

VU Research Portal

Big Tech vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief

Jak, Niels

published in
Computerrecht
2023

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

document license
Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jak, N. (2023). Big Tech vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief: Een verkenning aan de hand van de Digital Services Act. *Computerrecht*, 2023(2), 101-109. Article 2023/63.

https://www.inview.nl/document/idcf1578ffa49c4a49aa8ca535038e9bd6?ctx=WKNL_CSL_26

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Big Tech vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief

Een verkenning aan de hand van de Digital Services Act

Computerrecht 2023/63

Big Techbedrijven hebben niet alleen veel macht, maar behartigen ook publieke belangen. Zij fungeren als ‘online staten’ en hebben een vergelijkbare positie als de overheid. Gelet hierop is verdedigbaar dat de techreuzen net als de overheid de waarborgen van de democratische rechtsstaat in acht zouden moeten nemen. Tegen deze achtergrond wordt in deze bijdrage verkend in hoeverre de regulering van onlineplatforms van Big Techbedrijven door de Digital Services Act tegemoetkomt aan de waarden die achter de democratische rechtsstaat schuilgaan. Deze staats- en bestuursrechtelijke benadering vormt een waardevolle aanvulling op de meer gangbare invalshoeken vanuit het mededingingsrecht, het consumentenrecht en het ondernemingsrecht die erop gericht zijn de legitimiteit van het handelen van Big Techbedrijven te vergroten.

1. Inleiding

1.1 Macht en publiek belang

Big Techbedrijven zoals Amazon, Meta (voorheen Facebook), Microsoft, Apple en Alphabet (Google) hebben zich in onze samenleving een enorme machtspositie verworven. Talloze burgers en bedrijven wereldwijd zijn afhankelijk geworden van de onlineplatforms die zij in de markt hebben gezet. Die platforms vormen de schakel tussen gebruikers ervan en aanbieders op uiteenlopende markten. De Big Techbedrijven vervullen hierbij een ‘poortwachtersfunctie’: zij bepalen de toegang tot het platform, over de voorwaarden valt niet te onderhandelen. Bedrijven als Facebook bepalen zelf de regels over de verwijdering van berichten of accounts. Te denken valt aan verwijdering van berichten die zwarte piet promoten of de sluiting van het account van voormalig president van de VS Trump. Geschillen hierover worden binnen de gelederen van Facebook zelf – door een eigen *Oversight Board* – beslecht. Een systeem van *checks and balances* tegenover de machtspositie van Big Techbedrijven ontbreekt waardoor machtsmisbruik en willekeur op de loer liggen.²

Een wat onderbelicht aspect van Big Tech is dat de techreuzen door de inbedding in het maatschappelijk leven on-

derhand ook *publieke belangen* behartigen.³ De storting van de apps van Facebook in het najaar van 2021⁴ heeft laten zien dat hun digitale diensten van vitaal belang zijn voor economie en maatschappij. Niet alleen commerciële bedrijven, maar ook (semi)publieke organisaties zoals universiteiten kunnen niet meer functioneren zonder de digitale platformdiensten; digitale diensten van onder meer Google en Microsoft worden zowel voor onderwijs als wetenschappelijk onderzoek ingezet.⁵ Ook de overheid zelf is actief gebruiker van de technologie van Big Techbedrijven: van socialmediakanalen voor informatie en communicatie tot applicaties voor kantoorautomatisering en clouddiensten voor dataopslag.⁶ Daarnaast begeven de Big Techbedrijven zich steeds meer op de terreinen van het traditionele overheidsbestuur, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van private digitale betaalmiddelen (zoals Diem door Meta) en de verificatie van digitale identiteiten.⁷ Gezegd kan worden dat de techbedrijven een ‘semipublieke functie’ vervullen.⁸

1.2 Democratisch rechtsstatelijke waarborgen en legitimiteit

Het inzicht dat Big Techbedrijven niet alleen machtig zijn op de markt, maar ook publieke belangen behartigen, kan behulpzaam zijn bij het zoeken naar het antwoord op de vraag hoe burgers kunnen worden beschermd tegen Big

¹ Niels Jak is universitair docent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² De Raad voor het openbaar bestuur spreekt over de digitale beproeving van *despotisme*. ROB, *Zoeken naar waarheid. Over waarheidsvinding in de democratie in het digitale tijdperk*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2019, p. 42 e.v.

³ Anna Gerbrandy & Pauline Phoa, ‘The Power of Big Tech Corporations as Modern Bigness and a Vocabulary for Shaping Competition Law as Counter-power’, in: Michael Bennett, Huub Brouwer & Rutger Claassen (red.), *Wealth and Power. Philosophical Perspectives*, New York: Routledge 2023, p. 175; J. van Dijk, T. Poell & M. de Waal, *De platformsamenleving. Strijd om publieke waarden in een online wereld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 14, p. 25 e.v.; P. de Waard, ‘Zou Google niet een nutsbedrijf moeten worden?’, *de Volkskrant* 9 juni 2021.

⁴ Zie o.a. <https://nos.nl/artikel/2400435-waarom-lag-facebook-zo-lang-plat-dit-is-wat-we-nu-weten>.

⁵ K. Maex e.a., ‘Digitalisering bedreigt onze universiteit’, *de Volkskrant* 23 december 2019. Zie ook het NOS-bericht ‘Driekwart Nederlandse studentendata opgeslagen bij Amerikaanse techbedrijven’; <https://nos.nl/artikel/2448717-driekwart-nederlandse-studentendata-opgeslagen-bij-amerikaanse-techbedrijven>.

⁶ Vgl. ook J. van Dijk, T. Poell & M. de Waal, *De platformsamenleving. Strijd om publieke waarden in een online wereld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 139 e.v.

⁷ M. Schaake, ‘Big Tech is trying to take governments’ policy role’, *Financial Times* 27 januari 2021; M. Februari, ‘Data zijn duur’, *NRC handelsblad* 29 juli 2017; M. Schaake & L. de Vries, ‘Breng Big Tech binnen de kaders van de democratische rechtsstaat’, in: C. Brummer & A. Groen (red.), *Naar een nieuw kabinet van sociale rechtvaardigheid. Een programma van urgentie voor arbeid, technologie, wonen, onderwijs en democratie in een nieuwe tijd*, Boom 2021, p. 160.

⁸ Vgl. M. Klos, ‘De Digital Services Act: implicaties voor het recht op vrijheid van meningsuiting van gebruikers van onlineplatforms’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2021/13, p. 140. Zie over de juridische positie van semipublieke instellingen N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2014.

Techbedrijven. Het perspectief van het publieke belang brengt de democratisch rechtsstatelijke waarborgen in het vizier die in het huidige stelsel voor de klassieke overheid gelden om burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties te beschermen tegen de (macht van de) overheid. Te denken valt aan het voorkomen van machtsmisbruik, vrijheid, gelijkheid, rechtszekerheid, openbaarheid, medezeggenschap, het eerbiedigen van grondrechten en het afleggen van verantwoording.⁹ Tot deze waarborgen behoren ook de bestuursrechtelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het motiveringsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en evenredigheidsbeginsel), die een uitwerking vormen van de beginselen van de democratische rechtsstaat.¹⁰ De overheid moet deze waarborgen in acht nemen, juist omdat zij een machtspositie bekleedt en steeds handelt in het publieke belang. Uiteraard gelden deze waarborgen niet zonder meer voor Big Techbedrijven. De waarborgen van de democratische rechtsstaat gelden namelijk in beginsel alleen voor de overheid terwijl Big Techbedrijven commerciële private partijen zijn die niet tot de overheid behoren.¹¹

