*Stichting Brein/Ziggo*).

88. HvJEU 18 oktober 2018, C-149/17 (*Lübbe/Strotzer*); P. ten Tije, 'Bastei Lübbe: "Fundamental Rights as a defence to circumvent enforcement of Copyright protection? No!", says CJEU.', *Kluwercopyright-*

blog.com 11 februari 2019.

89. Aanhangige zaken C-682/18 (*YouTube*) en C-683/18 (*Uploaded*); J. van Mil, 'German BGH – Does YouTube Perform Acts of Communication to the Public?', *Kluwercopyrightblog.com* 27 januari 2019.

90. HvJEU 7 augustus 2018, C-521/17 (*SNB-REACT*); zie voor een bespreking E. Rosati, 'Has the CJEU quietly changed the conditions for safe harbour availability?', *IPkitten.blogspot.com* 22 augustus 2018.

91. Conclusie A-G Van Peursen 13 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:789 (*Brein/NSE*).

92. S. Kulk, *Internet Intermediaries and Copyright Law. Towards a Future-proof EU Legal Framework* (diss.), 2018.

93. Rb. Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10645 (*SEKAM e.a./Staat*).

94. Rb. Amsterdam (vzr.) 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9362 (*PVH/Facebook*).

95. Hof Den Bosch 10 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2824 (*Brein/NSE*).

96. Rb. Midden-Nederland 8 februari 2019, *IEF* 18224; *IT&R* 2712 (*Dutch Filmworks/Ziggo*).

97. 'Regulating the internet giants. The world's most valuable resource is no longer oil, but data', *The Economist* 6 mei 2017.

98. 'Europe puts American tech on leash', *Politico.eu* 14 februari 2019.

99. 'Vestager: 'I do work with tax and I am a woman'', *Politico.eu* 18 juli 2018.

100. Bijv. Lina M. Khan, 'Amazon's Anti-trust Paradox', *The Yale Law Journal*, p. 797 of I. Graef & J. Prüfer, 'Verplichte datadeling voor specifieke sectoren noodzaak', *ESB* 103, p. 300 e.v.

101. Mededingingsautoriteiten kunnen bijvoorbeeld zogeheten 'dawn raids' doen, waarbij bij bedrijven wordt ingevallen en de servers worden gekopieerd en gescand op bewijs van mededingingsbeperkende afspraken. Boetes kunnen oplopen tot 10% van de betrokken jaaromzet van een bedrijf.

102. Deze vragen stelde de Minister van Economische Zaken en Klimaat ook in zijn discussienotitie over de toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid in relatie tot online platforms van 19 december 2018. De Tweede Kamer houdt zich ook met dit onderwerp bezig: Kees Verhoeven, 5 februari 2019, Initiatiefnota over mededinging in de digitale economie.

103. ACM, Position Paper voor Rondetafelgesprek over de marktdominantie van internet- en technologiebedrijven, 2018, p. 1. en Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Discussienotitie toekomstbestendigheid van het mededingingsbeleid in relatie tot online platforms, 2018, p. 2-4.

104. , 'A Nobel-winning economist's guide to taming tech monopolies', *Quartz* 27 juni 2018.

105. Besluit van de Europese Commissie, 27 juni 2017 (AT.39740). Het is de vraag welke gevolgen dit heeft voor andere diensten

van Google die in de zoekmachine zijn geïntegreerd, zoals Google Flights, Google Local en Google for Jobs. De Europese Commissie heeft aangegeven dat ze ook hiernaar kijkt.

106. Besluit van de Europese Commissie, 18 juli 2018 (M.40099). Google heeft hierop gereageerd door gebruikers een keuze te bieden tussen zoekmachines en browsers (*Google Blog* 19 maart 2019).

107. Een interessant aspect van deze zaak is dat Google al in 2014 een aantal toezeggingen deed aan de Europese Commissie om de bewuste contracten aan te passen. De Commissie vond deze toezeggingen destijds niet voldoende. Google implementeerde deze wijzigingen desondanks. Frappant is dat de Commissie nu tot de conclusie komt dat na deze implementatie de schending van het mededingingsrecht eindigde. Waarom accepteerde de Commissie de toezeggingen dan niet meteen?

108. Besluit van de Europese Commissie, 17 mei 2017, C (2017) 3192.

109. 'EU onderzoekt of Amazon data oneerlijk gebruikt', *FD* 19 september 2018 en 'EU opens probe into Amazon use of data about merchants', *Financial Times* 19 september 2018.

110. 'Consumers and Innovators Win on a Level Playing Field' *Spotify newsroom* 13 maart 2019 en www.timetoplayfair.com.

111. P. Lugard, 'De lasten en de lusten?', *M&M* 2018, nr. 3, p. 98.

wat blijkt uit haar Position Paper over marktdominantie van internet- en technologiebedrijven,¹¹² haar marktstudies naar online video platforms¹¹³ en naar app stores voor mobiele telefoons.¹¹⁴ Soms neemt een nationale autoriteit juist een activistische rol aan, zoals het Duitse Bundeskartellamt in de *Facebook*-zaak.¹¹⁵ Facebook had als voorwaarde gesteld dat gebruikers alleen toegang hadden tot het dominante sociale platform, als zij ermee instemden dat gegevens van websites van derde partijen óók door Facebook verzameld mochten worden. Deze voorwaarde, en het vrijwel onbeperkte verzamelen van gebruikersdata die hieruit volgde, vormde, aldus de BKA, uitbuiting van consumenten. Met andere woorden, schending van privacy leverde misbruik van machtspositie op.

Welke rol het mededingingsrecht daadwerkelijk kan spelen in de oplossing van de maatschappelijke problemen in relatie tot *big tech* blijft echter de vraag. Handhaven op basis van het mededingingsrecht is immers per definitie mosterd na de maaltijd.¹¹⁶ Het is de vraag of schade aan de mededinging achteraf nog valt te herstellen,

Welke rol het mededingingsrecht daadwerkelijk kan spelen in de oplossing van de maatschappelijke problemen in relatie tot *big tech* blijft de vraag

of dat het *level playing field* al onherstelbaar is aangetast. Preventieve, brede oplossingen zijn vanuit het mededingingsrecht niet te verwachten. Wel kan het mededingingsrecht een waardevolle rol spelen bij de individuele aanpak van excessen.¹¹⁷

Surveillance

De onvoorstelbare hoeveelheid informatie, over vrijwel iedereen, die tegenwoordig bij een handvol tech-bedrijven opgeslagen is, is ook voor opsporingsautoriteiten en inlichtingendiensten interessant. Een bespreking van de digitale opsporing in al zijn facetten gaat de reikwijdte van deze kroniek te buiten, we volstaan met een aantal signaleringen.¹¹⁸

Binnen de Europese Unie wordt gewerkt aan een richtlijn en een verordening die de grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijsmateriaal regelen.¹¹⁹ Op basis daarvan kunnen aan service providers, die verplicht worden om in de Europese Unie een vertegenwoordiger aan te wijzen, zogeheten productieorders worden gericht, met korte tijdslijnen voor medewerking daaraan (in noodgevallen binnen zes uur). Naar verwachting worden op korte termijn onderhandelingen gestart met de Verenigde Staten voor een aanvullend protocol op het Cybercrime-verdrag.¹²⁰ Het Hof van Justitie oordeelde in de zaak van *Tele2/Watson* dat een algemeen bewaarplicht van alle verkeers- en locatiegegevens van alle gebruikers van elektro-

nische communicatiemiddelen het Unierecht schendt.¹²¹ Het EHRM bevestigde in de uitspraak *Big Brother Watch* dat bulkinterceptie noodzakelijk kan zijn in een democratische samenleving, maar kwam tot de conclusie dat het Verenigd Koninkrijk artikel 8 en 10 EVRM geschonden had met de inzet van 'bulkinterceptie' door de Britse communicatie-inlichtingendienst, vanwege – kort gezegd – het ontbreken van effectief toezicht en effectieve waarborgen.¹²² In een parallelle zaak werd bepaald dat het Zweedse systeem voor bulkinterceptie wel aan de eisen van het EVRM voldeed.¹²³ Beide zaken zijn verwezen naar de Grote Kamer van het EHRM.¹²⁴

