

# De vlucht naar voren in de Digital Services Act

Pieter Wolters\*

De voorgestelde Digital Services Act herzielt het juridische kader voor de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden van onlineplatforms. Het voorstel neemt de vlucht naar voren met gedetailleerde regels en nieuwe verplichtingen. De uitgangspunten van het bestaande recht blijven echter onveranderd gelden. De Digital Services Act leidt hierdoor niet tot een fundamentele herziening van het juridische kader.

## 1 Inleiding

Op 15 december 2020 presenteerde de Europese Commissie haar voorstel voor de 'Digital Services Act' (hierna: 'DSA-voorstel').<sup>1</sup> Dit voorstel herzielt het juridische kader voor de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden van 'onlineplatforms' en andere (online) 'tussenhandelsdiensten'. Deze herziening is hoognodig. De kern van het bestaande kader wordt gevormd door de 'Richtlijn elektronische handel' uit 2000.<sup>2</sup> De (digitale) maatschappij is sindsdien echter sterk veranderd, in het bijzonder door de opkomst van onlineplatforms. Dit heeft ertoe geleid dat het minimalistische kader van de Richtlijn elektronische handel geen recht meer doet aan de verschillende betrokken belangen (§ 3.2). Het DSA-voorstel is een poging om deze belangen beter in balans te brengen.<sup>3</sup> De precieze manier waarop dit dient te gebeuren, blijft echter een punt van discussie. Op het moment van het afronden van deze bijdrage (15

februari 2022) hebben de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement verschillende amendementen voorgesteld.

**Het minimalistische kader van de Richtlijn elektronische handel doet geen recht meer aan de verschillende betrokken belangen. Het DSA-voorstel is een poging om deze belangen beter in balans te brengen**

In deze bijdrage geef ik, hiertoe uitgenodigd door de redactie, een overzicht van de achtergrond en belangrijkste regels van het DSA-voorstel. Ik ga hierbij ook in op de voorgestelde amendementen van de Raad en het Europees Parlement.

\* Mr. P.T.J. Wolters is universitair hoofddocent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

1 Europese Commissie, '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', COM(2020)825 final.

2 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 (*PbEG* 2000, L 178/1). Zie voor een overzicht van de andere relevante regels R.M. Gellert & P.T.J. 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* (Rapport voor het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), 2021, p. 34-51.

3 Overweging 41 Richtlijn elektronische handel en DSA-voorstel, p. 1-4, 8-9 en 14 en overwegingen 34 en 105. Zie § 3 over de achtergrond van het voorstel.

Deze bijdrage streeft echter niet naar een volledig en gedetailleerd overzicht van de relevante regels en amendementen. Zij is als volgt opgebouwd. Ik start met een korte beschrijving van de stand van zaken in het Europese wetgevingsproces (§ 2). Hierna volgt een nadere beschrijving van de achtergrond van en uitdagingen bij de herziening (§ 3). Ik richt mij vervolgens op de manier waarop het DSA-voorstel hiermee omgaat. Ik betoog dat het voorstel een vlucht naar voren is. Het introduceert een gelaagde structuur (§ 4) met gedetailleerdere geharmoniseerde regels. Deze regels zouden moeten leiden tot een betere beperking van de verspreiding van illegale inhoud (§ 5), waarborging van fundamentele rechten (§ 6) en handhaving (§ 7). Tegelijkertijd zijn deze nieuwe regels sterk geënt op het bestaande kader. De belangrijkste uitgangspunten van de Richtlijn elektronische handel blijven onveranderd bestaan.<sup>4</sup> Ik concludeer dan ook dat het DSA-voorstel een belangrijke stap vooruit is, maar tegelijkertijd niet leidt tot een fundamentele herziening van het juridische kader voor de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden van tussenhandelsdiensten (§ 8). In dit artikel gebruik ik steeds het begrippenkader van artikel 2 DSA-voorstel. De belangrijkste termen komen verspreid over dit artikel aan bod.