In de literatuur wordt evenwel dikwijls betoogd dat wanneer privaatrechtelijke rechtspersonen in een vergelijkbare positie verkeren als de overheid ten opzichte van een burger, omdat zij publieke belangen behartigen dan wel in een machtspositie verkeren, dat het rechtssysteem burgers met vergelijkbare waarborgen dient te beschermen. Niet zozeer de status van de private rechtspersoon (behoort zij al dan niet tot de overheid), maar de aard van de handelingen (wordt een publiek belang behartigd of is sprake van een machtspositie) is bepalend voor de toepassing van de waarden die traditioneel van publiekrechtelijke herkomst zijn.¹²

Nu Big Techbedrijven zich in de loop van de jaren een aanzienlijke machtspositie hebben verworven en met hun diensten in feite een publieke infrastructuur¹³ hebben ge-

realiseerd, fungeren zij in wezen als 'online staten';¹⁴ zij hebben een vergelijkbare positie als de overheid.¹⁵ Gelet hierop wordt in deze bijdrage tot uitgangspunt genomen dat de waarborgen en achterliggende waarden die traditioneel in verband worden gebracht met de democratische rechtsstaat ook als normatief kader *zouden moeten* gelden voor het handelen van Big Techbedrijven om burgers te beschermen tegen hun enorme machtspositie.¹⁶ Naarmate Big Techbedrijven meer (moeten) voldoen aan de waarden die schuilgaan achter de democratische rechtsstaat zal dat ertoe kunnen bijdragen dat de *legitimiteit* van hun optreden wordt vergroot.¹⁷

1.3 Centrale vraag van deze bijdrage

Wanneer uitgangspunt is dat de Big Techbedrijven aan de waarden van de democratische rechtsstaat zouden moeten voldoen, rijst allereerst de vraag in hoeverre de democratisch rechtsstatelijke waarborgen en waarden naar *positief recht* van toepassing zijn op Big Techbedrijven. Indien deze waarborgen en waarden niet of slechts in beperkte mate van toepassing zijn, is vervolgens de vraag hoe de toepassing daarvan dan het beste kan worden gerealiseerd. Deze vragen zijn te omvangrijk om in deze bijdrage te beantwoorden. Daarom wordt er in deze bijdrage bij wijze van eerste verkenning voor gekozen te focussen op een onderdeel van Big Techbedrijven, namelijk hun *on-*

9 Vgl. F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Bju 2003, p. 17-20.

10 Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 1 (HSB)* 2017/9.

11 Zie specifiek over Big Techbedrijven P.J. Huisman & N. Jak, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter', *NTBR* 2022/24, p. 193-194.

12 Zie onder anderen F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk', *NTB* 2014/30; S. Taekema, 'Commitment to the Rule of Law. From a Political to an Organizational Ideal', in: Guilherme Vasconcelos Vilaca & Maria Varaki (red.), *Ethical leadership in international organizations. Concepts, Narratives, Judgment, and Assessment*, Cambridge University Press 2021, p. 91-93; C. Raat, *Mensen met macht. Rechtsstatelijkheid als organisatie-deugd voor maatschappelijke organisaties* (diss. Tilburg), Den Haag: Bju 2007. Vgl. J. van Dijk, T. Poell & M. de Waal, *De platformsamenleving. Strijd om publieke waarden in een online wereld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 26-27.

13 Vgl. het Rathenau Instituut dat de digitale infrastructuur kenmerkt als een nutsvoorziening. E. Masson, G. van Rooijen & R. van Est, *Beter beslissen over datacentra. De noodzaak van een breed publiek perspectief op de digitale infrastructuur*, Rathenau Instituut 2022, p. 7, 67, 68.

14 Zie S. Ranchordas, 'Digitale platformen: Globale staten naast de staat?', in: L. Besselink (red.), *De economische constitutie. Beginselen van de Democratische Rechtsstaat tussen Globalisering en Europeanisering* (Staatsrechtconferentie 2019), Amsterdam: University of Amsterdam Press 2020, p. 86 e.v.

15 I.S. Wuisman, 'De cyberjurisdictie van Facebook/Meta Platforms, Inc. Van dominantie naar verantwoordelijke beleids- en (algoritmische) besluitvorming binnen een grote platformonderneming', *Ondernemingsrecht* 2022/10, p. 51 (voetnoot 6).

16 Vgl. R. Claassen, *Private eigendom, publieke macht. Op weg naar een nieuw feodalisme?* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 36; F.J. van Ommeren, 'Van fluoridering en kinderopvangtoeslag naar Big Tech. De Academie voor Wetgeving tussen rechtsstaat, legaliteit en actualiteit', in: M. Wesselink (red.), *Naar wetten die werken. 20-jarig jubileum Academie voor Wetgeving*, Academie voor wetgeving/Academie voor overheidsjuristen 2021, p. 71-72, p. 76; R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat. Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 123-124; R. Passchier, 'Big Tech vs. de soevereiniteit van democratische wetgevers', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat (Staat en Recht nr. 55)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 350; S. Taekema, 'Commitment to the Rule of Law. From a Political to an Organizational Ideal', in: Guilherme Vasconcelos Vilaca & Maria Varaki (red.), *Ethical leadership in international organizations. Concepts, Narratives, Judgment, and Assessment*, Cambridge University Press 2021, p. 91-93; Y. Leen, *Private Power and the Rule of Law: Why Modern Digital Power Is a Rule of Law Concern and How to Temper It* (Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam), 2021, hfdst. 1; M. Schaake & L. de Vries, 'Brenge Big Tech binnen de kaders van de democratische rechtsstaat', in: C. Brummer & A. Groen (red.), *Naar een nieuw kabinet van sociale rechtvaardigheid. Een programma van urgentie voor arbeid, technologie, wonen, onderwijs en democratie in een nieuwe tijd*, Boom 2021, p. 160-169; ROB, *Sturen of gestuurd worden? Over de legitimiteit van sturen met data*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2021, p. 47, p. 64-65, p. 73.

17 Vgl. M. Bovens & T. Schillemans, 'Publieke verantwoording. Begrippen, vormen en beoordelingskaders', in: M. Bovens & T. Schillemans (red.), *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag: Uitgeverij Lemma 2009, p. 32; ROB, *Sturen of gestuurd worden? Over de legitimiteit van sturen met data*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2021.

lineplatforms en de regulering daarvan door de Digital Services Act (DSA), die onlangs in werking is getreden.¹⁸

De centrale vraag van deze bijdrage is in hoeverre de DSA tegemoetkomt aan de waarborgen van de democratische rechtsstaat. Dat is een betrekkelijk nieuwe invalshoek, omdat de macht van onlineplatforms en de (Europese) regulering daarvan vaak wordt bekeken door de bril van het mededingingsrecht,¹⁹ het consumentenrecht²⁰ of het ondernemingsrecht.²¹ In deze verkennende bijdrage worden de onlineplatforms juist vanuit democratisch rechtsstatelijk en dus vanuit een staats- en bestuursrechtelijk perspectief bezien.

1.4 Opbouw van deze bijdrage

Hierna wordt in paragraaf 2 de DSA geanalyseerd vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief. Nagegaan wordt in hoeverre de bepalingen van de DSA uitdrukking geven aan de waarden die schuilgaan achter de democratische rechtsstaat. Deze bijdrage wordt in paragraaf 3 afgesloten met een slotwoord.