In Nederland trad de nieuwe Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten in werking, na een lang en woelig parlementair traject en een referendum waarin de meerderheid zich tegen de nieuwe wet keerde.¹²⁵ Een poging van een bonte coalitie om de wet buiten werking te laten stellen faalde.¹²⁶ Volgens de Hoge Raad mochten de Nederlandse inlichtingendiensten hun samenwerking met de Amerikaanse NSA doorzetten, ondanks de onthullingen van Edward Snowden.¹²⁷ Ook de Wet Computercriminaliteit III trad in werking, met daarin onder andere de mogelijkheid van een Notice & Takedownbevel en een nieuwe bevoegdheid om computers te hacken voor de opsporing van bepaalde (zware) vormen van criminaliteit.¹²⁸ De Commissie-Koops publiceerde haar rapport over de regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving.¹²⁹ De Nederlandse politie wil voortaan gebruik maken van een Amerikaanse genetische databank om de identiteit van onbekende doden te achterhalen.¹³⁰ Volgens de Rechtbank Noord-Holland was het niet in strijd met het *nemo tenetur*-beginsel om onder dwang de duim van een verdachte op zijn telefoon te plaatsen om die te ontgrendelen, nu het ging om biometrisch materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat en een beperkte inbreuk op de lichamelijke integriteit.¹³¹

Privacy

De inwerkingtreding van de AVG

Wie zich bezighield met privacy heeft het druk gehad het afgelopen jaar. Hoewel we met zijn allen twee jaar de tijd hadden om de nieuwe Algemene Verordening Gegevensbescherming¹³² (AVG en in het Engels GDPR) te implementeren, was het voor veel bedrijven toch een race tegen de klok om op 25 mei 2018, toen de AVG van toepassing werd, aan alle eisen te voldoen. De AVG introduceert een aantal belangrijke nieuwe verplichtingen op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens, zoals ruimere informatieverplichtingen,¹³³ meer verantwoordelijkheden voor verwerkers,¹³⁴ hogere eisen aan profilering,¹³⁵ beveiliging¹³⁶ en toestemming¹³⁷ en een nieuw recht op dataportabiliteit voor betrokkenen.¹³⁸ Het is de vraag of de strenge eisen aan toestemming daadwerkelijk zorgen voor een hoger niveau van privacybescherming of juist tot gevolg zullen hebben dat gebruikers nóg gemakkelijker door alle pop-ups heen zullen klikken.¹³⁹ Voor sommige verantwoordelijken geldt bovendien de verplichting om een gegevensbeschermingseffectenbeoordeling (ook wel Privacy Impact Assessment of PIA genoemd) uit te voeren, een register van verwerkingsactiviteiten bij te houden¹⁴⁰ of een functionaris gegevensbescherming (ook wel privacy

officer) aan te stellen. De belangrijkste veranderingen in de AVG kunnen geplaatst worden in de context van een nieuwe focus op documentatie en accountability; de verantwoordelijke moet *aantonen* dat hij in overeenstemming met de AVG handelt.¹⁴¹

Dat er voor de meeste bedrijven (en trouwens ook voor de overheid) veel werk aan de winkel was komt overigens niet alleen door die veranderde verplichtingen, maar ook, en misschien zelfs wel meer doordat privacy met stip gestegen is op het prioriteitenlijstje van de gemiddelde

directie.¹⁴² Dat komt enerzijds door de gigantische boetes die toezichthouders nu kunnen opleggen¹⁴³ en anderzijds door de toegenomen aandacht van de pers voor privacy-issues en de daarbij behorende ernstige reputatierisico's. Facebook kan daar over meepraten.¹⁴⁴ Online privacy en digitale beveiliging zijn onderwerpen die steeds meer mainstream worden, zo blijkt wel uit het feit dat er niet één maar twee uitzendingen van het populaire programma *De Wereld Draait Door* zijn gewijd aan de theatervoorstelling '#niksteverbergen' van De Verleiders. Overigens

112. ACM, Position Paper inzake Rondetafelgesprek over de marktdominantie van internet- en technologiebedrijven, 2018

113. ACM, 'Rapportage Online videoplatforms onder de loep', 2017.

114. ACM, 'ACM start marktstudie app-stores voor mobiele telefoons'. ACM heeft aangekondigd dat deze marktstudie in april 2019 zal verschijnen, 2018.

115. Bundeskartellamt, 'Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive', 2017 en Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources', 2019.

116. Vaak gaan er zelfs enkele jaren van onderzoek over heen voordat een autoriteit tot een besluit komt. Vervolgens moet er nog onderhandeld worden over de implementatie van het besluit bij het betrokken bedrijf, en wordt er nog jaren geprocedeerd over de hoogte van de boete.

117. Voor meer leesmateriaal verwijzen we naar de interessante themanummers van *Economisch Statistische Berichten* over verplichte datadeling (juli 2018) en het themanummer van *Markt en Mededinging* over algoritmes en big data (afl. 3, 2018).

118. Zie voor een uitgebreide bespreking de nieuwe (herziene) druk van: B.J. Koops & J.J. Oerlemans, *Strafrecht en ICT*, Den Haag: Sdu 2018, derde druk.

119. Voorstel voor een verordening van het Europees parlement en de raad betreffende het Europees bevel tot verstrekking en het Europees bevel tot bewaring van elektronisch bewijsmateriaal in strafzaken, COM/2018/225 final; Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels inzake de aanwijzing van wettelijke vertegenwoordigers ten behoeve van de bewijsgeving in strafprocedures, COM/2018/226 final; zie V. Fransen, 'The European Commission's e-evidence proposal: toward an EU-wide obligation for service providers to cooperate with law enforcement?', *Europeanlawblog.eu* 12 oktober 2018.

120. Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations in view of an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters, Brussel, 2019 COM/2019/70 final.

121. HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15 (*Tele2 & Watson*), *Computerrecht* 2017/50, m.nt. C. Conings.

122. EHRM 13 september 2018, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), *Computerrecht* 2018/267, m.nt. C. Michielsens. Zie ook de noot van J.J. Oerlemans bij het arrest van 21 december 2018 op oerlemansblog weblog.leidenuniv.nl; en M. Hagens & C.M.J. Ryn-gaert, 'Massasurveillance en privacy: De betekenis van het EHRM-arrest Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk voor het EU-recht', *TvR* 2018/5-6.

123. EHRM 19 juni 2018, 35252/08 (*Centrum för Rättvisa/Zweden*), *EHRM* 2018/196, m.nt. M. Hagens.

124. Zie het persbericht van 5 februari 2019, ECHR 053 (2019), zie <https://hudoc.echr.coe.int>.

125. D. Verhulst, 'De Wiv 2017: sleepnet, aftapconsultancy en twijfelachtig toezicht', *Mediaforum* 2017/6, p. 182-186; M. Hagens & J.J. Oerlemans, 'De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017: een technologisch gedreven wet', *Computerrecht* 2018/111.

126. C.N.J. de Vey Mestdagh, 'De Trias als Toverformule – Over de onmogelijkheid van het buiten werking stellen van bepalingen uit de WIV wegens strijd met het fundamentele recht op privacy', noot bij Rb. Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7459, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018/4.

127. HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1434 (*Burgers/Plasterk*).

128. Wet van 27 juni 2018 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de verbetering en versterking van de opsporing en vervolging van computercriminaliteit (computercriminaliteit III), *Stb.* 2018, 322. Zie

ook de Aanwijzing voor de internationale aspecten van de inzet van de bevoegdheid ex art. 126nba SV, *Stcr.* 2019, 10277; B.W. Newitt, 'Wet computercriminaliteit III', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2019/1; M.B. Langius & L.P. Mol Lous, 'De Wet computercriminaliteit III', *AA* 2018/10; A. de Hingh, 'Grooming in het wetsvoorstel Computercriminaliteit III. Over het verbod op sexchatten met kinderen, robots en politieambtenaren', *Computerrecht* 2018/162. Zie over de uitbreiding van de strafbaarstelling van digitale grooming J. ten Voorde, 'Schade in de virtuele wereld: de casus virtuele grooming', *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2017, 2, p. 177-195.

129. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018.

130. A. Engelfriet, 'Nederlandse politie wil gebruikmaken van particuliere DNA-databank in VS', *blog.iusmentis.com* 7 februari 2019.

131. Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568. Zie in vergelijkbare zin ook Rb. Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578; Rb. Den Haag 12 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2983.

132. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)

133. S.M. Sniijders 'De AVG en transparantie', *P&I* 2018-3, p. 82-86.

134. C.A.M. van de Bunt & A. Strijbos 'De werkersovereenkomst onder de AVG', *NJB* 2018/357, afl. 7, p. 479-485.

135. B.C. van Breda 'Profilering in de AVG: nieuwe regels, voldoende bescherming?', *Computerrecht* 2017-4, p. 223-229.

136. M. Jansen 'AVG en beveiliging: passende maatregelen voortaan proactiever nemen en monitoren', *Computerrecht*

2017-4, p. 208-216.

137. B. Kostic & E. Vargas Penagos 'The freely given consent and the "bundling" provision under the GDPR', *Computerrecht* 2017-4, p. 217-222.

138. B.W. Schermer 'Dataportabiliteit: the good, the bad and the ugly', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2017-4, p. 161-162.

139. M. Weij 'AVG: de Trieste Telooorgang van Toestemming', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018-3, p. 89-90 en A.F. Ferwerda & C.C.M. Kroeks-de Raaij, 'Zeggenschap en controle in het digitale tijdperk: de (on)mogelijkheid van toestemming als grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018-5/6, p. 183-188.

140. B.W. Schermer 'Van meldplicht naar registerplicht: de registratie van verwerkingen onder de AVG', *Computerrecht* 2017-4, p. 203-207.

141. D.E. Comijs 'Accountability in de AVG: betere processen en een sterkere positie van betrokkenen', *P&I* 2017-6, p. 250-257.

142. W. Steenbruggen & F. Zuiderveen Borgesius 'De AVG komt eraan: D-Day May Day?', *Computerrecht* 2017-4, p. 201-202.

143. Tot € 20.000.000 of, voor een onderneming, tot 4% van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar (art. 83 lid 5 AVG). Zie over persoonlijke boetes S.M.M.C. Vinken 'De persoonlijke boete in het privacyrecht: theorie of straks ook praktijk?', *P&I* 2017-4, p. 160-164.

144. Op 26 juli 2018 daalde het aandeel van Facebook in één dag maar liefst 19%, wat neerkomt op een waardeverlies van circa \$ 120 miljard. Volgens kenners is het historische verlies het gevolg van onder andere de Cambridge Analytica-affaire, het onderzoek van de Amerikaanse FTC naar de privacy-praktijken van het bedrijf en de afname in gebruikers als gevolg van de AVG. Facebook lag ook in Nederland onder vuur; Arjen Lubach riep kijkers in zijn populaire televisieprogramma 'Zondag met Lubach' op om hun account te wissen onder de noemer 'Bye bye Facebook'. Zie o.a. daarover C. Prins, 'Bye Bye Facebook = Bye Bye Facebook-gegevens?', *NJB* 2018/748, afl. 16, p. 1093.

kwam die extra aandacht juist door het feit dat de acteurs van De Verleiders in de eerste uitzending over hun voorstelling allerlei onjuiste en overdreven stellingen hadden geponeerd, met name ten aanzien van de mate waarin de AIVD de gewone burger controleert in zijn dagelijkse bezigheden.¹⁴⁵

Het feit dat de AVG zorgt voor meer privacy-bewustzijn kan alleen maar met enthousiasme gezien worden.¹⁴⁶ Op sommige punten leidt deze obsessie met privacy echter tot onwenselijke gevolgen¹⁴⁷ of zelfs absurde situaties: een gemeente die aanvankelijk weigerde om de locaties van AED's te publiceren,¹⁴⁸ scholen die leerlingen niet meer durven te feliciteren met hun eindexamen,¹⁴⁹ en zelfs een reisorganisatie die weigerde om de vader van een vermiste jonge vrouw te laten weten of zijn dochter in een vliegtuig naar Nederland had gezeten.¹⁵⁰ Bovendien zijn er al boefjes gesignaleerd die handig van de AVG-hysterie gebruik maken om nepboetes te incasseren, en allerlei nepdiensten te verkopen.¹⁵¹

Bij uitstek onduidelijk is de vraag hoeveel ruimte er nog is om foto's van personen te gebruiken op grond van de AVG. Als een persoon herkenbaar afgebeeld is, is de foto een persoonsgegeven en gelden de regels van de AVG. Door de snelle ontwikkeling van gezichtsherkenningsoftware zal op termijn zelfs de voorbijganger op de achtergrond van een foto identificeerbaar zijn. Op veel foto's zijn bovendien kenmerken te zien die iets zeggen over bijvoorbeeld gezondheid (brildragers), ras (huidskleur) of religie (keppeltje). Zijn alle foto's dan ook bijzondere persoonsgegevens? Dat zou een onwenselijke uitkomst zijn, want bijzondere persoonsgegevens mogen alleen onder zeer strikte voorwaarden verwerkt worden; in de meeste gevallen alleen met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene. Dat is in de praktijk geen wenselijke situatie. Wilbrink & Poulus signaleren dit probleem en betogen dat het portretrecht zoals neergelegd in artikel 21 Aw kan dienen als een uitzondering op het strenge regime van de AVG op basis van de verplichting uit artikel 85 AVG voor de lidstaten om het recht op bescherming van persoonsgegevens in overeenstemming te brengen met het recht op informatievrijheid.¹⁵² Voor de verwerking van foto's geldt dan dus de redelijkbelangtoets uit het portretrecht, die in de ogen van de auteurs niet alleen het verbod op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens aan de kant kan zetten, maar bovendien eerder in het voordeel van de informatievrijheid uit zal pakken dan de toets of sprake is van een gerechtvaardigd belang op basis van artikel 6 lid 1 onder f AVG.

De AP doet haar best om te zorgen voor voorlichting over de gewijzigde regels en verwijst op haar website naar onder andere een AVG Regelhulp, een AVG 10-stappenplan en de Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.¹⁵³ Veel meer dan een parafrazering van de bepalingen uit de AVG bevatten deze bronnen helaas niet. De European Data Protection Board ('EDPB', voorheen: Artikel 29 Werkgroep) biedt daadwerkelijk een helpende hand met opinies¹⁵⁴ over het recht op dataportabiliteit,¹⁵⁵ de functionaris gegevensbescherming,¹⁵⁶ de toezichthoudende autoriteit bij grensoverschrijdende zaken,¹⁵⁷ certificering en gedragscodes,¹⁵⁸ de territoriale werking van de AVG,¹⁵⁹ de gegevensbeschermingseffectenbeoordeling,¹⁶⁰ profilering,¹⁶¹ de

Bij uitstek onduidelijk is de vraag hoeveel ruimte er nog is om foto's van personen te gebruiken op grond van de AVG

meldplicht datalekken,¹⁶² toestemming,¹⁶³ de informatieplicht,¹⁶⁴ het verwerkingsregister,¹⁶⁵ boetes¹⁶⁶ en een aantal opinies over internationale gegevensdoorgifte.¹⁶⁷