**Gedetailleerdere geharmoniseerde regels zouden moeten leiden tot een betere beperking van de verspreiding van illegale inhoud, waarborging van fundamentele rechten en handhaving. Tegelijkertijd zijn deze nieuwe regels sterk geënt op het bestaande kader**

## 2 Stand van wetgevingsproces

Het wetgevingsproces met betrekking tot het DSA-voorstel is in volle gang. De Raad van de Europese Unie heeft zijn 'Algemene oriëntatie' vastgesteld op 25 november 2021.<sup>5</sup> Hij is overwegend positief over de opzet van het voorstel.<sup>6</sup> Dit neemt

echter niet weg dat hij in de Algemene oriëntatie een grote hoeveelheid aanpassingen voorstelt, in het bijzonder met betrekking tot het toepassingsgebied, de verplichtingen voor onlinemarktplaatsen en de handhaving.<sup>7</sup>

Daarnaast heeft het Europees Parlement op 20 januari 2022 amendementen aangenomen (hierna: 'Amendementen Europees Parlement').<sup>8</sup> Het valt hierbij op dat het Europees Parlement vooral de nadruk legt op de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en andere fundamentele rechten. Dit leidt tot nieuwe en gedetailleerdere waarborgen,<sup>9</sup> maar ook tot nieuwe verplichtingen zoals toegankelijkheidsvereisten en een verbod om 'dark patterns' te gebruiken.<sup>10</sup>

De onderhandelingen over de definitieve tekst tussen de verschillende Europese instituties zijn op 31 januari 2022 begonnen. Deze bijdrage neemt het voorstel van de Europese Commissie als uitgangspunt. Voor zover de Algemene oriëntatie en de Amendementen Europees Parlement op relevante punten significant<sup>11</sup> afwijken van het DSA-voorstel, benoem ik dit.

## 3 De achtergrond van het DSA-voorstel

### 3.1 De aansprakelijkheid van tussenhandelsdiensten

Het internet faciliteert wereldwijde communicatie en razendsnelle uitwisseling van informatie. Het speelt hierdoor een belangrijke rol bij de uitoefening van de fundamentele rechten op vrijheid van meningsuiting en informatie, maar ook bij de ontwikkeling van allerlei economische activiteiten. Het heeft onze maatschappij in een relatief korte periode sterk beïnvloed en invloed gekregen op bijna alle aspecten van ons dagelijkse leven.<sup>12</sup>

De mogelijkheden van het internet kunnen ook worden gebruikt voor misdrijven of onrechtmatige daden zoals smaad, oplichting, de verspreiding van kinderporno of terroristische inhoud en inbreuken op een auteursrecht. Het is in deze gevallen niet altijd mogelijk om de dader verantwoordelijk te houden voor deze 'illegale inhoud', onder andere omdat deze dader zich in het buitenland bevindt of zijn werkelijke identiteit onbekend is.

4 Zie hierover ook DSA-voorstel, p. 1-2 en 8, overweging 16; Europese Commissie, 'Impact assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC. PART 1/2', SWD(2020) 348 final, box 1 (hierna: 'Impact assessment'); Europees Parlement, 'Wet inzake digitale diensten: de werking van de eengemaakte markt verbeteren' (resolutie), P9\_TA(2020)0272, nr. 2 en 6; A. de Streeel e.a., *Online Platforms' Moderation of Illegal Content Online. Law, Practices and Options for Reform* (Studie voor het Europees Parlement, PE 652.718), 2020, p. 11 en 57-58.

5 Council of the European Union, 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC – General approach', 13203/21; [www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/11/25/what-is-illegal-offline-should-be-illegal-online-council-agrees-on-position-on-the-digital-services-act/](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/11/25/what-is-illegal-offline-should-be-illegal-online-council-agrees-on-position-on-the-digital-services-act/) (laatst bezocht 11 januari 2021).

6 Algemene oriëntatie, nr. 8 en 11.

7 Algemene oriëntatie, nr. 10.

8 Europees Parlement, 'Amendementen van het Europees Parlement aangenomen op 20 januari 2022 op het 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', P9\_TA(2022)0014. Ik verwijs steeds naar de artikelen volgens de amendementen.

9 Vergelijk bijvoorbeeld art. 6 lid 1 bis en art. 7 lid 1 bis en 1 quater Amendementen Europees Parlement.

10 Art. 13 bis en art. 19 bis Amendementen Europees Parlement.

11 Ik ga bijvoorbeeld niet in op toegevoegde details en verduidelijkingen die de kern van de bepalingen niet veranderen.

12 Zie over de ontwikkeling van het internet ook, met een focus op zoekmachines, P.T.J. Wolters, 'Zoekmachines, digitalisering en de rol van het Nederlandse privaatrecht', in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering* (Serie Onderneming en Recht 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 31-36.