2. De Digital Services Act vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief

2.1 Inleiding

De DSA beoogt de onlineplatforms van (grote) techbedrijven te reguleren.²² Te denken valt aan platforms als Facebook, Instagram, Twitter en LinkedIn. Het probleem met deze platforms is dat zij door hun machtspositie de regels kunnen vaststellen tussen het platform en de gebruiker, terwijl de gebruiker als gevolg van het netwerkeffect²³ doorgaans niet onder het gebruik van het platform uit kan (*lock-in*). De afhankelijkheid van de gebruiker neemt toe doordat de platformondernemingen over heel veel data beschikken. Op grond van die enorme hoeveelheid data kunnen de platformen hun marketing en bedrijfsvoering versterken om zo veel mogelijk winst te genereren. Voorts maken onlineplatforms gebruik van algoritmen om gericht informatie aan bepaalde gebruikers te verschaffen. Met name de grote platformen doen met de zojuist genoemde aspecten hun voordeel waardoor er voor concurrenten nauwelijks plaats is.²⁴ Daarbij komt dat de platformen een actieve rol spelen bij de verspreiding van door afnemers verstrekte informatie. Zij bepalen zelf de regels over welke informatie wel en niet is toegestaan en treffen maatregelen zoals de verwijdering van informatie of de sluiting of schorsing van accounts (dit wordt *inhoudsmoderatie* genoemd). Om de inhoudsmoderatie makkelijker te maken, verbieden onlineplatforms geregeld niet alleen illegale inhoud, maar ook andere inhoud. Daarmee komen de vrijheid van meningsuiting en informatie onder druk te staan. Bovendien is het moderatiebeleid vaak onduidelijk, inconsistent en geautomatiseerd, met als gevolg dat een paar grote platformbedrijven bepalen wat online wel en niet is toegestaan.²⁵

Het doel van de DSA is om de beste voorwaarden te scheppen voor de verlening van innovatieve digitale diensten op de interne markt, bij te dragen tot de onlineveiligheid en de bescherming van de grondrechten, en een robuuste en duurzame governancestructuur op te zetten voor een doeltreffend toezicht op aanbieders van tussenhandelsdiensten.²⁶ De onlineplatforms van de grote techbedrijven zijn een vorm van onlinetussenhandelsdiensten.²⁷ Het zij opgemerkt dat de DSA niet tot doel heeft de platformeconomie in het algemeen te reguleren.²⁸ De DSA vormt een aanvulling op andere Europese regelgeving, zoals de Richtlijn elektronische handel.²⁹ Kort gezegd ziet de DSA alleen op zogenoemde *user-generated content*; het betreft diensten van de informatiemaatschappij die zien op de doorgifte, opslag of verspreiding bij het publiek van informatie van en voor de afnemers van de dienst.³⁰ Te denken

Het netwerk-effect houdt in dat hoe meer gebruikers een platform heeft, hoe meer gebruikers het platform aantrekt, waardoor het (exponentieel) kan groeien en concurrenten verdwijnen. Zie M.Y. Schaub, 'Het juridisch kader voor online ondernemen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2022/9, p. 44.

18 Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening) (*PbEU* 2022, L 277/1).

19 Bijvoorbeeld J. van den Boom, 'Hoe digitale draken getemd? Een beschouwing van de toepassing van het mededingingsrecht en regelgeving in de Verenigde Staten en de Europese Unie tegen grote platformen', *M&M* 2021, p. 178-187; Anna Gerbrandy & Pauline Phoa, 'The Power of Big Tech Corporations as Modern Bigness and a Vocabulary for Shaping Competition Law as Counter-power', in: Michael Bennett, Huub Brouwer & Rutger Claassen (red.), *Wealth and Power. Philosophical Perspectives*, New York: Routledge 2023, p. 166-185; I. Graef, 'Big tech en mededinging', *AA* 2020, p. 716-727, die overigens duidelijk maakt dat het mededingingsrecht zijn plek zal moeten vinden in een context waarin niet alleen economische belangen spelen maar ook publieke waarden, zoals gegevensbescherming (p. 723-724).

20 Bijvoorbeeld V. Mak & F. Schemkes, 'With great power comes great responsibility'. De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716.

21 I.S. Wuisman, 'De cyberjurisdictie van Facebook/Meta Platforms, Inc. Van dominantie naar verantwoordelijke beleids- en (algoritmische) besluitvorming binnen een grote platformonderneming', *Ondernemingsrecht* 2022/10.

22 De DSA maakt onderdeel uit van een groter EU-pakket om onlinediensten en technologieën te reguleren. Zo is onlangs ook de Digital Markets Act (DMA) (Verordening (EU) 2022/1925) gepubliceerd die is gericht op het beperken van de marktmacht van Big Techbedrijven. Voorts is een voorstel voor een AI-verordening ((COM(2021) 206 final) in procedure gebracht die een balans moet scheppen tussen enerzijds de merites van AI voor economische en maatschappelijke ontwikkelingen en anderzijds de fundamentele rechten van burgers in de Unie.

23 Het netwerk-effect houdt in dat hoe meer gebruikers een platform heeft, hoe meer gebruikers het platform aantrekt, waardoor het (exponentieel) kan groeien en concurrenten verdwijnen. Zie M.Y. Schaub, 'Het juridisch kader voor online ondernemen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2022/9, p. 44.

24 V. Mak & F. Schemkes, 'With great power comes great responsibility'. De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716, p. 750; I.S. Wuisman, 'De cyberjurisdictie van Facebook/Meta Platforms, Inc. Van dominantie naar verantwoordelijke beleids- en (algoritmische) besluitvorming binnen een grote platformonderneming', *Ondernemingsrecht* 2022/10, p. 53; M.Y. Schaub, 'Het juridisch kader voor online ondernemen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2022/9, p. 44.

25 P. Wolters, 'De vlucht naar voren in de Digital Services Act', *AA* 2022, p. 194.

26 DSA-voorstel (COM/2020/825 final), p. 2-3. Vgl. overweging 9 considerans DSA.

27 Art. 3 aanhef en onder i DSA.

28 F. Wilman, 'Het voorstel voor de Digital Services Act. Op zoek naar nieuw evenwicht in regulering van onlinediensten met betrekking tot informatie van gebruikers', *NtER* 2021, p. 28-29.

29 Zie art. 2 lid 3 en lid 4 DSA.

30 Art. 3 aanhef en onder g en i DSA.

valt aan videoplatforms, onlinemarktplaatsen, sociale media en internetaanbieders.³¹ Dit is een categorie diensten die tegenwoordig heel veel voorkomt, bijvoorbeeld bij websites als Facebook, Google en Amazon. Voor andere diensten geldt de Richtlijn elektronische handel.

In hoofdstuk 3 DSA zijn regels opgenomen voor onlineplatforms.³² Dit hoofdstuk kent een gelaagde structuur. Afdeling 1 van hoofdstuk 3 van de DSA bevat bepalingen die van toepassing zijn op alle tussenhandelsdiensten. Afdelingen 2 en 3 behelzen aanvullende bepalingen die van toepassing zijn op onlineplatforms. Afdeling 4 geeft aanvullende bepalingen voor onlineplatforms, niet zijnde kleine of micro-ondernemingen, die consumenten de mogelijkheid bieden overeenkomsten op afstand te sluiten met handelaren en de vijfde afdeling is van toepassing op zeer grote onlineplatforms en zeer grote onlinezoekmachines. Bij dit laatste gaat het om onlineplatforms en onlinezoekmachines die in de Europese Unie maandelijks meer dan 45 miljoen actieve gebruikers hebben.

Hierna wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de bepalingen van de DSA uitdrukking geven aan de waarden die schuilgaan achter de democratische rechtsstaat. Een analyse van die bepalingen heeft opgeleverd dat de DSA in meer of mindere mate uitdrukking geeft aan de waarden verantwoordelijkheid afleggen (par. 2.2), openbaarheid (par. 2.3), medezeggenschap (par. 2.4), grondrechten (par. 2.5) en aan (bepaalde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur (par. 2.6). Dit betekent dat de DSA niet alle waarden van de democratische rechtsstaat in zich draagt. De aspecten die de DSA wel kent, worden hierna achtereenvolgens beschreven waarna in paragraaf 2.7 hierover enkele observaties volgen.