De AP is in de zomer na inwerkingtreding van de AVG al begonnen met het onderzoeken van de naleving van nieuwe verplichtingen uit de AVG: zo controleerde de AP of organisaties in de financiële sector, de zorg en overheden functionarissen voor de gegevensbescherming aangesteld hadden en deed de AP een steekproef bij private organisaties om te onderzoeken of zij een register voor verwerkingsactiviteiten bijhouden en adequate verwerkersovereenkomsten hanteren.¹⁶⁸

Hoewel het doel van de AVG is dat in de hele EU hetzelfde privacyrecht geldt, zijn er nog veel gebieden in de AVG waar aan de nationale wetgever ruimte wordt geboden. Er is daarom ook een nationale Uitvoeringswet AVG (op de valreep van kracht geworden).¹⁶⁹ De Nederlandse wetgever heeft in deze uitvoeringswet zoveel mogelijk de oude bepalingen uit de Wbp gestand gedaan en helaas niet de ruimte benut die de AVG de nationale wetgevers laat om bijvoorbeeld het recht op bescherming van persoonsgegevens te verzoenen met de uitingsvrijheid die zo belangrijk is voor met name de journalistiek.¹⁷⁰ Dat terwijl het Hof van Justitie zeer recent nog heeft benadrukt hoe belangrijk die balans is.¹⁷¹

De e-Privacyverordening

Met alleen de AVG zijn we er nog niet. Er is ook een verordening in de maak voor digitale privacy: de e-Privacyverordening, die in de plaats treedt van de e-Privacyrichtlijn.¹⁷² Roerdink maakte een heldere analyse van de nieuwe verordening.¹⁷³ De belangrijkste wijziging is misschien wel de toepasselijkheid op persoonlijke communicatiediensten zoals Whatsapp, Facebook Messenger, WeChat en Skype. Dergelijke 'over-the-top' dienstverleners bleven onder de e-Privacyrichtlijn nog buiten schot. De conceptverordening bevat ook regels voor de transmissie van signalen tussen machines in het kader van de *internet of things*. Materieel is bovendien van belang dat verwerkingen van communicatiegegevens onder de verordening in beginsel verboden zijn, tenzij ze uitdrukkelijk worden toegestaan. Wolters Ruckert & Abdul-Aliyeva schreven een uitgebreide uiteenzetting van de regels voor cookies in de e-Privacyrichtlijn.¹⁷⁴ Met name de vragen of toestemming voor cookies kan worden gegeven via de browserinstellingen en of 'cookiewalls' nog toegestaan zijn onder de nieuwe regels zijn nog onderwerp van discussie. De online marketingbranche maakt zich ondertussen ernstige zorgen over de verordening. De strenge eisen aan toestemming zouden het onmogelijk maken om hun werk nog te doen.¹⁷⁵

Volgens het IViR is de e-Privacyverordening echter nog niet streng genoeg. In een rapport over het voorstel

145. De tweede uitzending van DWDD, waarin De Verleiders aan tafel zitten met minister Ollongren van Binnenlandse Zaken en excuses aanbieden voor hun uitspraken in de eerste uitzending is via deze link terug te zien: <https://dewerelddraaitdoor.bnnvara.nl/media/684927>.
146. C. Prins 'Goede privacyvoornemens', *NJB* 2018/1, afl. 1, p. 5 en E. Thole 'GDPR en Y2K: Appels en Peren', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018-1, p. 3.
147. Y. Buruma, 'Onrust over de AVG', *NJB* 2018/941, afl. 19, p. 1345.
148. Zie het twitterbericht van een journalist en de reactie van de Autoriteit Persoonsgegevens: https://twitter.com/toezicht_AP/status/1088389525720707073.
149. *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 2925.
150. M. Weij 20 juli 2018 'Over het door TUI uitkramen van onzin "vanwege de privacy"', *Blogit*, te raadplegen via www.blogit.nl/tui-uitkramen-onzin-privacy/.
151. AP persbericht 22 juni 2018, 'AP waarschuwt voor oplichter', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-waarschuwt-voor-oplichter en AP persbericht 7 juni 2018, 'AP waarschuwt voor misleidend AVG-keurmerk', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-waarschuwt-voor-misleidend-avg-keurmerk en AP persbericht 23 november 2018, 'AP waarschuwt voor nepbrieven', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-waarschuwt-voor-nepbrieven.
152. A.V. Wilbrink & M. Poulus 'Het maken en publiceren van foto's en beeldopnamen: schets van een onscherp juridisch kader', *P&I* 2019-1, p. 2-8.
153. Allemaal via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/avg-europese-privacywetgeving/algemene-informatie-avg.
154. Een overzichtartikel over de richtlijnen: J. Nouwt 'Richtlijnen over de AVG', *P&I* 2018-1, p. 5-11.
155. EDPB, Richtlijnen inzake het recht op gegevensoverdraagbaarheid (april 2017), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/nederlandse_vertaling_guidelines_dataportabiliteit.pdf.
156. EDPB, Richtlijnen voor functionarissen voor gegevensbescherming (Data Protection Officer, DPO) (5 april 2017), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/wp243rev01_nl.pdf.
157. EDPB, Richtlijnen voor het bepalen van de leidende toezichthoudende autoriteit van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker (april 2017), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/vertaling_guidelines_leidende_toezichthouder.pdf
158. EDPB, Guidelines 4/2018 on the accreditation of certification bodies under Article 43 of the General Data Protection Regulation (2016/679) (december 2018), te raadplegen via https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-42018-accreditation-certification-bodies-under_en; EDPB, Guidelines 1/2018 on certification and identifying certification criteria in accordance with Articles 42 and 43 of the Regulation 2016/679 (januari 2019), te raadplegen via https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12018-certification-and-identifying-certification_en en Guidelines 1/2019 on Codes of Conduct and Monitoring Bodies under Regulation 2016/679 (februari 2019), te raadplegen via https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12019-codes-conduct-and-monitoring-bodies-under_en.
159. EDPB, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3) – version for public consultation (november 2018), te raadplegen via https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32018-territorial-scope-gdpr-article-3-version_en.
160. EDPB, Richtsnoeren voor gegevensbeschermingseffectbeoordelingen en bepaling of een verwerking 'waarschijnlijk een hoog risico inhoudt' in de zin van Verordening 2016/679 (oktober 2017), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/wp248_rev01_nl.pdf.
161. EDPB, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (februari 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/guidelines_on_profiling_wp251rev01_enpdf.pdf.
162. EDPB, Richtsnoeren voor de melding van inbreuken in verband met persoonsgegevens krachtens Verordening 2016/679 (februari 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/guidelines_meldplicht_datalekken.pdf.
163. EDPB, Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (april 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/guidelines_on_consent.pdf.
164. EDPB, Guidelines on transparency under Regulation 2016/679 (april 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/guidelines_on_transparency.pdf.
165. EDPB, Position Paper on records of processing activities (april 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20180419_art29wp_position_paper_on_records_of_processing_activities.pdf.
166. EDPB, Richtsnoeren voor de toepassing en vaststelling van administratieve geldboeten in de zin van Verordening (EU) 2016/679 (oktober 2017), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/wp253_nl.pdf.
167. EDPB, Guidelines 2/2018 on derogations of Article 49 under Regulation 2016/679 (mei 2018), te raadplegen via https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/file1/edpb_guidelines_2_2018_derogations_en.pdf; EDPB, Adequacy Referential (november 2017), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/workingdocumentadequacyreferentialwp254rev01.pdf; EDPB, Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules (februari 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/binding_corporate_rules_for_processors.pdf en EDPB, Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Processor Binding Corporate Rules (februari 2018), te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/binding_corporate_rules_for_processors.pdf. Het is overigens nog maar de vraag of het Privacy Shield, dat is ontworpen om gegevensuitwisseling met Amerika mogelijk te maken nadat het Hof van Justitie een bom legde onder Safe Harbour, in stand kan blijven. De EDPD heeft bedenkingen bij het Privacy Shield, er zijn prejudiciële vragen over gesteld en er loopt nog een procedure bij het Gerecht van Eerste Aanleg over het Privacy Shield. Zie o.a. Article 29 Data Protection Working Party 28 november 2017, *EU-U.S. Privacy Shield – First annual Joint Review* (WP255).
168. AP persbericht 21 augustus 2018, 'AP controleert ziekenhuizen en zorgverzekeraars', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-controleert-ziekenhuizen-en-zorgverzekeraars-0; AP persbericht 17 juli 2018, 'AP start onderzoek naar naleving privacyregels door private sectoren', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-start-onderzoek-naar-naleving-privacyregels-door-private-sectoren, AP persbericht
- 1 juni 2018, 'AP gestart met controles functionarissen voor gegevensbescherming', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-gestart-met-controles-functionarissen-voor-gegevensbescherming, AP persbericht 14 januari 2019, 'Banken en verzekeraars voldoen aan FG-verplichtingen na controle AP', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/banken-en-verzekeraars-voldoen-aan-fg-verplichtingen-na-controle-ap en AP persbericht 16 januari 2019, 'AP controleert op verwerkerovereenkomsten bij dertig organisaties', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-controleert-op-verwerkerovereenkomsten-bij-dertig-organisaties.
169. H. Hijmans 'De AVG en de UAVG', *NJB* 2018/356, afl. 7, p. 472-478.
170. S. Moll, 'Ontwerp Uitvoeringswet AVG zet journalistiek op achterstand', *Mediaforum* 2017-5, p. 141. Ook de manier waarop de wetgever om is gegaan met de beleidsruimte voor het bepalen van uitzonderingen op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken kan op kritiek rekenen: D. Comijs 'De bescherming van bijzondere persoonsgegevens in de Uitvoeringswet AVG', *NJB* 2017/1281, afl. 24, p. 1669. Zie voor een bespreking van de samenloop van algemeen bestuursrecht en persoonsgegevensrecht L.H. von Meijenfildt, 'De AVG en Awb: vragen om Babylonische spraakverwarring', *P&I* 2017-3, p. 124-127.
171. HvJ EU 14 februari 2019, C-345/17 (*Buivids*).
172. Zie over de samenhang tussen de AVG en de e-Privacyverordening G.J. Zwenne, Q. Kroes & J. van Eymeren, *EPR vis-a-vis GDPR. A comparative analysis of the ePrivacy Regulation and the General Data Protection Regulation*, Brussels: Centre for Information Policy Leadership 2018, te raadplegen via www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl-brinkhof_epr_study.pdf.
173. H.W. Roerdink, 'Over the top: Het voorstel voor de Europese e-Privacyverordening', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2017-5/6, p. 190-199.
174. N. Wolters Ruckert & T. Abdul-Aliyeva, 'Een vooruitblik: De cookieregels in het voorstel voor de e-Privacy Verordening', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2019-1, p. 12-20.
175. Zie bijv. de 'Joint industry letter on the future of the ePrivacy Regulation', 31 mei 2018, te raadplegen via www.vno-ncw.nl/sites/default/files/downloadables_vno/joint_industry_letter_on_the_future_of_the_eprivacy_regulation.pdf.