13 Zie uitgebreider met verwijzingen naar verdere literatuur Gellert & Wolters 2021, p. 6-7 en 21-23.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

14 Strikt genomen zijn de bepalingen ingevoerd om door middel van harmonisatie de interne markt voor tussenhandelsdiensten te stimuleren. Overweging 40 Richtlijn elektronische handel. Dit verklaart echter niet waarom er nu juist voor deze regels is gekozen.

15 Overweging 41 Richtlijn elektronische handel.

16 Zie over de rol van platforms en een beschrijving van het begrip bijvoorbeeld OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, Parijs: OECD Publishing 2019.

17 Het gaat hierbij bijvoorbeeld om foto's (Instagram), video's (YouTube) of advertenties (Marktplaats of Funda).

18 Zie onder andere overweging 42 Richtlijn elektronische handel; C.J. Angelopoulos, *European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: UvA-DARE 2016, p. 46-48; M. Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Accountable but not liable?*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 54-55; S. Kulk, *Internet intermediaries and copyright law. Towards a Future-proof EU Legal Framework* (diss. Utrecht), 2018, p. 112-113; G. Sartor, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future* (analyse voor het Europees Parlement), PE 614.179, 2017, p. 21-29; Wolters 2019, p. 48-49.

Een (potentiële) oplossing is om niet de dader zelf aan te spreken, maar de tussenhandelsdiensten die de verspreiding van de illegale inhoud faciliteren. Het slachtoffer zou bijvoorbeeld de webhostingdienst verantwoordelijk kunnen houden voor de gehoste frauduleuze webshop of de internetprovider kunnen aanspreken op de verspreiding van auteursrechtelijk beschermde werken door klanten van die provider.

De aanvaarding van deze oplossing heeft echter belangrijke nadelen.<sup>13</sup> De aanbieders van de tussenhandelsdiensten zouden allereerst gedwongen zijn om de hierdoor gecreëerde aansprakelijkheidsrisico's door te berekenen in de prijs. Sommige aanbieders zullen zelfs gedwongen worden om te stoppen met hun dienstverlening. Een fundamenteeler bezwaar is echter dat deze aansprakelijkheidsrisico's de aanbieders prikkelen om het gebruik van hun diensten *excessief* te beperken. Zij zouden de met hun diensten verspreide informatie kunnen gaan monitoren en, bij twijfel over de toelaatbaarheid, verwijderen.

Aansprakelijkheid voor *illegale* inhoud kan daarom ook leiden tot de verwijdering van *toegestane* inhoud en hierdoor tot een aantasting van de mogelijkheden om het internet te gebruiken voor de uitoefening van de fundamentele rechten van vrijheid van meningsuiting en informatie. Monitoring leidt bovendien tot een aantasting van de privacy van internetgebruikers.

De aansprakelijkheid van tussenhandelsdiensten zou om deze redenen afbreuk doen aan de voordelen van het internet. Zij zou het internet duurder en minder vrij maken. De artikelen 12, 13 en 14 van de Richtlijn elektronische handel en hun implementatie in artikel 6:196c Burgerlijk Wetboek bepalen daarom<sup>14</sup> dat aanbieders van diensten die bestaan uit 'mere conduit', 'caching' en 'hosting' niet aansprakelijk zijn voor eventuele illegale inhoud. Artikel 15 Richtlijn elektronische handel verbiedt de lidstaten bovendien om met betrekking tot deze diensten algemene proactieve monitoringsverplichtingen op te leggen. De Europese Unie maakt

hiermee een duidelijke keuze. Hoewel de Richtlijn elektronische handel een evenwicht tracht te bewerkstelligen tussen de verschillende belangen,<sup>15</sup> prioriteert zij uiteindelijk de vrijheid van meningsuiting en informatie en de financiële belangen van de aanbieders boven de effectieve beperking van de verspreiding van illegale inhoud.