2.2 Verantwoording afleggen

In de literatuur wordt wel gesproken van verantwoording 'wanneer er een relatie is tussen een actor en een forum, waarbij de actor zich verplicht voelt om informatie en uitleg te geven over zijn optreden, het forum nadere vragen kan stellen, een oordeel uit kan spreken en dit oordeel consequenties kan hebben voor de actor.'³³ Gelet op deze definitie bevat de DSA verschillende verantwoordingsarrangementen voor onlineplatforms. De mogelijkheid bestaat om een geschil tussen de afnemer en het platform, over bijvoorbeeld de schorsing of beëindiging van een account, op te dragen aan een orgaan voor buitengerechtelijke geschilbeslechting.³⁴ Deze voorziening bestaat naast de mogelijkheid om een procedure te voeren bij de rech-

ter.³⁵ Het orgaan voor buitengerechtelijke geschilbeslechting is een orgaan dat wordt gecertificeerd door de digitale dienstencoördinator (DDC) die elke lidstaat aanwijst. Het orgaan moet aan diverse voorwaarden voldoen. Zo dient het orgaan onpartijdig en onafhankelijk te zijn.³⁶ Aan de buitengerechtelijke geschilbeslechting zal vaak een interne klachtbehandeling voorafgaan. De DSA verplicht platformondernemingen namelijk te voorzien in een intern klachtenafhandelingssysteem.³⁷ Als bijvoorbeeld de dienst aan de afnemer wordt beëindigd, moet de afnemer de mogelijkheid worden geboden binnen een periode van zes maanden een interne klacht in te dienen.³⁸ De beslissing op de klacht mag niet louter geautomatiseerd worden genomen; er moet dus een mens bij betrokken zijn.³⁹ Het zal duidelijk zijn dat het interne klachtensysteem geen verantwoordingsarrangement inhoudt, aangezien de klacht wordt behandeld door het onlineplatform zelf en niet door een ander forum.

Daarnaast moeten zeer grote onlineplatforms een externe audit laten uitvoeren ter beoordeling van de naleving van (hoofdstuk 3 van) de DSA en de verplichtingen die zijn opgenomen in enerzijds de vrijwillig opgestelde gedragscodes over de correcte toepassing van de DSA en onlinereclames en anderzijds de vrijwillig opgestelde crisisprotocollen voor de aanpak van crisissituaties inzake openbare veiligheid en volksgezondheid.⁴⁰ De audit wordt uitgevoerd door een onafhankelijke organisatie die een controlerapport opstelt.⁴¹ Ingeval het controlerapport niet positief is, moeten de grote onlineplatforms maatregelen treffen ter uitvoering van door de auditororganisatie geformuleerde aanbevelingen. De aanbevelingen zijn niet bindend. Als zij de aanbevelingen niet uitvoeren moeten ze uitleggen waarom ze dat niet doen en alternatieve maatregelen presenteren.⁴²

Het toezicht op onlineplatforms wordt uitgeoefend door de DDC van de lidstaat waarin het onlineplatform of zijn wettelijke vertegenwoordiger is gevestigd; in de praktijk is dit meestal Ierland.⁴³ De Europese Commissie is bevoegd aangaande het toezicht op de zeer grote onlineplatforms.⁴⁴ Afnemers van de diensten van onlineplatforms kunnen bij de DDC van hun eigen lidstaat een klacht indienen tegen een onlineplatform.⁴⁵ De bevoegde DDC beschikt over verschillende onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden.⁴⁶ De sancties die de bevoegde DDC kan opleggen zijn doeltreffend, evenredig en afschrikkend. Het maximumbedrag van de geldboete bedraagt 6% van de

31 F. Wilman, 'Het voorstel voor de Digital Services Act. Op zoek naar nieuw evenwicht in regulering van onlinediensten met betrekking tot informatie van gebruikers', *NtER* 2021, p. 27.

32 Hoofdstuk 2 DSA, waarin de beperking van aansprakelijkheid voor tussenhandelsdiensten is opgenomen voor informatie die zij voor hun afnemers doorgeven of opslaan, blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

33 M. Bovens & T. Schillemans, 'Publieke verantwoording. Begrippen, vormen en beoordelingskaders', in: M. Bovens & T. Schillemans (red.), *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag: Uitgeverij Lemma 2009 2009, p. 20.

34 Art. 21 DSA.

35 Art. 21 lid 1 DSA.

36 Art. 21 lid 3 DSA.

37 Art. 20 DSA.

38 Art. 20 DSA, waarin ook wordt beschreven aan welke eisen het interne klachtenafhandelingssysteem moet voldoen.

39 Art. 20 lid 6 DSA.

40 Art. 37 DSA.

41 Art. 37 lid 3 en lid 4 DSA.

42 Art. 37 lid 6 DSA.

43 P. Wolters, 'De vlucht naar voren in de Digital Services Act', *AA* 2022, p. 200.

44 Art. 56 lid 2 DSA.

45 Art. 53 DSA.

46 Art. 51 DSA.

wereldwijde omzet van het onlineplatform in het voorgaande boekjaar.

2.3 Openbaarheid

In de DSA zijn verschillende transparantieplichtingen opgenomen voor onlineplatforms. Het oogmerk hiervan is enerzijds het mogelijk maken van publieke controle en anderzijds het in staat stellen van gebruikers om rechtsmiddelen aan te wenden tegen onjuiste beslissingen.⁴⁷ Onlineplatforms dienen jaarlijks te rapporteren over door hen uitgevoerde inhoudsmoderatie (*content moderation*).⁴⁸ Dit betreft activiteiten die zijn gericht op de aanpak van illegale inhoud of informatie die in strijd is met de algemene voorwaarden van onlineplatforms met inbegrip van de door hen genomen maatregelen, zoals de verwijdering van de informatie of de beëindiging of schorsing van een account van een afnemer.⁴⁹ De onlineplatforms moeten onder meer informatie verstrekken over elk gebruik dat is gemaakt van geautomatiseerde middelen (algoritmen) voor inhoudsmoderatie, met inbegrip van een kwalitatieve beschrijving, een specificatie van de precieze doeleinden, indicatoren van de nauwkeurigheid en het mogelijke foutpercentage van de geautomatiseerde middelen bij het vervullen van die doeleinden en de toegepaste vrijwarringsmaatregelen.⁵⁰ Onlineplatforms dienen voorts informatie te verschaffen over parameters die in hun aanbevelingssystemen (zoals reviews van gebruikers) worden gebruikt en hoe afnemers de belangrijkste parameters kunnen wijzigen of beïnvloeden.⁵¹ Tevens moet informatie worden verstrekt over reclame op onlineplatforms,⁵² bijvoorbeeld over de parameters die gebruikt worden om te bepalen aan welke afnemers de reclame wordt gepresenteerd.⁵³ Zeer grote platforms moeten verder het controlerapport en het controle-uitvoeringsrapport van de hiervoor genoemde externe audit openbaar maken, alsmede de resultaten van de jaarlijkse risicobeoordeling en de naar aanleiding daarvan uitgevoerde risicobeperkingsmaatregelen.⁵⁴ Op de risicobeoordeling wordt hierna nog teruggekomen.

Met het oog op het nalevingstoezicht moeten grote onlineplatforms desgevraagd informatie verschaffen aan de DDC of de Europese Commissie.⁵⁵ Aan door de DDC erkende onderzoekers moet toegang worden gegeven tot gegevens met als doel onderzoek uit te voeren dat bijdraagt tot het opsporen, vaststellen en begrijpen van systeemrisico's.⁵⁶ Wanneer het verstrekken van de informatie zal lei-

den tot aanzienlijke kwetsbaarheden in de beveiliging of voor de bescherming van vertrouwelijke informatie, met name handelsgeheimen, of indien zij geen toegang hebben tot de informatie, kunnen onlineplatforms vragen het verzoek om informatie te wijzigen.⁵⁷

Als een onlineplatform op de hoogte is dat via het platform door handelaren illegale producten of diensten worden aangeboden aan consumenten, moet het onlineplatform de consument actief informeren over het feit dat het product of de dienst illegaal is, de identiteit van de handelaar en alle relevante verhaalmiddelen.⁵⁸

2.4 Medezeggenschap

De Europese Commissie en de digitaledienstenraad bevorderen en vergemakkelijken het opstellen van vrijwillige gedragscodes op EU-niveau die beogen bij te dragen tot de correcte toepassing van de DSA. Daarnaast stimuleert en vergemakkelijkt de Commissie de opstelling van vrijwillige gedragscodes over onder meer de transparantie van onlinereclame en de toegang tot onlinediensten door personen met een handicap en het opstellen van crisisprotocollen voor crisissituaties die de openbare veiligheid of de volksgezondheid aantasten. Bij het opstellen van dergelijke gedragscodes en protocollen kunnen onder omstandigheden organisaties van het maatschappelijk middenveld, organisaties die afnemers van de dienst vertegenwoordigen en andere belanghebbenden worden betrokken.⁵⁹ Op deze manier is dus gezorgd voor een zekere mate van inspraak voor stakeholders in het kader van zelfregulering door onlineplatforms.

