

Verslag VMC-webinar over de Digital Services Act

Verslag

Philip Schreurs*

De Digital Services Act (DSA) is een nieuw Europees wetsvoorstel gericht op de regulering van online tussenpersonen.¹ Op 25 juni organiseerde de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC) in samenwerking met deLex Media een webinar over dit wetsvoorstel: ‘Digital Services Act: wie bepaalt wat er gezegd en verhandeld mag worden?’. Na een middag zoeken in het door de Europese Commissie gecreëerde woud aan definities, verplichtingen en toezichthouders was de conclusie van dagvoorzitter Marjolein Geus aan het einde van het webinar treffend: “Er zijn nog ontzettend veel dingen onduidelijk.”

Dagvoorzitter: Marjolein Geus (advocaat bij Bird & Bird)

Spreekers: Mathijs Tollerton (senior beleidsjurist bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), Irvette Tempelman (senior beleidsscretaris bij VNO-NCW/MKB-Nederland) en Raphaël Gellert (universitair docent aan de Radboud Universiteit).

Mathijs Tollerton – Een introductie op de DSA

Mathijs Tollerton, als juridisch adviseur op het ministerie van Economische Zaken betrokken bij de DSA-onderhandelingen, trapt de studiemiddag af met een introductie op het voorstel van de Commissie.² De DSA past volgens hem in een bredere ambitie van de Europese Unie om de digitale economie te reguleren: de EU moet een wereldwijd rolmodel worden op het gebied van de regulering van tussenpersonen en online normen ontwikkelen en bevorderen.³

Wie de toekomstige DSA wil begrijpen, zal echter eerst een beter begrip moeten krijgen van haar voorloper, de Richtlijn elektronische handel (REH).⁴ De REH bevat verschillende verplichtingen voor diensten van de informatiemaatschappij.⁵ In het bijzonder van belang is het land-van-oorsprong-beginsel, dat bepaalt dat de regelgeving van het land waar de dienstverlener gevestigd is geldt.⁶ Dit principe is ongemoeid gelaten in

de DSA.⁷ Verder van belang zijn de artikelen 12 tot en met 15 van de REH, die bepalen onder welke voorwaarden tussenpersonen zijn vrijgesteld van aansprakelijkheid.⁸

De REH is echter alweer dik twintig jaar oud – uit dat oogpunt is het volgens Tollerton nog best bijzonder dat de REH zijn werk zolang heeft gedaan. In de afgelopen twee decennia zijn er allerlei soorten tussenpersonen opgekomen (denk aan sociale media en online marktplaatsen).⁹ Wereldwijd is er daarmee een discussie op gang gekomen over de aansprakelijkheid van online platformen. Hoewel het beperken van de aansprakelijkheid van tussenpersonen het internet heeft helpen floreren, is het geluid dat platformen schadelijke en illegale inhoud actief tegen dienen te gaan steeds luider geworden. De voorgaande twee ontwikkelingen hebben er bovendien toe geleid dat lidstaten zelf actie zijn gaan ondernemen.¹⁰ Het vrije verkeer in de informatiemaatschappij is bepaald niet gebaat bij de verschillen tussen lidstaten die daardoor ontstaan.

* M.P. Schreurs is masterstudent Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG, Brussel, 15.12.2020 COM(2020) 825 final; 2020/0361 (COD). Hierna aangeduid als “Digital Services Act” of “DSA”.

2 Zie voor een overzicht van de DSA: M. Geus & F. Sickinghe, ‘De Digital Services Package als beoogd wereldwijd rolmodel (deel I – Digital Services Act)’, *Mediaforum* 2020:1-2, p. 42-50.

3 European Commission, ‘Shaping Europe’s digital future’, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en>>. Een aantal wetsvoorstellen maken – naast de DSA – onderdeel uit van deze strategie: de Digital Markets Act, de Digital Governance Act en de Artificial Intelligence Act.

4 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEU* 2000, L 178). Hierna aangeduid als “Richtlijn elektronische handel” of “REH”.

5 Het Hof van Justitie heeft bepaald dat Uber geen dienst van de informatiemaatschappij is, nu haar app moet worden beschouwd als een integrerend

deel van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst. Voor Airbnb ligt dit volgens het Hof van Justitie anders: haar bemiddelingsdienst kan niet als zodanig worden beschouwd. Zie HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:981 (*Uber Spain*); HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1112 (*Airbnb*).