### 3.2 De opkomst van onlineplatforms

De digitale maatschappij is sterk veranderd sinds de invoering van de Richtlijn elektronische handel in 2000. Dit komt in het bijzonder door de opkomst van onlineplatforms: digitale diensten die interacties faciliteren tussen de verschillende ‘afnemers’.<sup>16</sup> Deze onlineplatforms maken het makkelijker om relevante informatie te vinden en te delen.

Onlineplatforms zijn gericht op de verspreiding van door afnemers verstrekte inhoud.<sup>17</sup> In dit opzicht verschillen zij niet van ‘traditionele’ hostingdiensten. Een belangrijk verschil is echter dat onlineplatforms een veel ‘actievere’ en minder ‘neutrale’ rol spelen. Dit vloeit onder andere voort uit de wijze waarop ze zijn ingericht (bijvoorbeeld met regels over wat er op het platform is toegestaan) en de wijze waarop ze de inhoud onder de aandacht brengen (bijvoorbeeld door middel van suggesties op basis van algoritmes). Er is al veel geschreven over de vraag of onlineplatforms ondanks deze actievere rol kunnen profiteren van de vrijstelling van aansprakelijkheid voor hostingdiensten.<sup>18</sup> Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt steeds dat dit wel degelijk mogelijk is. Dit geldt onder andere voor advertentiediensten,<sup>19</sup> onlinemarktplaatsen,<sup>20</sup> sociale media<sup>21</sup> en videoplatforms.<sup>22</sup>

Dit neemt niet weg dat de actievere rol van onlineplatforms het makkelijker maakt om illegale inhoud te verspreiden. Onlineplatforms hebben daarom in de loop van de jaren steeds meer verantwoordelijkheden gekregen. De nieuwe Europese verplichtingen zijn specifiek. Zij gelden slechts voor bepaalde typen diensten en specifieke soorten illegale inhoud.<sup>23</sup> Verschillende lidstaten hebben algemenere verplichtingen opgelegd. De effectiviteit en precieze details verschillen echter per land.<sup>24</sup> Het gaat in veel gevallen bovendien niet om afdwingbare regels, maar om zelfregulering.<sup>25</sup> Er is

hierdoor een complex en gefragmenteerd kader ontstaan dat niet altijd leidt tot een effectieve beperking van de verspreiding van illegale inhoud.

## Het moderatiebeleid van een onlineplatform is in veel gevallen onduidelijk, inconsistent en (grotendeels) geautomatiseerd. Dit leidt tot een situatie waarin een paar private bedrijven en hun algoritmes een grote invloed hebben op wat er online wel en niet is toegestaan

Tegelijkertijd bestaan er ook zorgen dat onlineplatforms juist te veel doen om de verspreiding van bepaalde soorten inhoud tegen te gaan.<sup>26</sup> Zij verbieden in hun algemene voorwaarden niet alleen illegale inhoud, maar ook inhoud die om andere redenen onwenselijk is.<sup>27</sup> Dit maakt de inhoudsmoderatie makkelijker. Het verschil tussen toegestane en illegale inhoud is immers niet altijd makkelijk te maken. De precieze grens verschilt bovendien per land.<sup>28</sup> Door hun eigen *strengere* regels te hanteren, zijn de platforms in staat om in de verschillende landen uniforme en relatief duidelijke regels toe te passen. Hoewel dit in principe is toegestaan,<sup>29</sup> verkleint het de mogelijkheden van afnemers om de onlineplatforms te gebruiken om hun fundamentele rechten van vrijheid van meningsuiting en informatie uit te oefenen. Dit probleem wordt versterkt door de grote rol die onlineplatforms in onze maatschappij spelen. Het moderatiebeleid van een onlineplatform is in veel gevallen bovendien onduidelijk,<sup>30</sup> inconsistent en (grotendeels) geautomatiseerd. Dit leidt tot een situatie waarin een paar private bedrijven en hun algoritmes een grote invloed hebben op wat er online wel en niet is toegestaan.