Inspraak van stakeholders bestaat ook bij de risicobeoordeling die zeer grote onlineplatforms jaarlijks moeten uitvoeren. De grote platformondernemingen moeten ieder jaar de systeemrisico's die voortvloeien uit het ontwerp of uit de werking van hun dienst en de daaraan verbonden systemen – met inbegrip van algoritmische systemen – en uit het gebruik van hun diensten identificeren, analyseren en beoordelen. Deze systeemrisico's zien onder meer op negatieve effecten voor de grondrechten.⁶⁰ De platforms moeten redelijke, evenredige en doeltreffende risicobeperkende maatregelen nemen met betrekking tot de vastgestelde systeemrisico's.⁶¹ De considerans van de DSA beschrijft dat de vertegenwoordigers van de afnemers van de dienst en vertegenwoordigers van groepen die de gevolgen van de diensten kunnen ondervinden, bij het uitvoeren van de risicobeoordelingen en het opstellen van de risicobeperkende maatregelen worden betrokken. De raadpleging van deze stakeholders moet worden geïntegreerd in de risicobeoordeling door middel van bijvoorbeeld enquêtes, focusgroepen en rondetafeldiscussies.⁶² De verplichting stakeholders te betrekken bij de risicobeoordeling is niet

47 M. Klos, 'De Digital Services Act: implicaties voor het recht op vrijheid van meningsuiting van gebruikers van onlineplatforms', *NTM/NJCM-Bulletin* 2021/13, p. 148.

48 Art. 15, 24 en 42 DSA. Zie uitgebreid M. Klos, 'De Digital Services Act: implicaties voor het recht op vrijheid van meningsuiting van gebruikers van onlineplatforms', *NTM/NJCM-Bulletin* 2021/13, p. 146-148.

49 Zie voor het begrip 'inhoudsmoderatie' art. 3 aanhef en onder t DSA.

50 Art. 15 lid 1 aanhef en onder e DSA.

51 Art. 27 DSA.

52 Art. 26 en art. 39 DSA.

53 Art. 26 lid 1 aanhef en onder d DSA; art. 39 lid 2 aanhef en onder e DSA.

54 Art. 42 lid 4 DSA.

55 Art. 40 lid 1 DSA.

56 Art. 40 lid 4 DSA.

57 Art. 40 lid 5 DSA.

58 Art. 32 DSA.

59 Zie art. 45 lid 2, art. 46 lid 1, art. 47 lid 1, art. 48 lid 3 DSA.

60 Art. 34 DSA.

61 Art. 35 DSA.

62 Overweging 90 considerans DSA.

opgenomen in de DSA zelf en het lijkt hier dus meer een aanbeveling te betreffen.⁶³

2.5 Grondrechten

De onlineplatforms hebben zoals gezegd een grote rol in de maatschappij. Een aantal grote onlinebedrijven bepaalt wat er online wel en niet is toegestaan. Dit raakt de fundamentele rechten van vrijheid van meningsuiting en van informatie.⁶⁴ Platformondernemingen zijn private bedrijven en de grondrechten (uit het EU-Grondrechtenhandvest) zijn daarom niet zomaar op hen van toepassing.⁶⁵ De DSA streeft ernaar de fundamentele rechten van de afnemers te beschermen in hun relatie met de onlineplatforms, waaronder de vrijheid van meningsuiting en van informatie en het recht op non-discriminatie.⁶⁶ Bij het opleggen van beperkingen aan het gebruik van hun diensten moeten de onlineplatforms rekening houden met de fundamentele rechten die zijn neergelegd in het EU-Grondrechtenhandvest.⁶⁷ Op die manier wordt via een verordening, de DSA, een zekere mate van *horizontale werking* van het EU-Grondrechtenhandvest bewerkstelligd.⁶⁸ Verder moet bij de hiervoor genoemde jaarlijkse risicobeoordeling worden gekeken naar de systeemrisico's voor negatieve effecten op de grondrechten, met name de grondrechten inzake de menselijke waardigheid, de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, de bescherming van persoonsgegevens, de vrijheid van meningsuiting en van informatie, met inbegrip van de vrijheid en pluriformiteit van de media, non-discriminatie en de rechten van het kind, en consumentenbescherming, zoals verankerd in het EU-Grondrechtenhandvest.⁶⁹ Bij het treffen van maatregelen naar aanleiding van de vastgestelde systeemrisico's moet bijzondere aandacht worden besteed aan de effecten van de maatregelen op de grondrechten.⁷⁰

2.6 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Elementen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die een uitwerking vormen van de beginselen van de democratische rechtsstaat, zijn ook te herkennen in de DSA. Gewezen kan worden op het bestuursrechtelijke

zorgvuldigheidsbeginsel.⁷¹ Indien bijvoorbeeld wordt overwogen om de diensten aan een afnemer wegens misbruik te schorsen, moet rekening worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden. Bovendien moet aan de opschorting een waarschuwing vooraf gaan.⁷² Overigens duidt de DSA alle verplichtingen die aan onlineplatforms worden opgelegd wat ongenuanceerd aan als 'zorgvuldigheidsverplichtingen'.⁷³

Daarnaast is het bestuursrechtelijke motiveringsbeginsel⁷⁴ terug te zien. Als een onlineplatform een beperking oplegt aan een afnemer, bijvoorbeeld door de schorsing of beëindiging van een account, moet die beperking duidelijk en specifiek worden gemotiveerd.⁷⁵ De motivering moet verschillende gegevens bevatten, zoals het territoriale toepassingsgebied van het besluit en de duur ervan, of het besluit gebaseerd is op zelf geïnitieerd onderzoek of op basis van een melding, informatie over algoritmische besluitvorming, de rechtsgrondslag van het besluit, zoals de algemene voorwaarden, en informatie over verhaalsmogelijkheden, met name de mogelijkheid van interne klachtafhandeling en buitengerechtelijke geschilbeslechting.⁷⁶

2.7 Observaties

Uit het voorgaande blijkt dat onlineplatforms op grond van de DSA verschillende waarborgen in acht moeten nemen die ook tot uitdrukking komen in de waarden van de democratische rechtsstaat, zoals het afleggen van verantwoording, grondrechten, openbaarheid, medezeggenschap en (bepaalde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De vraag rijst of dit voldoende is en of de waarborgen nog aan kracht kunnen winnen. In deze paragraaf wordt op een aantal aspecten wat dieper ingegaan.

De DSA voorziet in verschillende verantwoordingsarrangementen voor onlineplatforms. Over de buitengerechtelijke geschillenorganen wordt in de literatuur opgemerkt dat niet helemaal duidelijk is wat hun beoordelingskader is. Mogen zij alleen oordelen op grond van de algemene voorwaarden en de geldende wet- en regelgeving of mogen zij ook de grondrechten in hun oordeel betrekken? Een ander punt is dat in een lidstaat mogelijk slechts één geschillenorgaan wordt ingesteld, waardoor het probleem zich verplaatst. Niet het onlineplatform bepaalt wat online wel en niet is toegestaan maar een geschillenorgaan.⁷⁷ Het valt voorts op dat de interne klachtafhandeling in handen ligt van de platformonderneming zelf, waardoor

63 I.S. Wuisman, 'De cyberjurisdicctie van Facebook/Meta Platforms, Inc. Van dominantie naar verantwoordelijke beleids- en (algoritmische) besluitvorming binnen een grote platformonderneming', *Ondernemingsrecht* 2022/10, p. 61.