6 Artikel 3 REH.

7 Op deze keuze van de Europese Commissie om Very Large Online Platforms in de DSA niet uit te zonderen van het land-van-oorsprong-beginsel is enige kritiek gekomen. Zie bijv.: D. Holzner, ‘Ireland cannot do it alone’, *Verfassungsblog*, 27 april 2021, <<https://verfassungsblog.de/dsa-ireland/>>.

8 Zie voor toepassing in jurisprudentie o.a. HvJ EU 23 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google France/Louis Vuitton*); HvJ EU 12 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal/eBay*); HvJ EU 22 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:503 (*Peterson/YouTube & Elsevier/Cyando*).

9 J.V.J. van Hoboken e.a., *Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online: An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online services landscape*, European Commission (Digital Single Market), 2018.

10 Zie bijv. in Duitsland: Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), <<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>>.

Reden genoeg voor de Europese Commissie om de regulering van online tussenpersonen te harmoniseren in de DSA, die uit vier delen bestaat. Hoofdstuk I bevat een aantal algemene bepalingen, waaronder de doelstellingen van het voorstel voor de nieuwe Verordening, waarin de bescherming van grondrechten expliciet aan bod komt.¹¹ In Hoofdstuk II is het vrijwaringsregime uit de REH grotendeels gehandhaafd.¹² De meest in het oog springende toevoeging is artikel 6, dat bepaalt dat tussenpersonen die op vrijwillige basis op zoek gaan naar illegale inhoud om te verwijderen niet uitgesloten zijn van een beroep op een vrijstelling van aansprakelijkheid.¹³ Hoofdstuk III is helemaal nieuw en bevat verschillende *due diligence*-verplichtingen voor aanbieders van tussenhandelsdiensten. De DSA maakt daarbij gebruik van een gelaagde structuur, waarbij *Very Large Online Platforms* (zogenaamde VLOPs) met zwaardere verplichtingen te maken krijgen dan gewone tussenpersonen.¹⁴ Hoofdstuk IV bevat een geheel nieuw regime over toezicht en handhaving.¹⁵

Tot slot staat Tollerton nog even stil bij de reikwijdte van de DSA. Cruciaal in deze verordening is het begrip 'illegale inhoud'. Het gaat daarbij zowel om informatie die zelf niet in overeenstemming is met het (Europees of nationaal) recht als om activiteiten die het recht schenden. Er kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de rechtszekerheid omtrent dit begrip – en de Europese Commissie houdt daarmee het probleem van schadelijke of ongewenste inhoud buiten de DSA.¹⁶ Ook de verhouding tot andere reguleringsinitiatieven die toezien op 'illegale inhoud', zoals de Richtlijn audiovisuele mediadiensten en de voorgestelde Verordening ter voorkoming van de verspreiding van de terroristische online-inhoud, is voer voor discussie.¹⁷ En wat te denken van *te actieve* platformen, die geen beroep kunnen doen op een vrijstelling van aansprakelijkheid – dienen zij wel aan de overige verplichtingen in de DSA te voldoen?¹⁸ Tollerton besluit met de opmerking dat er nog veel vragen openstaan en enige verduidelijking niet overbodig is.

Irvette Tempelman – De DSA vanuit het oogpunt van het bedrijfsleven

De presentatie van Irvette Tempelman, beleidssecretaris bij VNO-NCW/MKB-Nederland, gaat in op de relevante aspecten van de DSA voor het bedrijfsleven, waarbij ze in het bijzonder aandacht besteedt aan de gevolgen voor het midden- en kleinbedrijf en de belangrijkste verbeterpunten voor deze sector.