### 4 Gelaagde structuur

De opkomst van onlineplatforms heeft geleid tot een snellere verspreiding van illegale inhoud, nieuwe uitdagingen bij

- 19 HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08, 237/08 en C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google France / Louis Vuitton Malletier*).
- 20 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*eBay*).
- 21 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnig-Piesczek v Facebook*).
- 22 HvJ EU 22 juni 2021, C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube*).
- 23 Zie voor enkele specifieke Europese regelingen van de verplichting om notificaties te faciliteren bijvoorbeeld Memorandum of understanding on the sale of counterfeit goods via the Internet, nr. 11 ([https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet\\_en](https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_en), laatst bezocht 13 januari 2022); Code of conduct on countering illegal hate speech online (beschikbaar op [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en), laatst bezocht 13 januari 2022); Product Safety Pledge, nr. 4-6 (beschikbaar op [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-pledge\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-pledge_en), laatst bezocht 13 januari 2022); art. 17 lid 4 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (*PbEU* 2019, L 130/92) en Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud (*PbEU* 2021, L 172/79). Zie voor een uitgebreider overzicht van de verschillende verantwoordelijkheden Gellert & Wolters 2021, p. 34-51.
- 24 Zie over (de verschillen tussen) de nationale regels om notificaties te faciliteren Impact assessment, nr. 91-99; T. Verbiest e.a., *Study on the liability of internet intermediaries*, 2007, p. 41-47; A. Kuczerawy, ‘From “Notice and Takedown” to “Notice and Stay Down”: Risks and Safeguards for Freedom of Expression’, in: G. Frosio, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 528-530; Gellert & Wolters 2021, p. 48-50 en 56.
- 25 De verplichting om notificaties te faciliteren is in Nederland bijvoorbeeld opgenomen in de Gedragscode Notice-and-Take-Down 2018. Beschikbaar via <https://noticeandtakedowncode.nl/ntd-code/> (laatst bezocht 7 januari 2022). Zie ook noot 23.
- 26 Zie over deze zorgen uitgebreider overwegingen 56 en 57 DSA-voorstel, Impact assessment, nr. 51-54 en 78-88; Adviesraad Internationale Vraagstukken, *Regulering van online content. Naar een herijking van het Nederlandse internetbeleid* (AIV-advies 113), 2020, p. 11, 41-42; J. van Hoboken e.a.,

WODC-onderzoek: Voorziening voor verzoeken tot snelle verwijdering van onrechtmatige online content. Eindrapportage, Amsterdam: IViR 2020, p. 57 en 79; Kuczerawy 2020, p. 527; De Streeel e.a. 2020, p. 45 en 80-81; Gellert & Wolters 2021, p. 15-17.

- 27 Adviesraad Internationale Vraagstukken 2020, p. 31; Van Hoboken e.a. 2020, p. 52; S. Kulk & T. Sniijders, 'Casestudy Contentmoderatie door online platformen', in: S. Kulk & S. van Deursen, *Juridische aspecten van algoritmen die besluiten nemen. Een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2020, p. 49, 62 en 65; De Streeel e.a. 2020, p. 10, 14, 50, 43 en 61.
- 28 Verbiest e.a. 2007, p. 14-15; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2020, p. 22-23, 30 en 43; Kulk & Sniijders 2020, p. 50; M.L. Montagnani, 'A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy', in: G. Frosio, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 304; De Streeel e.a. 2020, p. 40, 45, 51-52, 56-57 en 61; Gellert & Wolters 2021, p. 21-22, 54-55 en 78-79.
- 29 Het zou bijvoorbeeld onwenselijk zijn als Funda verplicht wordt om advertenties voor auto's te accepteren. Zie over deze vrijheid ook overweging 38 DSA-voorstel; Impact assessment, nr. 51; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2020, p. 31; Van Hoboken e.a. 2020, p. 52 en 54; Kulk & Sniijders 2020, p. 49, 62 en 65; De Streeel e.a. 2020, p. 10, 14, 40, 43 en 61; Gellert & Wolters 2021, p. 22.
- 30 Zie hierover bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI: NL:RBNHO:2021:8539 (*Van Haga / LinkedIn*), waarover uitgebreider P.T.J. Wolters, 'Privaatrechtelijke en consumentenrechtelijke bescherming in het DSA-voorstel', *TvC 2022*, afl. 1, p. 24.
- 31 DSA-voorstel, p. 1-4, 8-9 en 14 en overwegingen 34 en 105.
- 32 Art. 2 sub f DSA-voorstel.
- 33 Zie ook Gellert & Wolters 2021, p. 92.
- 34 Art. 12 en 13 DSA-voorstel; § 6.
- 35 Het is inconsistent dat de definitie ziet op de aanbieder van de beschreven dienst en niet, zoals bij de andere tussenhandelsdiensten, op de dienst zelf. De Algemene oriëntatie laat de definitie daarom op de dienst zelf zien.
- 36 Art. 2 sub h en i DSA-voorstel.
- 37 Overwegingen 13 en 14 DSA-voorstel.
- 38 Het gaat hierbij om ondernemingen met minder dan 50 werknemers en een jaaromzet of jaarlijks balanstotaal van minder dan 10 miljoen euro. Art. 2 Bijlage Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (2003/361/EG), *PbEU* 2003, L 124/36. Deze ondernemingen zijn op grond van art. 13 lid 2 DSA-voorstel ook vrijgesteld van de rapportageverplichtingen van art. 13 lid 1.
- 39 Art. 25 DSA-voorstel.
- 40 Overwegingen 53, 54 en 56 DSA-voorstel.
- 41 Art. 30, 31 en 33 DSA-voorstel.