64 P. Wolters, 'De vlucht naar voren in de Digital Services Act', *AA* 2022, p. 194.

65 N. Jak, 'Semipublieke instellingen als normadressaat en drager van de grondrechten uit het EU-Grondrechtenhandvest', *TvCR* 2017, p. 288-306.

66 Zie par. 3 van de toelichting op het DSA-voorstel onder 'Grondrechten'; overweging 3, 9, 40, 41 considerans DSA; art. 1 lid 1 DSA.

67 Overweging 22, 51 considerans DSA; art. 12 lid 2 DSA. Overweging 47 considerans DSA schrijft ook voor dat rekening moet worden gehouden met internationale normen zoals de VN beginselen inzake bedrijfsleven en mensenrechten.

68 Zie over de horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest onder meer HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, *AB* 2019/107, m.nt. N. Jak & T. Barkhuysen (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*); HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:871, *AB* 2019/108, m.nt. N. Jak & T. Barkhuysen (*Bauer*).

69 Art. 34 lid 1 DSA. Overweging 81 considerans DSA.

70 Art. 35 lid 1 DSA. Overweging 79 en 86 considerans DSA.

71 Art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en art. 3:4 lid 1 Awb.

72 Art. 23 DSA.

73 Overweging 41, 76, 86 considerans DSA. Art. 1 lid 2 aanhef en onder b DSA. Vgl. Sauter die een bijzondere zorgplicht voorstelt voor bedrijven met een digitale machtspositie. W. Sauter, 'A duty of care to prevent online exploitation of consumers? Digital dominance and special responsibility in EU competition law', *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, afl. 8, p. 406-427.

74 Art. 3:46 Awb.

75 Art. 17 DSA.

76 Art. 17 lid 3 DSA.

77 M. Klos, 'De Digital Services Act: implicaties voor het recht op vrijheid van meningsuiting van gebruikers van onlineplatforms', *NTM/NJCM-Bulletin* 2021/13, p. 144.

van een verantwoordingsarrangement geen sprake is. Dit zou mijns inziens wel kunnen worden verwezenlijkt indien de klachtafhandeling wordt opgedragen aan een onafhankelijke interne ombudsman.⁷⁸ Het afleggen van verantwoording zou volgens mij bovendien meer ingebed kunnen worden in de vennootschapsrechtelijke structuur van de platformbedrijven, bijvoorbeeld door de introductie van een verplichte raad van commissarissen.⁷⁹ De positie van stakeholders kan versterkt worden door vertegenwoordigers zitting te laten hebben in deze raad van commissarissen⁸⁰ of door invoering van een raad van gebruikers, vergelijkbaar met een ondernemingsraad.⁸¹ Dit draagt niet alleen bij aan meer verantwoording maar ook aan machtsverdeling en zorgt voor meer medezeggenschap van de stakeholders.

Wat betreft het afleggen van verantwoording is de DSA op bepaalde punten opvallend genoeg verder gevorderd dan de normering van het gebruik van digitale toepassingen door de overheid. Zo zagen we dat de DSA een verplichte externe audit kent voor grote onlineplatforms terwijl een dergelijke verplichting voor de overheid nog in ontwikkeling is.⁸² Zo bezien kan voor de regulering van het digitale overheidshandelen, dat bij lange na nog niet is uitgekristalliseerd, nog worden geleerd van de regulering van de onlineplatforms van Big Techbedrijven.⁸³

Duidelijk werd dat onlineplatforms moeten voldoen aan normen die traditioneel geassocieerd worden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het springt in het oog dat de normen uit de DSA ook aansluiten bij de interpretatie van het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel in de context van digitale besluitvorming door de *overheid*. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft hierover in 2018 een ongevraagd advies uitgebracht.⁸⁴ Volgens de Afdeling advisering kan het bestuursrechtelijke motiveringsbeginsel 'zo worden uitgewerkt dat in een besluit aan de burger toegankelijk moet worden toegelicht of, en zo ja welke, automatische beslisregels zijn gebruikt, en moet worden toegelicht of het besluit mede voortbouwt op (geautomatiseerde) besluiten of gegevens van andere bestuursorganen eerder in de keten.'⁸⁵ Deze elementen komen ook terug in de motiveringsverplichting van art. 17 DSA.⁸⁶ In de literatuur wordt bepleit dat deze bepaling niet alleen een motiveringsplicht zou moeten bevatten aan de afnemers van de dienst, maar ook aan melders van illegale inhoud.⁸⁷ Tevens raadt de Afdeling advisering aan om besluiten die worden genomen naar aanleiding van een bezwaarschrift⁸⁸ tegen een geautomatiseerd genomen besluit van de overheid, door menselijke tussenkomst (en dus niet geautomatiseerd) te nemen.⁸⁹ Dit is ook te ontwaren in de interne klachtbehandeling die de DSA voorschrijft. Het besluit op de klacht moet onder toezicht van naar behoren gekwalificeerd personeel en niet louter op basis van geautomatiseerde middelen worden genomen.⁹⁰ Het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel zijn vrij open beginselen die betrekkelijk makkelijk zijn te interpreteren in de context van digitalisering.⁹¹ Dat neemt niet weg dat nader onderzocht zou kunnen worden of deze contextuele interpretatie van beginselen die bekend zijn uit de analoge wereld voldoende is of dat nieuwe normen en beginselen nodig zijn om in de digitale

78 Vgl. T. Schillemans, *Verantwoording in de schaduw van de macht. Horizontale verantwoording bij zelfstandige uitvoeringsorganisaties* (diss. Utrecht), Den Haag: Lemma 2007, p. 72. In de literatuur is wel de vraag opgeworpen of de Nationale ombudsman (No) bevoegd zou moeten zijn inzake de externe klachtafhandeling. Het ligt niet voor de hand dat de No optreedt als buitengerechtelijke geschillenbeslechter als bedoeld in art. 21 DSA, al was het maar omdat de No niet beschikt over de nodige expertise (art. 21 lid 3 DSA). Vgl. hierover ook L. den Hertog & M. Wever, 'Verslag Jonge VAR 2021: publieke taken en privaatrecht', *NTB* 2022/6, p. 20-21. Zie over de rol van het klachtrecht als de *overheid* via algoritmes besluiten neemt A. Widlak & O. Al Khatib, 'Een functioneringsgesprek met je algoritme?', *Tijdschrift voor Klachtrecht* 2022-2, p. 3-6.

79 Vgl. T. Schillemans, *Verantwoording in de schaduw van de macht. Horizontale verantwoording bij zelfstandige uitvoeringsorganisaties* (diss. Utrecht), Den Haag: Lemma 2007, p. 73.

80 Of door hen de bevoegdheid te geven tot een aanbeveling of bindende voordracht van de benoeming van een of meer leden van de raad van commissarissen.

81 ROB, *Sturen of gestuurd worden? Over de legitimiteit van sturen met data*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2021, p. 76. Ook kan worden gedacht aan de introductie van een 'maatschappelijke raad' die mag adviseren over de bedrijfsstrategie, het beloningsbeleid en de benoemingen in de raad van bestuur en raad van commissarissen. N. Loonen, 'Toekomstbestendige governance door invoering van een maatschappelijke raad', in: R. Claassen & D. Schoenmaker (red.), *Corporate governance en het maatschappelijk belang* (KVS-precadviezen 2022), Amsterdam: ESB 2022, p. 90-95.

82 Zie R.J.N. Schlössels, 'Een dienende en digitale overheid? Over rechtsstaat, MijnOverheid en de autonomie van het recht', in: B. Aarrass, K. Albers & R. Ortlep (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid. Zoeken naar een balans tussen instrumentaliteit en waarborg*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 42-43. *Kamerstukken II* 2022/23, 26643, 953, p. 17.