Niet geheel verrassend heeft Tempelman positieve woorden over voor de gedifferentieerde en proportionele aanpak in de DSA. Deze aanpak komt onder meer tot uiting in de uitzonderingen die in de DSA zijn opgenomen voor het micro- en kleinbedrijf.¹⁹ Hoewel de reikwijdte van de uitzonderingen wellicht wat beperkt is (maximaal vijftig werknemers), zorgen

deze uitzonderingen ervoor dat de lasten voor nieuwe marktdeelnemers enigszins beperkt blijven en dragen ze daarmee bij aan een gelijk speelveld. Tempelman vraagt wel enige verduidelijking omtrent de *uitzondering op de uitzondering*. Het kleinbedrijf dat minder dan vijftig werknemers heeft, maar wel het bereik van een VLOP heeft (45 miljoen actieve gebruikers of meer) komt namelijk geen beroep op uitsluiting van verschillende verplichtingen toe. Hoewel die bepaling gesteund wordt, verduidelijkt de DSA niet wat een 'actieve gebruiker is': richtlijnen en een differentiatie naar type dienst – waarbij bijvoorbeeld rekening gehouden wordt met de aard van de dienst en de wijze van interactie op de dienst – zijn voor het bedrijfsleven dus meer dan welkom vanuit het oogpunt van rechtszekerheid.

Ook op het gebied van de bestrijding van illegale inhoud ziet Tempelman pluspunten. Een uitbreiding van de reikwijdte van de DSA naar 'schadelijke inhoud' acht zij onnodig. Daar ziet ze vooral een rol weggelegd voor nieuwsvoorziening door onafhankelijke media en het beter informeren van gebruikers. Dat het begrip 'illegale inhoud' niet alleen uitingen betreft, maar ook goederen, vindt zij positief – maar dit mag wat betreft wel nadrukkelijker tot uiting komen in de overwegingen voorafgaand aan de DSA.²⁰ Enige verduidelijking is ook op andere gebieden gewenst. De vraag is bijvoorbeeld hoe de DSA ervoor kan zorgen dat de wettelijke vertegenwoordiger, die dienstverleners die niet in een lidstaat gevestigd zijn moeten aanstellen, geen papieren tijger wordt.²¹ Welke procedure volgt er als een bedrijf bijvoorbeeld weigert om zo'n vertegenwoordiger aan te stellen?

Tempelman sluit af met een korte bespreking van het handhavings- en toezichtsregime in de DSA. Iedere lidstaat dient een eigen nationale coördinator voor digitale diensten aan te wijzen, die verenigd worden in een op te richten Europese raad voor digitale diensten. Dat kan een bestaande toezichthouder zijn (denk aan de Autoriteit Consument en Markt) of een nieuw op te richten entiteit. Daadwerkelijke coördinatie is daarbij cruciaal. Ook het DMA- en AI-voorstel introduceren immers nieuwe toezichthouders, terwijl er toch al geen gebrek is aan toezicht op nationaal niveau. Een goede afbakening van het toezichtsgebied van de verschillende toezichthouders en onderlinge samenwerking tussen de verschillende entiteiten, zowel op nationaal als Europees niveau, is onontbeerlijk.

Raphaël Gellert – Procedurele mechanismen in de DSA

De laatste presentatie kwam van Raphaël Gellert, universiteit docent ICT en privaatrecht aan de Radboud Universiteit en medeauteur van een recent rapport over de verantwoordelijkheden van online tussenpersonen in het bestrijden van illegale

11 Artikel 1(2)(b) DSA.

12 De DSA neemt bepaalde artikelen uit de REH over en wijzigt enkele bepalingen. De DSA is bedoeld als aanvulling op de REH. Sommige bepalingen uit de REH, zoals artikel 3 over het land-van-herkomst-beginsel blijven dus onverminderd van kracht. Zie: 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, afl. 1/2, p. 28.

13 Artikel 6 DSA. Ook artikel 5(3) DSA is overigens nieuw ten opzichte van het regime in de REH.

14 Artikel 25-33 DSA.

15 Het is vooralsnog onbekend wie in Nederland als zodanig aangewezen wordt. Zie voor een kort overzicht van dit regime: H. Janssen & B. Wagner, 'A first impression of regulatory powers in the Digital Services Act', *Verfassungsblog*, 4 januari 2021, <<https://verfassungsblog.de/regulatory-powers-dsa/>>.

16 Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de veelbesproken problematiek van desinformatie. Zie: J.V.J. van Hoboken e.a., *Het juridisch kader voor de ver-*

spreiding van desinformatie via internetdiensten en de regulering van politieke advertenties (rapport voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken), IViR, Amsterdam, december 2019.

17 Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (*PbEU* 2010, L 95); Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad ter voorkoming van de verspreiding van terroristische online-inhoud, Brussel, 12.9.2018, COM(2018) 640 final, 2018/0331(COD).