de online uitoefening van fundamentele rechten en een gefragmenteerd juridisch kader (§ 3.2). Dit beïnvloedt de belangen van de slachtoffers van illegale inhoud en de aanbieders en afnemers van tussenhandelsdiensten. Het DSA-voorstel tracht deze belangen opnieuw met elkaar in balans te brengen.<sup>31</sup>

## Het DSA-voorstel differentieert de verplichtingen op basis van de risico's die uit de verschillende soorten diensten voortvloeien

Het doet dit door gedetailleerdere geharmoniseerde regels te introduceren. Dit geldt echter niet in gelijke mate voor alle soorten tussenhandelsdiensten.<sup>32</sup> Het DSA-voorstel differentieert de verplichtingen op basis van de risico's die uit de verschillende soorten diensten voortvloeien.<sup>33</sup> Hoofdstuk III van het DSA-voorstel bevat hierdoor een gelaagde structuur.

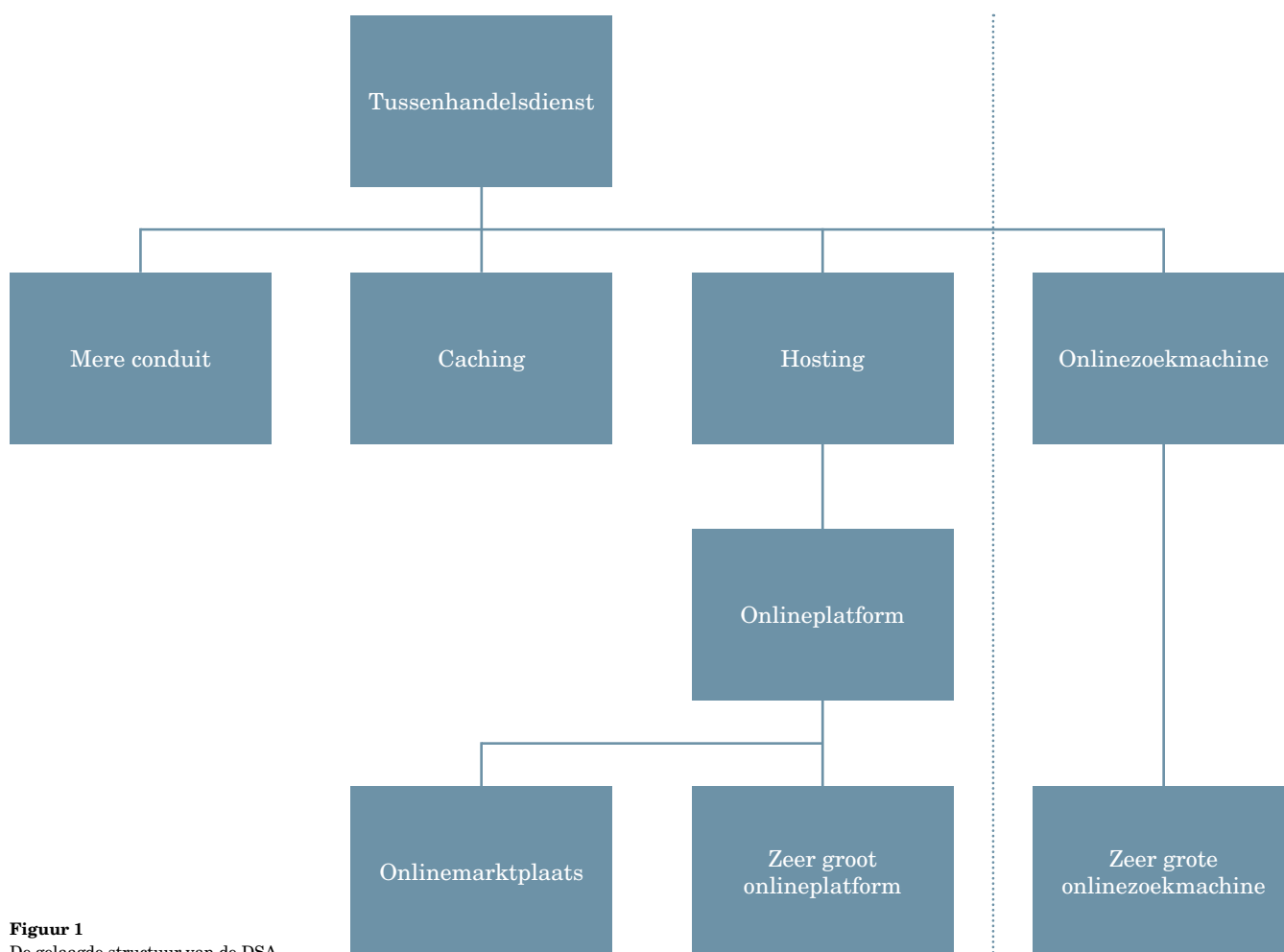
Afdeling 1 bevat enkele nieuwe verplichtingen die van toepassing zijn op alle aanbieders van tussenhandelsdiensten. Zij worden bijvoorbeeld verplicht om transparant te zijn over hun inhoudsmoderatie(beleid).<sup>34</sup> De regels voor 'mere conduit'- en 'caching'-diensten blijven verder grotendeels hetzelfde. Het gaat bij deze tussenhandelsdiensten om de doorgifte en tijdelijke opslag van door de afnemer verstrekte informatie. Het DSA-voorstel bevat geen nieuwe regels die specifiek op deze diensten van toepassing zijn.