van de Europese Commissie concluderen de onderzoekers dat de e-Privacyverordening op sommige punten nog niet voldoende bescherming biedt, en soms zelfs minder dan de AVG.¹⁷⁶ Dit was voor de Commissie Burgerlijke vrijheden (LIBE) van het Europees Parlement reden om maar liefst 827 amendementen in te dienen. Mede daardoor heeft de e-Privacyverordening de nodige vertraging opgelopen. Het voorstel wordt nu behandeld in de Raad en het lijkt niet aannemelijk dat er een definitieve versie van de verordening komt vóór de Europese verkiezingen.

Toepasselijkheid van de AVG

Het Hof van Justitie heeft eindelijk enige duidelijkheid verschaft over de vraag of IP-adressen ook gelden als persoonsgegevens voor andere partijen dan internet service providers.¹⁷⁷ Het korte antwoord: alleen als die andere partij de juridische middelen heeft om toegang te verkrijgen tot de identificerende gegevens van de ISP.¹⁷⁸ Ook persoonsgegevens zijn, zo oordeelde het Hof van Justitie, de schriftelijke antwoorden van een kandidaat tijdens een beroepsexamen en de eventuele opmerkingen van de examinerator bij die antwoorden.¹⁷⁹ Een lezenswaardige verkenning van de toepasselijkheid van de Wbp (en nu AVG), onder meer op basis van de vraag of er sprake is van persoonsgegevens en een verwerking daarvan, schreef Zwenne in het kader van de meldplicht datalekken.¹⁸⁰

Het Hof van Justitie trachtte ook duidelijkheid te bieden over de vraag hoe moet worden bepaald wie de verantwoordelijke is voor een bepaalde gegevensverwerking. Die vraag is onder de AVG nog onveranderd ingewikkeld, mede doordat veel verwerkingen in digitale context plaatsvinden en de rollen en taken van verschillende betrokken partijen niet altijd even duidelijk en hiërarchisch zijn afgebakend. In een tweetal arresten (*Wirtschaftsakademie*¹⁸¹ en *Jehova's getuigen*¹⁸²) heeft het Hof van Justitie bepaald dat het begrip 'verantwoordelijke' ruim moet worden uitgelegd. Het relevante criterium lijkt te zijn dat een entiteit invloed uitoefent op de verwerking van persoonsgegevens en daarvoor is niet vereist dat die entiteit daadwerkelijk toegang heeft tot de betreffende persoonsgegevens.¹⁸³ In beide zaken kwam het Hof op basis van die ruime uitleg

In een tweetal arresten heeft het Hof van Justitie bepaald dat het begrip 'verantwoordelijke' ruim moet worden uitgelegd

tot de conclusie dat er in de gegeven omstandigheden meerdere entiteiten als gezamenlijk verantwoordelijke optreden. Het feit dat al snel sprake lijkt te zijn van gezamenlijke verantwoordelijkheid is relevant voor de praktijk, want gezamenlijk verantwoordelijken zijn hoofdelijk aansprakelijk en moeten hun afspraken over de verdeling van verantwoordelijkheid kenbaar maken voor de betrokkenen (artikel 26 en 82 AVG).

Het Europees Agentschap voor netwerk- en informatiebeveiliging (in het Engels 'ENISA') trachtte duidelijkheid te bieden over de vraag hoe moet worden bepaald wat 'rekening houdend met de stand van de techniek (...) passende technische en organisatorische maatregelen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen' zijn (artikel 32 AVG). Deze vraag is onder andere relevant wanneer een verwerkingsverantwoordelijke en een verwerker een verwerkingsovereenkomst sluiten. Zij moeten dan concrete invulling geven aan de maatregelen die de verwerker neemt om een passend beveiligingsniveau voor de verwerking van persoonsgegevens te waarborgen. De beantwoording van die vraag is onder de AVG nog onveranderd ingewikkeld, onder andere doordat nationale en Europese wetgevers en toezichthouders geen concrete invulling geven aan de vraag wanneer er sprake is van een passend beveiligingsniveau. Daarom heeft het ENISA in samenwerking met de Duitse IT Security Association TeleTrust richtlijnen¹⁸⁴ gepubliceerd die moeten helpen deze vraag te beantwoorden door het geven van voorbeelden van maatregelen. Het ENISA benadrukt dat de richtlijnen geen 'wettelijke status' hebben, maar vooral dienen als handvatten voor marktpartijen. Voor 'aanbieders van essentiële diensten' en 'digitaal dienstverleners' gelden sinds 1 januari 2019 overigens specifieke beveiligingsvoorschriften en meldplichten voor incidenten die schadelijke gevolgen (kunnen) hebben op basis van de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni).¹⁸⁵ De meldplichten uit de Wbni gelden naast de al bestaande meldplichten uit de AVG en de Telecommunicatiewet.¹⁸⁶ Het kan dus zo zijn dat één incident meerdere keren gemeld moet worden bij verschillende toezichthouders.¹⁸⁷

Handhaving van de AVG

Het handhavingsbeleid van de AP kwam in 2017 onder vuur te liggen. Twee rechtbanken oordeelden dat de AP onvoldoende had toegelicht waarom zij naar aanleiding van een verzoek niet tot handhaving was overgegaan.¹⁸⁸ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft vervolgens bevestigd dat de AP handhavingsverzoeken op de juiste manier behandelt in vier fases.¹⁸⁹ Het prioriteringsbeleid van de AP zorgt er voor dat veel verzoeken stranden voordat daadwerkelijk onderzoek is gedaan, maar dat is volgens de Afdeling geen probleem. Als maar duidelijk is dat de AP niet, zoals zij voorheen wel pleegde te doen, alle individuele handhavingsverzoeken categorisch afwijst.

