

Consultatie wetsvoorstel invoering DSA

Atrium | Parnassusweg 737
NL-1077 DG Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Op 14 juli 2023 is het wetsvoorstel Uitvoeringswet digitaledienstenverordening (hierna: het Wetsvoorstel) in consultatie gegaan. Wij hebben met belangstelling hiervan kennisgenomen en maken van de gelegenheid gebruik om enige opmerkingen te plaatsen bij het Wetsvoorstel.

1. Het begrip 'hostingdienst'

In paragraaf 2.3.3 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel staat vermeld dat "*Hostingdiensten bestaan uit de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, op diens verzoek (artikel 3, onderdeel g, onder iii, van de verordening). Hieronder vallen [...] meer in zijn algemeenheid diensten die het online opslaan en delen van informatie mogelijk maken (zie overweging 29 bij de verordening).*"

De vraag is hoe de definitie van hostingdienst zich verhoudt tot de kwalificatie van hostingdiensten, of meer algemeen aanbieders van tussenhandeldiensten, in het kader van de voorwaardelijke vrijstellingen van aansprakelijkheid (artikelen 4, 5 en 6 van de verordening). Zoals weergegeven in de Memorie van Toelichting (hoofdstuk 3) kwalificeren voor de aansprakelijkheidsvrijstelling enkel aanbieders van tussenhandeldiensten die geen actieve rol hebben ten aanzien van de informatie van zijn gebruikers die zij opslaan of doorgeven en aanbieders die niet daadwerkelijk kennis hebben van de illegale activiteiten of illegale inhoud.

Niet geheel duidelijk is of deze kwalificatie van tussenhandeldiensten, in het kader van de voorwaardelijke vrijstellingen van aansprakelijkheid, ook van belang is bij de definitie van hostingdienst (en andere categorieën van aanbieders van tussenhandeldiensten zoals online platforms) in het kader van de zorgvuldigheidsverplichtingen. Wij gaan er vanuit dat de zorgvuldigheidsverplichtingen gelden voor alle aanbieders van tussenhandeldiensten, zowel als sprake is van actieve dan wel een niet actieve rol. Een vraag daarbij is of de omstandigheid dat een online dienstverlener een zekere invloed of controle uitoefent over de informatie die hij opslaat en/of verspreidt (bijvoorbeeld doordat de dienstverlener de aan hem verstrekte informatie herschrijft) ertoe zou leiden dat de opslag en/of verspreiding niet meer plaatsvindt "op verzoek van een afnemer van de dienst" en de dienstverlener als gevolg daarvan niet langer kwalificeert als hostingdienst (en onlineplatform) in het kader van de zorgvuldigheidsverplichtingen. Een verduidelijking op dit punt zou wenselijk zijn.

2. Definitie online platform

In paragraaf 2.4.5 van de Memorie van Toelichting staat het volgende vermeld: "*Van een online platform is blijkens de definitie van artikel 3 van de verordening geen sprake als het verspreiden van de informatie onder het publiek slechts een klein of louter bijkomstig kenmerk is van een andere dienst en om objectieve en technische redenen niet kan worden gebruikt zonder die andere dienst. In overweging 13 wordt als mogelijk voorbeeld genoemd het deel van een online krant dat bestemd is voor reacties, waarbij het duidelijk is dat dit bijkomstig is bij de hoofddienst die bestaat uit de publicatie van nieuws onder de redactionele verantwoordelijkheid van een uitgever.*" Gezien de wat ongespecificeerde

definitie uit de verordening, zou het wenselijk zijn als meerdere praktijkvoorbeelden worden genoemd die verduidelijken wanneer het verspreiden van de informatie onder het publiek "slechts een klein of louter bijkomstig kenmerk is van een andere dienst en om objectieve en technische redenen niet kan worden gebruikt zonder die andere dienst". Immers, een beperkte uitleg (van het criterium 'klein of louter bijkomstig kenmerk') kan er toe leiden dat een aanzienlijk hoeveelheid bedrijven onder deze categorie zou vallen (voor althans een deel van hun dienstenaanbod).