Afdeling 2 bevat nieuwe verplichtingen voor de aanbieders van 'hosting'-diensten. Deze tussenhandelsdienst bestaat uit de opslag van een door de afnemer verstrekte informatie. De aanbieders hiervan worden verplicht om notificaties te faciliteren (§ 5) en de verwijdering van inhoud te motiveren (§ 6).

Afdeling 3 formuleert nieuwe verplichtingen voor 'onlineplatforms', een subcategorie van de aanbieders van<sup>35</sup> hostingdiensten. Onlineplatforms slaan de verstrekte informatie niet alleen op, maar 'verspreiden' haar op verzoek van de afnemer ook naar een mogelijk onbeperkt aantal derde partijen.<sup>36</sup> Het gaat hierbij bijvoorbeeld om sociale media en

onlinemarktplaatsen, waarbij informatie gemakkelijk toegankelijk wordt gemaakt zonder dat de afnemer die de informatie verstrekt daar verder iets voor hoeft te doen.<sup>37</sup> Onlineplatforms verschillen hierin van andere hostingdiensten zoals cloudopslag en webhosting. De met deze diensten opgeslagen informatie kan ook verder worden verspreid, maar de afnemer moet hiervoor zelf nadere stappen zetten. Hij moet bijvoorbeeld de toegang tot de opslag of het adres van de website delen. De onlineplatforms hebben zwaardere verplichtingen die zien op zowel de beperking van de verspreiding van illegale inhoud (§ 5) als de waarborging van de fundamentele rechten (§ 6). 'Onlinemarktplaatsen' hebben daarnaast extra verplichtingen met betrekking tot de verstrekking van duidelijke en betrouwbare informatie (§ 5.3). De verplichtingen in afdeling 3 zijn op grond van artikel 16 DSA-voorstel niet van toepassing op micro- en kleine ondernemingen.<sup>38</sup>