18 Op de handhaving van het criterium van passiviteit of neutraliteit is al enige kritiek gekomen. Zie bijv.: M. Buiten, 'The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation', working paper, juni 2021, beschikbaar via SSRN: <<https://www.ssrn.com/abstract=3876328>>.

19 Artikel 13(2) en 16 DSA.

20 Zie overweging 12.

21 Artikel 11 DSA.

inhoud.²² Gellert's presentatie gaat in op een aantal specifieke mechanismen uit het DSA-voorstel. Door het introduceren van deze mechanismen harmoniseert de DSA de bestrijding van illegale inhoud en voorkomt het dat lidstaten en tussenpersonen verschillende procedures hanteren. De verplichting om een *notice-and-action*-mechanisme in te stellen geldt voor alle hostingdiensten; het aanwijzen van betrouwbare *flaggers* en het mogelijk maken van buitenrechtelijke geschillenbeslechting geldt alleen voor online platformen.²³

Gellert gaat allereerst uitgebreid in op het *notice-and-action*-mechanisme, dat verplichtingen oplegt aan zowel hostingdienst als gebruiker. De hostingdienst dient een gemakkelijk toegankelijke en gebruikersvriendelijke procedure op te zetten.²⁴ De hostingdienst zal de gebruiker onder meer op de hoogte moeten stellen van het besluit dat hij neemt.²⁵ De gebruiker dient ook aan de nodige voorwaarden te voldoen en moet onder meer aangeven waarom de informatie illegaal is.²⁶ De DSA veronderstelt dat een melding die aan alle voorwaarden voldoet daadwerkelijk leidt tot kennis of bekendheid met de informatie aan de zijde van de hostingdienst. Dat neemt niet weg dat een hostingdienst *alle* berichten dient te verwerken; berichten die niet compleet zijn leiden alleen niet automatisch tot kennis of bekendheid bij de dienst.²⁷

Het aanwijzen van betrouwbare *flaggers*, dat ter versterking van het *notice-and-action*-mechanisme dient, is een volgend nieuw procedureel mechanisme in de DSA.²⁸ Meldingen van deze entiteiten dienen prioritair en onmiddellijk te worden afgehandeld. Gellert stipt aan dat de DSA maar een beperkt aantal vraagstukken rond dit onderwerp regelt. Zo stelt de DSA specifieke voorwaarden aan de vraag wie aangemerkt kan worden als betrouwbare *flagger*. Deze aan te wijzen entiteit dient onder meer expertise te hebben in het opsporen van illegale inhoud.²⁹ Daarnaast kent de DSA een regeling voor het geval de 'betrouwbare' *flagger* misbruik van macht maakt. De coördinator voor digitale diensten kan diens status dan intrekken. De entiteit dient dan de kans te krijgen om hierop te reageren, maar wat hier precies mee wordt bedoeld (betreft het een beroepsmogelijkheid?) is onduidelijk. Ook naar de precieze rol van de Commissie, die onlineplatforms kan "bijstaan", is het gissen.³⁰ Dagvoorzitter Geus wijst erop dat het de vraag is hoeveel animo er is om *flagger* te worden. Bovendien bestaat er het risico dat deze entiteiten bekijken waar ze de meeste kans maken om gecertificeerd te worden ("forumshopping"), nu lidstaten vermoedelijk op verschillende wijze invulling geven aan de certificatieprocedure. Hoewel het DSA-voorstel de bestrijding van illegale inhoud probeert te harmoniseren, dreigt het dus ook weer tot verschillen tussen lidstaten te leiden.

Tot slot bespreekt Gellert de buitengerechtelijke geschillenbeslechting. De bedoeling van dit mechanisme is om een spoedig beroep tegen een beslissing gemaakt door een onlineplatform (verwijdering, uitschakeling of schorsing) mogelijk te maken. Wederom regelt de DSA slechts twee van de vraagstukken rond dit mechanisme. De coördinator voor digitale diensten bepaalt of een orgaan gecertificeerd wordt, waarbij hij onder meer bekijkt of het orgaan onafhankelijk is en de benodigde expertise heeft.³¹ De DSA regelt verder dat de kosten van de geschillenbeslechting voor de rekening van het platform

komen indien de beslissing in het voordeel van de gebruiker uitvalt.³² Het platform dient dan alle vergoedingen en andere redelijke uitgaven van de gebruiker te vergoeden, hoewel advocatenkosten – vermoedelijk tot teleurstelling van sommige aanwezigen – hier volgens Gellert niet onder vallen.