83 Dat geldt overigens ook voor digitale impactanalyses voor digitale diensten van de overheid. De DSA kent al voor grote onlineplatforms een verplichte jaarlijkse risicobeoordeling op onder meer systeemrisico's voor grondrechten (art. 34 DSA). Voor digitale overheidsdiensten bestaat die verplichting nog niet, maar is momenteel wel in ontwikkeling. Zie Werkagenda Waardengedreven Digitaliseren (p. 21 van bijlage bij *Kamerstukken II* 2022/23, 26643, 940); J.H. Gerards e.a., *Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes*, Ministerie BZK 2021. *Kamerstukken II* 2021/22, 26643, 835.

84 *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557. Zie ook Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag 2021. Voor de reactie van de regering op dit laatste rapport zie *Kamerstukken II* 2022/23, 29362, 319.

85 *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557, p. 16-17; Raad van State 2021, p. 16, 36, 70 en 74.

86 Zo moet informatie worden gegeven over het gebruik van geautomatiseerde middelen bij het nemen van het besluit. Art. 17 lid 3 aanhef en onder c DSA.

87 P.T.J. Wolters & R.M. Gellert, 'Het 'notice and action-mechanisme' van de DSA: een adequaat evenwicht tussen de betrokken belangen?', *Computerrecht* 2022/218, p. 399.

88 Art. 1:5 lid 1 Awb.

89 *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557, p. 17; Raad van State 2021, p. 80.

90 Art. 20 lid 6 DSA.

91 N. Jak & S. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid. Een black box voor een black box?', *NJB* 2018/2102, p. 3023.

infrastructuur van onlineplatforms de democratisch rechtsstatelijke belangen veilig te stellen.⁹²

De vraag is op welk niveau nadere regulering kan plaatsvinden. Is er ruimte voor de nationale wetgever om op het terrein van de DSA met aanvullende regels te komen?⁹³ De DSA, een verordening,⁹⁴ beoogt de volledige harmonisatie van de daarin opgenomen regels. De lidstaten mogen dan ook geen aanvullende nationale wetgeving vaststellen die betrekking heeft op onderwerpen die onder het toepassingsbereik van de verordening vallen, tenzij daarin door de verordening zelf is voorzien. Wel kan nationale wetgeving worden vastgesteld voor zover daarmee andere doelstellingen van algemeen belang worden beoogd dan die waarop de DSA ziet.⁹⁵ Wat betreft de hiervoor genoemde punten die wellicht kunnen worden versterkt, is de ruimte voor de nationale wetgever voor aanvullende (en verdergaande) regels dus nihil. Hier ligt een taak voor de EU-wetgever, al is het de vraag wat hiervan verwacht mag worden nu de DSA net in werking is getreden. Wel zou de Nederlandse regering de genoemde aspecten onder de aandacht kunnen brengen bij de 'Europese partners' met wie zij zich wil inzetten voor het borgen van de publieke waarden die door digitalisering onder druk kunnen komen te

staan.⁹⁶ Overigens is er ook nog wel enige ruimte voor zelfregulering, zoals bleek uit de hiervoor genoemde stimulerings, zoals vrijwillige gedragscodes op te stellen. Deze gedragscodes moeten evenwel worden opgesteld binnen de specifieke kaders die de DSA daarover stelt; zodoende is sprake van wettelijk geconditioneerde zelfregulering.⁹⁷

De DSA regelt ook heel veel niet inzake Big Techbedrijven en hun onlineplatforms. Een element van de democratische rechtsstaat dat in de DSA bijvoorbeeld minder tot uitdrukking komt, is machtsverdeling. Dat verbaast niet, aangezien juist de eveneens recent gepubliceerde Digital Markets Act (DMA)⁹⁸ daarin tracht te voorzien. Het doel van de DMA is namelijk meer concurrentie te verwezenlijken in markten die worden beheerst door grote platformen met een poortwachtersfunctie. Gepoogd wordt om hun marktmacht te breken zodat kleinere poortwachtersplatformen de mogelijkheid krijgen tot de markt toe te treden.⁹⁹

Daarnaast komen grondrechtelijke aspecten op veel meer plaatsen terug dan in de DSA. De onlineplatforms moeten zich op grond van de DSA houden aan de grondrechten uit het EU-Grondrechtenhandvest, maar als het gaat om privacy en gegevensbescherming moet ook worden gekeken naar de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en de DMA. Ook het nationale recht is van betekenis. In een zaak over de verwijdering door Facebook van COVID-desinformatie overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam dat art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) geen directe horizontale werking heeft, maar wel op indirecte wijze kan doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen, bijvoorbeeld door de invulling van privaatrechtelijke open normen. Dit brengt met zich dat Facebook verplicht is te handelen overeenkomstig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die norm kan mede worden ingekleurd door het bepaalde in art. 10 EVRM. Datzelfde geldt voor de open norm in art. 6:162 BW (onrechtmatige daad), aldus de voorzieningenrechter.¹⁰⁰ Verder zijn op internationaal niveau bijvoorbeeld van belang de UN Guiding Principles on Business and Human

92 Vgl. C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg University 2020, over de vraag of bij geautomatiseerde besluitvorming door de overheid het analoge bestuursrecht volstaat of dat een aanvullende juridische standaard nodig is. Vgl. ook S. Abbady, J. van Roosmalen & M. Geus, 'De nieuwe AI-verordening: past het?', *Mediaforum* 2022, afl. 1, p. 15-16 over eventuele 'nieuwe of speciale digitale mensenrechten'. Vgl. Raad van State 2021, p. 74 e.v. die onder meer wijst op een mogelijk recht op reproductie en reconstructie.

93 In het voorjaar van 2022 heeft het kabinet in een hoofdlijnenbrief laten weten dat het niet zal aarzelen om waar nodig nieuwe wetgeving te introduceren om publieke waarden te borgen die door digitalisering onder druk kunnen komen te staan. Of deze nieuwe wetgeving zich direct zal richten op het inperken van de macht van Big Techbedrijven en hun onlineplatforms blijft in het midden, evenals de vraag of daadwerkelijk nationale wetgevingsinitiatieven worden gestart of dat het toch meer gaat om steun aan (uitwerking van) Europese initiatieven zoals de DSA en de DMA. *Kamerstukken II 2021/22*, 26643, 842. Ook de 'Werkagenda "Waardengedreven digitaliseren"' die de staatssecretaris van BZK 4 november 2022 aan de kamer zond (*Kamerstukken II 2022/23*, 26643, 940) is daarover niet helder. Er wordt gesproken over 'regelgeving voor online platformen' (p. 6) en 'normerend optreden naar (...) private partijen' (p. 11) maar wat dat precies betekent is niet duidelijk. Het zorgen voor een goede uitvoering van de DSA en DMA wordt in ieder geval als actiepunt genoemd (bijlage 1, p. 15, p. 20, p. 23). De werkagenda (bijlage 1, p. 37) noemt verder als doel: 'Bedrijven die in Nederland hoog-risico AI-systemen aanbieden hebben op hun producten een CE-markering en tonen aan dat ze voldoen aan publieke waarden, waaronder mensenrechten'. In zijn reactie op het WRR-rapport 'Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie' laat het kabinet doorschemeren dat regulering vooral plaatsvindt op Europees niveau en dat Nederland daaraan zijn bijdrage levert (*Kamerstukken II 2022/23*, 26643, 943, p. 4-5 en bijlage, p. 11-12). De minister van EZK richt zich wat betreft onlineplatforms vooral op een goede uitvoering van de DMA en daarmee samenhangende Europese regelgeving. Zie Pijler van de 'Strategie Digitale Economie' (*Kamerstukken II 2022/23*, 26643, 941) en de kamerbrief over onlineplatforms (*Kamerstukken II 2022/23*, 26643, 959).