De nieuwe voorzitter van de AP, Aleid Wolfsen, heeft in de pers gezegd dat in de toekomst alle klachten van burgers zullen worden behandeld.¹⁹⁰ Wolfsen loopt daarmee vooruit op de forse verhoging van het budget van de AP de komende jaren.¹⁹¹ Uit een persbericht van de AP blijkt dat zij in de eerste maand na toepasselijkheid van de AVG al 600 klachten hadden ontvangen, grotendeels over de rechten van betrokkene op inzage in en verwijdering van hun persoonsgegevens.¹⁹²

Ook zonder dat extra budget heeft de AP in de afgelopen twee jaar niet stilgezeten. Zij onderzocht onder meer Facebook,¹⁹³ sauna's,¹⁹⁴ Microsoft,¹⁹⁵ stemhulpen¹⁹⁶ en de Nationale Politie,¹⁹⁷ en deed een verkennend onderzoek naar het gebruik van gevoelige gegevens in

het kader van verkiezingscampagnes.¹⁹⁸ Ook tikte de AP na lang aandringen van ondernemers eindelijk de Belastingdienst op de vingers vanwege het gebruik van het BSN in het btw-nummer van zelfstandigen.¹⁹⁹ De Belastingdienst kreeg het zwaar te verduren. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat de Belastingdienst geen gebruik mag maken van beelden van snelwegcamera's die zijn uitgerust met Automatic Number Plate Recognition (ANPR) om het privégebruik van zakelijke auto's te controleren. Zolang voor dat gebruik geen wettelijke grondslag bestaat is het een schending van artikel 8 EVRM.²⁰⁰

176. Study for the LIBE committee, 'An Assessment of the Commission's Proposal on Privacy and Electronic Communications' (mei 2017), te raadplegen via [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583152/IPOL_STU\(2017\)583152_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583152/IPOL_STU(2017)583152_EN.pdf). Ook de EDPB is kritisch over het beschermingsniveau, maar dringt tegelijkertijd aan op snelle besluitvorming: EDPB 25 mei 2018, Statement of the EDPB on the revision of the ePrivacy Regulation and its impact on the protection of individuals with regard to the privacy and confidentiality of their communications, te raadplegen via https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_on_eprivacy_en.pdf.

177. Het (bevestigende) antwoord op de vraag of IP-adressen voor internet service providers persoonsgegevens zijn gaf het Hof al in HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended*).

178. HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14 (*Breyer*). Dat dat nog niet zo'n simpel antwoord is, blijkt al uit de lezenswaardige noot bij het arrest van Q. Kroes in *Mediaforum* 2017-1, p. 37-40. Zie ook het bericht in *NJB* van 28 oktober 2016, afl. 37, p. 2809.

179. HvJ EU 20 december 2017, C-434/16 (*Nowak*).

180. G.J. Zwenne & P.S. De Groot, 'Over verkeerd bezorgde brieven, een envelop met creditkaartgegevens en vuilniszakken met rechtbankdossiers', *P&I* 2017-3, p. 104-111.

181. HvJ EU 5 juni 2018, C-210/16 (*Wirtschaftsakademie*).

182. HvJ EU 10 juli 2018, C-25/17 (*Jehova's getuigen*).

183. N. Bontje & E. Lachnit, 'Inzicht in Facebook Insights: over verantwoordelijkheid en bevoegdheid', *Mediaforum* 2018-5, p. 122-128. Diverse noten onder het arrest *Jehova's getuigen* besteden ook aandacht aan het arrest *Wirtschaftsakademie*, zoals de noot van S.E. Reinders Folmer in *Computerrecht* 2019-6 en J.G. Reus in *Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens* 2018-5.

184. ENISA persbericht 7 februari 2019, 'What is "state of the art" in IT security?

ENISA and TeleTrust - IT Security Association Germany have published their guidelines in English', te raadplegen via www.enisa.europa.eu/news/enisa-news/what-is-state-of-the-art-in-it-security.

185. Wet van 17 oktober 2018 houdende regels ter implementatie van Richtlijn 2016/1148/EU (Wet beveiliging netwerken en informatiesystemen). Zie J.P. Kalis, 'De Netwerk en informatiebeveiligingsrichtlijn' *Computerrecht* 2017/48, afl. 2; J.P. Kalis & G.P. van Duijvenvoorde 'Een nieuw kader voor netwerk- en informatiebeveiliging: een cultuuromslag?', *NTER* 2018-3-4.

186. Deze meldplicht bestond al op grond van de nu ingetrokken Wet van 25 juli 2017 houdende regels over het verwerken van gegevens ter bevordering van de veiligheid en integriteit van elektronische informatiesystemen die van vitaal belang zijn voor de Nederlandse samenleving en regels over het melden van ernstige inbreuken (Wet gegevensverwerking en meldplicht Cybersecurity), vervallen per 9 november 2018.

187. Zie bijv. J.C. Hulsebosch, 'Cybersecurity & Privacy: overlap van beveiligingseisen en samenloop van meldplichten?', *Computerrecht* 2018/250, afl. 6.

188. Rb. Gelderland 13 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3665 (*Arnhemse Afvalpassen*) en Rb. Midden-Nederland 7 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3422 en ECLI:NL:RBMNE:2017:3421 (*Medische persoonsgegevens*).

189. 1. Formele toetsing aan de vereisten van de Awb en globaal bureauonderzoek, 2. Toetsing aan het prioriteerbeleid, 3. Uitgebreid onderzoek en 4. Handhaving. Zie ABRvS 19 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2016:2743 (*faillissementsverslagen*), m.nt. P. Kreijger in *Mediaforum* 2016-8, p. 233-235 en ABRvS 20 september 2017, ECLI:RVS:2017:2555 (OV-chipkaart).

190. *Nu.nl* 7 oktober 2016, 'Nieuw jasje voor Autoriteit Persoonsgegevens: de boetes komen', te raadplegen op www.nu.nl/weekend/4332953/nieuw-jasje-autoriteit-persoonsgegevens-de-boetes-komen.html

De AP had het bovendien druk met de meldplicht datalekken die alleen al in 2017 ruim 10.000 meldingen opleverde, onder meer onder invloed van besmetting met ransomware zoals de WannaCry epidemie die in mei van 2017 veel organisaties trof.²⁰¹ De AP legde Uber een boete van € 600.000 op vanwege het te laat melden van een datalek. Dat bedrag is aanzienlijk lager dan het bedrag waarvoor Uber met de Amerikaanse overheid schikte (omgerekend zo'n € 130 miljoen), maar wel hoger dan de boete die de Britse privacy-waakhond oplegde (€ 434.000).²⁰²

en *Trouw* 4 oktober 2016, 'Aleid Wolfsen ombudsman van de privacy', te raadplegen op www.trouw.nl/home/aleid-wolfsen-ombudsman-van-de-privacy-ab3660c6/.

191. *Kamerstukken II* 2016/17, 32761, 112 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, 2 en 17, vraag 45.

192. www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ruim-600-mensen-dienen-privacyklacht-bij-ap.