Discussie

In de discussie na afloop van de drie presentaties komen er nog tal van interessante vragen uit het publiek aan bod. Zo brengen de artikelen 8 en 9 DSA, die betrekking hebben op bevelen van autoriteiten aan tussenpersonen om op te treden tegen "illegale" informatie of informatie te verstrekken en die daaraan een grensoverschrijdend karakter geven, mede in samenhang met overweging 33 van de DSA met zich mee dat het land-van-oorsprong-beginsel niet geldt. De artikelen impliceren dat 27 lidstaten bevelen kunnen richten tot welke aanbieder dan ook, en dat deze aanbieder verplicht is aan deze bevelen te doen zolang aan de formele vereisten van deze artikelen voldaan is en naar nationaal recht sprake is van illegale inhoud. Betekent dat dan dat de Hongaarse autoriteiten op basis van deze bepalingen van een Nederlandse hostingprovider kunnen eisen dat die een website verwijderd vanwege strijd met het Hongaarse verbod op "homo-propaganda"? Tollerton stelt dat artikelen 8 en 9 niet tot het opvolgen van een bevel verplichten, maar slechts tot een reactie daarop. In dat geval blijft evenwel onduidelijk wat de artikelen precies beogen.

Net als we denken dat we alle verschillende typen platformen, verplichtingen en toezichthouders wel gehad hebben, tovert dagvoorzitter Geus ook nog eens een nieuwe subcategorie van tussenpersonen uit de hoge hoed, "de online marktplaats". De marktplaats komt impliciet al aan bod in de DSA, maar heeft nu een afzonderlijk hoofdstuk gekregen in een voorstel voor een compromis voor een gezamenlijk standpunt van de raad van ministers van 16 juni 2021 met eigen toegevoegde verplichtingen. Dat zou mogelijk kunnen leiden tot een extra subcategorie tussenpersonen met bijhorende verplichtingen. Tempelman kan zich vinden in de verduidelijking die ontstaat door de marktplaats expliciet op te nemen, maar een apart hoofdstuk gaat wat ver – dat zou zomaar weer een aanzet voor verdergaande verplichtingen kunnen betekenen.

Het is volgens Tollerton illustratief voor de spanning in de DSA, dat enerzijds harmonisatie nastreeft door het opnemen van generieke bepalingen voor tussenpersonen in het algemeen en anderzijds op sommige plaatsen op maat gemaakt verplichtingen voor specifieke typen tussenpersonen neerlegt. Echt wenselijk is een hele reeks van nieuwe definities ook niet volgens Geus: voorkomen moet worden dat er weer tien jaar geprocedeerd moet worden over de vraag wie in welk hokje valt, zoals eerder bij de REH gebeurd is. Zo bezien blijkt zelfs de hoofdvraag van de middag – wie bepaalt wat er gezegd en verhandeld mag worden? – niet eenvoudig te beantwoorden.

Slechts één ding lijkt dan ook echt duidelijk na deze studiemiddag: een vervolg op dit eerste webinar over de DSA is bepaald geen overbodige luxe.

22 R. Gellert & P. Wolters, *The revision of the European framework for the liability and responsibilities of hosting service providers: Towards a better limitation of the dissemination of illegal content*, Nijmegen, 7 april 2021, rijksoverheid.nl.

23 Artikel 14, 18 en 19 DSA.

24 Zie voor de onderliggende problematiek: J.V.J. van Hoboken e.a., WODC-onderzoek: *voorziening voor verzoeken tot snelle verwijdering van onrechtmatige online content*, IViR, Amsterdam, 1 september 2020, ivir.nl.

25 Artikel 14(5) DSA.

26 Artikel 14(2) DSA.

27 Artikel 14(6) DSA.

28 Artikel 19 DSA.

29 Artikel 19(2) DSA.

30 Artikel 19(7) DSA.

31 Zie voor alle voorwaarden artikel 18(2) DSA.

32 Artikel 18(3) DSA. Een gebruiker hoeft overigens niets terug te betalen wanneer de beslissing in het voordeel van het platform uitvalt.