94 Voor verordeningen geldt dat lidstaten de verordening niet mogen implementeren, haar niet mogen aanvullen tenzij de verordening zelf de lidstaten nog beleidskeuzen geeft. Zie hierover E. Steyger, 'Europeesrechtelijke grenzen aan nationale wetgeving', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 601, 605-606.

95 Overweging 9 considerans DSA.

96 *Kamerstukken II 2021/22*, 26643, 842, p. 10. Zie ook de 'Werkagenda "Waardengedreven digitaliseren"', p. 13-14.

97 Zie over wettelijk geconditioneerde zelfregulering F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 214-216.

98 Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitaalmarktverordening) (*PbEU* 2022, L 265/1). Zie hierover K. Stas & T. Bokhove, 'The Digital Markets Act: The EU Takes on 'Big Tech'', *Computerrecht* 2022/219.

99 Zie V. Mak & F. Schemkes, 'With great power comes great responsibility'. De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716, p. 750. Het kabinet zet in op publieke alternatieven voor onlineplatforms bij publieke instellingen. Ook dit draagt bij aan machtsverdeling. Zie 'Werkagenda "Waardengedreven digitaliseren"', p. 6 en p. 9 en bijlage 1, p. 14, 16, 20, 23, 27.

100 Rb. Amsterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4966, *Computerrecht* 2021/66, m.nt. M. Klos; Rb. Rotterdam 29 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10459. Zie ook R.J.J. Westerdijk, 'Opinie - Internet, grondrechten en rechtstaat', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2021, p. 18-20. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

Rights (UNGP's) en de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen.¹⁰¹

Openbaarheid als norm komt ook buiten de DSA voor, zoals in het voorstel voor een AI-verordening. Het voorstel vereist onder meer transparantie van AI-systemen.¹⁰² Relevant is daarnaast de Europese verklaring over digitale rechten en beginselen voor het digitale decennium, waarin eveneens onder meer wordt ingezet op transparantie over het gebruik van algoritmen en artificiële intelligentie en het voorkomen van onwettelijke discriminatie van algoritmische systemen.¹⁰³ Kortom, wil een goed beeld worden verkregen in hoeverre de democratisch rechtsstatelijke waarborgen die traditioneel voor de overheid gelden ook van toepassing zijn op onlineplatforms – of breder: op Big Techbedrijven – dan moet een veel uitgebreider onderzoek worden uitgevoerd, waarvoor deze bijdrage vanzelfsprekend niet de plaats is.¹⁰⁴ Pas dan kan ook gezien worden in hoeverre de bedoelde waarborgen en waarden voldoende van toepassing zijn en hoe (en door wie) eventueel aanvullende regulering het beste kan worden waargemaakt.

3. Slot

Vanwege hun machtspositie enerzijds en de publieke belangen die zij behartigen anderzijds, kan worden betoogd dat Big Techbedrijven zouden moeten voldoen aan de waarborgen die traditioneel in verband worden gebracht met de democratische rechtsstaat en die in het huidige stelsel alleen voor de klassieke overheid gelden. In dit licht rijst de vraag in hoeverre de democratisch rechtsstatelijke waarborgen en waarden naar *positief recht* van toepassing zijn op Big Techbedrijven en, wanneer deze waarborgen en waarden niet of slechts in beperkte mate van toepassing zijn, hoe de toepassing daarvan het beste kan worden gerealiseerd. Omdat deze algemene vraag te omvangrijk is om in deze bijdrage te beantwoorden, is in deze bijdrage gefocust op een onderdeel van Big Techbedrijven, namelijk hun *onlineplatforms* en de regulering daarvan door de DSA. In deze bijdrage is verkend in hoeverre de regulering van *onlineplatforms* van techbedrijven door de DSA tegemoetkomt aan de waarden die achter de democratische rechtsstaat schuilgaan.

Geconcludeerd kan worden dat onlineplatforms op grond van de DSA verschillende waarborgen in acht moeten nemen die ook tot uitdrukking komen in de waarden van de

democratische rechtsstaat, zoals het afleggen van verantwoording, grondrechten, openbaarheid, medezeggenschap en (bepaalde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Op verschillende punten kunnen deze waarborgen nog aan kracht winnen. Zo zou de interne klachtafhandeling kunnen geschieden door een onafhankelijke interne ombudsman en zou ingegrepen kunnen worden in de vennootschapsrechtelijke structuur door introductie van een raad van commissarissen en een raad van gebruikers. Het is verder opgevallen dat de normen uit de DSA aansluiten bij de interpretatie van het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel in de context van digitale besluitvorming door de overheid. Aan de andere kant is de normering van Big Tech door de DSA op bepaalde topics al verder dan de normering van het gebruik van digitale toepassingen door de overheid. Te denken valt aan de verplichting voor onlineplatforms om externe audits te laten uitvoeren, welke verplichting voor de overheid nog niet geldt. Zo bezien kan voor de regulering van digitale dienstverlening van de overheid wellicht nog wat worden geleerd van de normering van onlineplatforms van de techbedrijven en kunnen de eisen die de democratische rechtsstaat stelt aan het digitale domein nader vorm krijgen.

Natuurlijk regelt de DSA ook heel veel niet over onlineplatforms en Big Tech in algemene zin. Een veel uitgebreider onderzoek is nodig om antwoord te krijgen op de eerder genoemde algemene vraag in hoeverre de democratisch rechtsstatelijke waarborgen die traditioneel voor de overheid gelden ook van toepassing zijn op Big Tech in brede zin (dus niet alleen op hun onlineplatforms). Dit vraagt om een *multi-level governance*-benadering waarbij het onderzoek zich richt op zowel het internationale, Europese en nationale recht. Alleen dan kan goed worden beoordeeld of aanvullende regulering nodig is en hoe, door wie en op welk niveau dit het beste kan worden aangepakt.¹⁰⁵ In deze bijdrage is een eerste aanzet gegeven om de problematiek van Big Tech te analyseren vanuit het perspectief van de democratische rechtsstaat door te focussen op een deelonderwerp, namelijk de regulering van onlineplatforms door de DSA. Deze staats- en bestuursrechtelijke benadering vormt een waardevolle aanvulling op de meer gangbare invalshoeken vanuit het mededingingsrecht, het consumentenrecht en het ondernemingsrecht die erop gericht zijn de legitimiteit van het handelen van Big Techbedrijven te vergroten.

101 Zie N. Jägers, 'Mensenrechten en bedrijven: Quo Vadis?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2019/16. Vgl. overweging 47 considerans DSA waarin staat dat rekening moet worden gehouden met internationale normen zoals de VN beginselen inzake bedrijfsleven en mensenrechten.

102 Art. 13 en art. 52.

103 European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade d.d. 26 januari 2022 (COM(2022) 28 final). Zie *NJB* 2022/349.

104 Zie voor de (complexe) lappendeken aan regels die gelden voor onlineplatforms M.Y. Schaub, 'Het juridisch kader voor online ondernemen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2022/9 en M. Geus & F. Sickinghe, 'De Digital Services Package als beoogd wereldwijd rolmodel (deel II – Digital Markets Act)', *Mediaforum* 2021, p. 7-8.

105 Vgl. S. Ranchordas, 'Digitale platformen: Globale staten naast de staat?', in: L. Besselink (red.), *De economische constitutie. Beginselen van de Democratische Rechtsstaat tussen Globalisering en Europeanisering* (Staatsrechtconferentie 2019), Amsterdam: University of Amsterdam Press 2020, p. 97-98 die drie aanpakken onderscheidt: internationaal of Europees recht, nationale wetgeving of *soft law*. Vgl. ook de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) die in het kader van normering van AI door de overheid vier reguleringsdimensies voor de wetgever onderscheidt: 1. Specifiek of generiek, 2. Technologieneutraal of technologiespecifiek, 3. Nationaal of internationaal, 4. Overheidsregulering of zelfregulering. WRR, *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag 2021, p. 293 e.v.