3. Betrouwbare Flaggers en Erkende Onderzoekers

De digitaaldienstencoördinator (ACM) kan de status Betrouwbare Flagger toekennen aan bepaalde instanties die handelen binnen een aangewezen expertisegebied en die waardevolle ervaring hebben om meldingen te kunnen doen betreffende illegale inhoud in het kader van de kennisgevings- en actiemechanismen uit artikel 16 verordening. Daarbij krijgen deze organisaties voorrang bij de behandeling van hun klachten. Het wetsvoorstel (en Memorie van Toelichting) bevat geen informatie of procedure regels omtrent het toekenningsproces, de aanvraagprocedure en de omvang van de functie van Betrouwbare Flagger. Ook is er geen duidelijkheid verschaft omtrent de beoogde hoeveelheid entiteiten die deze status aangewezen krijgen. Hetzelfde geldt voor de status Erkende Onderzoekers.

Graag verzoeken wij om meer duidelijkheid te bieden, onder meer omtrent de procedure.

4. Territoriaal toepassingsgebied maatregelen toezichthouders

Het Wetsvoorstel en Memorie van Toelichting biedt een regeling omtrent toezicht en handhaving van de DSA door de nationale toezichthouders ACM en AP.

Zo wordt, onder andere in paragraaf 3.4.2.3, uitgebreid stilgestaan bij de mogelijkheden die de ACM en AP zullen krijgen binnen het bestuursrecht, om uitvoering te geven aan de DSA binnen Nederland en om toezicht uit te voeren, onder meer door het inzetten van onderzoeksbevoegdheden zoals een vordering tot inlichtingen (artikel 5:16 van de Awb) of een vordering tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 van de Awb). Er wordt echter slechts beperkt aandacht besteed aan het territoriale toepassingsgebied van dergelijke onderzoeksmaatregelen (of stakingsbevelen) in geval er een internationale component is.

De Memorie van Toelichting vermeldt enkel op pagina 22:

"Op grond van artikel 9, tweede lid, onderdeel b, van de verordening moet het territoriale toepassingsgebied van het bevel beperkt zijn tot wat strikt noodzakelijk is om de doelstelling ervan te verzekeren. Dit moet blijkens deze bepaling gebeuren op basis van de toepasselijke regels van het Unierecht en het nationale recht, met inbegrip van het Handvest, en de algemene beginselen van internationaal recht. Blijkens overweging 36 bij de verordening moeten in een grensoverschrijdende situatie de gevolgen van het bevel in principe beperkt blijven tot het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat, tenzij de illegaliteit van de inhoud rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht of indien de uitvaardigende autoriteit van mening is dat de betrokken rechten een ruimere territoriale reikwijdte behoeven, overeenkomstig het Unierecht en het internationale recht, rekening houdend met de internationale hoffelijkheid. Deze overweging sluit aan bij de jurisprudentie van het HvJ EU, waarin het Hof bepaalde dat de

*richtlijn elektronische handel er niet aan in de weg staat dat rechterlijke bevelen wereldwijd gevolgen sorteren, binnen de grenzen van het relevante internationale recht."*¹

Betekent dit dat de ACM en AP op basis van het bestuursrecht, handhavende (onderzoeks)maatregelen kunnen treffen, waaronder het vorderen van inlichting versterkt met een last onder dwangsom, tegen een hosting provider van een website waarop illegale inhoud staat, waarbij de hosting provider is gevestigd in een land buiten de EU? Een nadere toelichting op deze grensoverschrijdende situatie, ingaande op de (internationale) rechtsgrondslagen voor het nemen van dergelijke bestuursrechtelijke (dwang)maatregelen in het kader van een onderzoek tegen buitenlandse (buiten EU gevestigde) tussenpersonen, zou verhelderend zijn.

Rogier de Vrey & Fauve Jansen (CMS)

¹ Met als voetnoot: HvJ EU 3 oktober 2019, zaak C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (Glawischnig-Piesczek), r.o. 50-52.