193. AP persbericht 3 juli 2018, 'Facebook past beleid aan na onderzoek AP', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/facebook-past-beleid-aan-na-onderzoek-ap-en-j.j.braat, 'Facebook: heb je iets te verbergen?', *P&I* 2018-3, p. 72-81.

194. AP persbericht 3 juni 2018, 'AP constateert geen misstanden met camera's in onderzochte sauna's', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-constateert-geen-misstanden-met-cameras-onderzochte-saunas.

195. AP persbericht 5 april 2018, 'Privacy van Windows-gebruikers sterk verbeterd na onderzoek AP', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/privacy-van-windows-gebruikers-sterk-verbeterd-na-onderzoek-ap. Het onderzoek van de AP ging over de consumentenversie van Windows. Vervolgens werd door een openbare PIA bekend dat Microsoft ook op systematisch en op grootschalige wijze gegevens verzamelt over het individuele gebruik van zakelijke Office ProPlus software. Dat laatste kon rekenen op veel kritische aandacht. Zie hierover S. Nas, 'Rapport over privacyrisico's zakelijke Microsoft Office software', *P&I* 2018-6, p. 199-202.

196. AP persbericht 8 februari 2017, 'Toezichthouders ACM en AP treden op tegen StemWijzer.nl', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/toezichthouders-acm-en-ap-treden-op-tegen-stemwijzernl, AP persbericht 10 maart 2017, 'Stemhulpen passen werkwijze aan na optreden AP', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/stemhulpen-passen-werkwijze-aan-na

optreden-ap en AP persbericht 17 februari 2017, 'Stemhulpen verhogen beveiliging na optreden AP', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/stemhulpen-verhogen-beveiliging-na-optreden-ap.

197. AP persbericht 22 februari 2019, 'Nationale Politie voldoet aan last onder dwangsom', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/nationale-politie-voldoet-aan-last-onder-dwangsom.

198. AP persbericht 15 februari 2019, 'Verkennd onderzoek naar gebruik persoonsgegevens verkiezingscampagnes', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/verkennd-onderzoek-naar-gebruik-persoonsgegevens-verkiezingscampagnes.

199. AP persbericht 6 juli 2018, 'Belastingdienst verwerkt burgerservicenummers in strijd met de wet', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/belastingdienst-verwerkt-burgerservicenummers-strijd-met-de-wet-en-ap-persbericht-19-december-2018, 'Belastingdienst mag BSN niet meer gebruiken in btw-identificatienummer', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/belastingdienst-mag-bsn-niet-meer-gebruiken-btw-identificatienummer.

200. HR 24 februari 2017,

ECLI:NL:HR:2017:288, ECLI:NL:HR:2017:287 en ECLI:NL:HR:2017:286.

201. AP persbericht 29 maart 2018, '10.000 datalekken gemeld in 2017', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/10000-datalekken-gemeld-2017-en-ap-persbericht-15-mei-2017, 'Besmetting met ransomware door WannaCry', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/besmetting-met-ransomware-door-wannacry.

202. AP persbericht 27 november 2018, 'AP legt Uber boete op voor te laat melden datalek', te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-legt-uber-boete-op-voor-te-laet-melden-datalek.

Waar de AP met name focust op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, gaat de rechtspraak vooral over de uitoefening van rechten van de betrokkene zoals het recht om vergeten te worden en het inzagerecht

Waar de AP met name focust op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens zoals medische informatie en informatie over politieke voorkeuren, gaat de rechtspraak vooral over de uitoefening van rechten van de betrokkene zoals het recht om vergeten te worden (zie hierboven par. 2.4) en het inzagerecht.²⁰³ De rechtspraak over het inzagerecht lijkt op het eerste gezicht tegenstrijdig. Lezenswaardig is in dat verband het artikel van Jansen waarin hij de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU over het inzagerecht tracht te duiden.²⁰⁴

Als het gaat om schendingen van de wet valt inmiddels niet alleen meer de toezichthouder te vrezen, maar ook de betrokkenen. Oostenrijkse privacy-voorvechter Max Schrems faalde in zijn eerste poging om een 'class action' tegen Facebook te voeren (met een claim van € 500 schadevergoeding per gebruiker),²⁰⁵ maar inmiddels bevat de AVG een duidelijke mogelijkheid om collectieve acties in te stellen (artikel 80) en is Schrems van plan om het via zijn claimvehikel None Of Your Business (NOYB) nog een keer te proberen.²⁰⁶ In Nederland is een dergelijke class action (eigenlijk)²⁰⁷ nog niet mogelijk voor vorderingen tot schadevergoeding, maar er is wel een wetsvoorstel in behandeling dat dat verandert.²⁰⁸ Walree schat een individuele schadeclaim van een Nederlandse Facebookgebruiker ook niet kansrijk in. Hooguit ziet hij ruimte voor een beperkt bedrag aan immateriële schade in de orde van grootte van € 100.²⁰⁹

Een uitgebreide statistische analyse van de rechtspraak van het EHRM over het recht op privacy en met name de manier waarop het EHRM omgaat met het element 'schade', is te vinden in een artikel van Van der Sloot.²¹⁰

Artificiële intelligentie

Artificiële intelligentie (AI) is al decennia voorwerp van debat in technologische en juridische kringen. Timothy Butler analyseerde de auteursrechtelijke aspecten van AI in een artikel in het *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* uit 1982.²¹¹ AI-systemen maken echter de afgelopen tijd een enorme groeispurt door, gemeten in complexiteit, verfijning en toepassingschaal. Het gaat dan vooral om gerichte *machine learning* systemen die bijvoorbeeld een gezicht kunnen herkennen of een auto kunnen besturen. Dergelijke systemen worden in rap tempo geavanceerder, en hebben inmiddels de potentie om fundamentele veranderingen teweeg te brengen in onze samenleving, cultuur en zelfs biologie. Ook in de advocatuur²¹² en de rechtspraak²¹³ wordt gekeken naar de mogelijke toepassingen van AI-systemen.

Van alle technologische hypotheses die juristen – doorgaans met enige vertraging – achterna plegen te lopen,

heeft *machine learning* dus een bovengemiddelde kans om daadwerkelijk transformationeel te blijken. Niettemin moeten wij juristen realistisch blijven over onze rol: de meest urgente en wezenlijke vragen zullen vermoedelijk stof zijn voor programmeurs, politici en filosofen. Zoals vanouds zullen juristen vooral worden ingezet om achteraf puin te ruimen.

De Commissie publiceerde in december 2018 een Gecoördineerd actieplan Kunstmatige Intelligentie voor Europa, met tal van hoge ambities, verder onderzoek, en goede voornemens over maximaliseren van investeringen en samenwerking, het bevorderen van talent, het 'creëren van een Europese dataruimte', enz.²¹⁴ Nederland is in grote lijnen vóór, en heeft zelf ook al diverse onderzoeken uitgezet.²¹⁵ Het kabinet werkt naar eigen zeggen aan 'een nationaal strategisch actieplan AI, dat naar verwachting in de eerste helft van 2019 gereed is, waar ook de invulling voor Europese samenwerking voor AI zal worden uitgewerkt.'

Het Europees Parlement kon niet achterblijven, en nam in februari 2019 met grote meerderheid een resolutie aan over 'een alomvattend Europees industriebeleid inzake artificiële intelligentie en robotica'.²¹⁶ Hoewel de resolutie sterk inzet op menselijke waardigheid, lijdt zij aan het bij dit genre gebruikelijke manco van alles-willen-zonder-keuzes-te-maken: én kansen grijpen, én betere regelgeving, én meedoen op wereldniveau, én respect voor grondrechten, én ethische inbedding van AI, én niemand moet achterblijven, enz. En op dezelfde dag dat het Parlement de Commissie opriep om EU-wetgeving regelmatig opnieuw te evalueren om ervoor te zorgen dat deze geschikt is voor het doel van AI, werd een paar deuren verderop, in de triloog-gesprekken over de DSM-auteursrechtlijn, een uitzondering voor *text & data mining* uitonderhandeld die zo restrictief is dat dit soort onderzoek vermoedelijk vooral in de VS en China gedaan gaat worden.²¹⁷

De komende jaren zullen steeds meer *deep learning* (DL) systemen in gebruik worden genomen die mensen kunnen helpen, vervangen en voorbijstreven in het uitvoeren van alledaagse taken en creatieve inspanningen. Zij zullen daarom op dezelfde juridische vragen stuiten als gewone stervelingen. In het aansprakelijkheidsrecht gaat het dan bijvoorbeeld om de vraag wie aansprakelijk is voor een fout van een machine.²¹⁸ IE-juristen, net klaar met het auteursrecht van de selfie-makende kuifmakaak Naruto,²¹⁹ moeten nadenken over de vraag of iets dat gemaakt is door of met behulp van een *deep learning* systeem moet worden beschermd door IE-rechten en, zo ja, van wie die rechten zijn.²²⁰ Gerelateerde vragen doemen op: kan wat een DL-systeem doet of produceert inbreuk maken op IE-rechten van anderen en, zo ja, wie

of wat is daarvoor aansprakelijk? Kan een DL-systeem beperkingen inroepen en, zo ja, wier fundamentele rechten en belangen moet de rechter afwegen tegen die van de rechthebbende? Hoe lang duurt het auteursrecht als de maker een onsterfelijke machine is?

Er woedt al geruime tijd een levendig debat over de vraag of AI-systemen de fundamentele aannames, structuren en concepten van het auteursrecht en andere IE-rechten overhoophalen, of dat bestaande wetten volstaan zo lang zij worden toegepast met enig technisch benul. Daarin schemeren aloude debatten door over de rechtvaardiging voor IE-bescherming. Als het auteursrecht een utilitair doel dient – ‘to promote the progress of science and useful arts’²²¹ – dan is het conceptueel niet zo moeilijk om ruimte te maken voor niet-menselijke auteurs, gebruikers en inbreukmakers. Wie het auteursrecht daarentegen ziet als een fundamenteel, moreel recht dat toekomt aan de menselijke schepper van een intellectuele creatie, zal niet snel algoritmes binnenlaten in het walhalla van de bescherming – ook niet als die algoritmes leren om verhalen, beelden en muziek te maken die niet zijn te onderscheiden van menselijke creaties. Daarnaast geeft de groei van *machine learning*-toepassingen nieuwe urgentie aan al langer sluimerende praktische vragen over de relevantie en toepassing van klassieke auteursrechtelijke concepten als reproductie, distributie, vertoning en communicatie.²²² Een gerelateerde IE-vraag die Jean-Marc Deltorn adresseerde in een uitgebreide bijdrage van AMI is in hoeverre, en door middel van welke IE-rechten, DL-systemen zelf kunnen worden beschermd.²²³ Deltorn laat zien dat auteursrecht, databankenrecht, octrooirecht en bedrijfsgeheimen elk een deel van de beschermingspuzzel zijn, maar dat het recht op dit moment geen totale bescherming biedt. Dat is overigens geen indicatie van een probleem.²²⁴

Wie het auteursrecht ziet als een fundamenteel, moreel recht dat toekomt aan de menselijke schepper van een intellectuele creatie, zal niet snel algoritmes binnenlaten in het walhalla van de bescherming

Slotwoord

Ondanks ons strenge en onvermijdelijk subjectieve filter blijkt er veel te zijn gebeurd op het gebied van technologie en recht sinds onze vorige kroniek verscheen in september 2016. Gechargeerd zou men kunnen zeggen dat de Europese wetgever, na jarenlang te hebben volstaan met de E-commerce richtlijn en het algemene recht, nu bezig is met een overdreven digitale inhaalslag. De nieuwe generatie Europese internetwetgeving kenmerkt zich door onduidelijke, overlappende definities; vaag omschreven maar streng genormeerde zorgplichten; en de onderliggende overtuiging dat ‘platforms’ tegelijkertijd zowel ‘meer’ als ‘minder’ moeten doen. Hoewel wij ons vooral hebben gericht op platformregulering, privacy en artificiële intelligentie, zal in de komende verslagperiode ook elk ander rechtsgebied garant staan voor technische casuïstiek, en kan elke lezer van dit blad zich inmiddels met recht beschouwen als technologiejurist. •

203. HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365 en HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2378.

204. M. Jansen ‘Hoe de minst expliciete uitspraak over het inzage-recht wellicht het meest inzicht geeft’, *P&I* 2019-1, p. 9-15.

205. HvJ EU 25 januari 2018, C-498/16 (*Schrems/Facebook*).

206. O.L. van Dalen, ‘De zeven privacytrends van 2017’, *Mediaforum* 2018-1, p. 4.

207. Zie anders Rb. Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700.

208. *Kamerstukken* 34608, zie over de belangstelling voor collectieve acties in het privacy-recht ook C. Prins ‘Goede privacy-voornemens’, *NJB* 2018/1, afl. 1, p. 5.

209. T.F. Walree, ‘Het Cambridge Analytica-schandaal: wat kan de Nederlandse Facebook-gebruiker claimen?’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018-4, p. 134-143.

210. B. van der Sloot, ‘Where is the Harm in a Privacy Violation? Calculating the

Damages Afforded in Privacy Cases by the European Court of Human Rights’, 8 (2017) *JIPITEC* 322 par. 1, te raadplegen via: www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4641.

211. T.L. Butler, ‘Can a Computer be an Author – Copyright Aspects of Artificial Intelligence’, 4 *Hastings Comm. & Ent.L.J.* 707, 1982.

212. J. van Veenen & J. Schmaal, ‘Legal Tech en de advocatuur’, *Computerrecht* 2018/54, afl. 2; N. van Oostrom-Streep, ‘A wounded deer leaps highest’, *NJB* 2016/2115, afl. 41; K. van Noortwijk & R. de Mulder, ‘Het rijpingsproces van juridische technologie’, *Computerrecht* 2018/50, afl. 2.

213. C. Prins & J. van der Roest, ‘AI en de rechtspraak’, *NJB* 2018/206, afl. 4.

214. COM/2018/795 final, 7 december 2018.

215. Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken d.d. 25 januari 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 22112, 2758.

216. Procedure 2018/2088(INI). Zie ook: ‘Report on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics’, (2018/2088(INI)) 30 januari 2019, zie europarl.europa.eu.

217. H. Osinga, ‘De panacee voor tekst- en datamining’, *AMI* 2018/4.

218. T.F.E. Tjong Tjin Tai ‘Aansprakelijkheid voor robots en algoritmes’, *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2017/3 p.123-132

219. A. Guadamuz, ‘Can the monkey selfie case teach us anything about copyright law?’, *WIPO Magazine* 2018/1, www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0007.html; US Appeals Court 9th circuit 23 april 2018, 16-15469 (*Naruto/Slater*)

220. T. Hartlief, ‘Van knappe koppen en hun uitvindingen’, *NJB* 2018/878, afl. 18.

221. Article I, Section 8, Clause 8 United States Constitution.

222. Bij wijze van voorbeeld: D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, Den Haag: VUGA 1997, p. 211-212: ‘In deze studie is onderzoek gedaan naar de handelingen die traditioneel auteursrechtelijk relevant zijn en naar de handelingen die dat met betrekking tot digitale informatie en netwerkcommunicatie zouden moeten blijven of worden. Gebleken is dat de verveelvoudigingshandeling die traditioneel een centrale plaats innam in het auteursrechtelijk systeem, niet langer geschikt is om als aanknopingspunt te dienen voor een exploitatierecht [...] Het verdient daarom aanbeveling: af te schaffen het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht [...]’.

223. J.P. Deltorn, ‘Disentangling deep learning and copyrights’, *AMI* 2018/5.

224. R.D. Chavannes, ‘De bescherming van deep learningssystemen door het intellectuele eigendomsrecht. Een reactie op Jean-Marc Deltorn’, *AMI* 2018/5.