Afdeling 4 bevat ten slotte bijkomende verplichtingen voor 'zeer grote onlineplatforms' met meer dan 45 miljoen maandelijks actieve afnemers in de Europese Unie.<sup>39</sup> Grote platforms zoals Facebook, Instagram en LinkedIn zijn van groot belang voor het publieke debat, economische transacties, de verspreiding van informatie, meningen en ideeën en de wijze waarop afnemers informatie online verkrijgen en doorgeven. Dit leidt tot risico's voor de samenleving die qua reikwijdte en impact verschillen van de risico's bij kleinere platforms.<sup>40</sup> De verplichtingen van deze platforms zijn daarom in de eerste plaats *strenger*. Zij hebben bijvoorbeeld te maken met additionele transparantie en rapportageverplichtingen<sup>41</sup> en zijn verplicht om hun naleving van het DSA-voorstel te laten controleren door zowel interne nalevingsfunctionarissen (art. 32 DSA-voorstel) als externe onafhankelijke organisaties (art. 28 DSA-voorstel). Van groter belang is echter dat de nieuwe verplichtingen ook van een *andere* aard zijn. Zij zijn gericht op de door zeer grote onlineplatforms gecreëerde *systemische* risico's. Het gaat hier om risico's met betrekking tot de verspreiding van illegale inhoud (art. 26 lid 1 sub a DSA-voorstel, § 5) en de aantasting van fundamentele rechten zoals de vrijheid van meningsuiting en informatie (sub b, § 6), maar ook om andere



**Figuur 1**  
De gelaagde structuur van de DSA.

risico's door opzettelijke manipulatie van de dienst (sub c). De zeer grote onlineplatforms zijn verplicht om deze risico's te beoordelen (art. 26 DSA-voorstel) en te beperken (art. 27 DSA-voorstel). Artikel 29 DSA-voorstel verplicht de zeer grote onlineplatforms ten slotte om duidelijk te zijn over de gebruikte aanbevelings-systemen. Zij moeten ten minste één optie aanbieden die niet is gebaseerd op profilering.

De Algemene oriëntatie breidt de gelaagde structuur verder uit. Zij bepaalt expliciet<sup>42</sup> dat ook (horizontale) 'onlinezoekmachines' waarmee de afnemers zoekvragen kunnen invoeren om zoekacties uit te voeren op alle websites of alle websites in een bepaalde taal tussenhandelsdiensten zijn.<sup>43</sup> Onlinezoekmachines kunnen in de Algemene oriëntatie onder dezelfde voorwaarden als caching-diensten profiteren van vrijstelling van aansprakelijkheid.

'Zeer grote onlinezoekmachines' met meer dan 45 miljoen maandelijks actieve afnemers krijgen op grond van artikel

33a Algemene oriëntatie ook te maken met de verplichtingen voor zeer grote onlineplatforms. Zij worden echter niet gebonden door de andere verplichtingen voor aanbieders van hostingdiensten en onlineplatforms in de afdelingen 2 en 3. Dit leidt tot het opmerkelijke resultaat dat zeer grote onlinezoekmachines wel maatregelen moeten nemen tegen systemische risico's, maar geen expliciete verplichting hebben om individuele websites met illegale inhoud uit de lijst van zoekresultaten te halen of onterechte verwijderingen ongedaan te maken. Zij hoeven, anders dan de aanbieders van hostingdiensten, zelfs niet op te treden als zij daadwerkelijke kennis hebben van de illegale inhoud in de door hen gepresenteerde zoekresultaten.<sup>44</sup>

Figuur 1 geeft een overzicht van de gelaagde structuur van de DSA onder het DSA-voorstel en, rechts van de stippellijn, de toevoegingen van de Algemene oriëntatie. Uit deze paragraaf blijkt dat de meeste nieuwe regels gelden voor de aanbieders van hostingdiensten, en

<sup>42</sup> Zie over de toepassing van de vrijstelling van aansprakelijkheid onder het bestaande recht onder andere L. Edwards, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, WIPO 2011, p. 13-14; J.V.J. van Hoboken, *Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: UvA-DARE 2012, p. 227-230, 236-240 en 328-329; Angelopoulos 2016, p. 46; Wolters 2019, p. 48-49. In deze literatuur worden de onlinezoekmachines vooral vergeleken met hostingdiensten.

<sup>43</sup> Art. 2 sub f Algemene oriëntatie.

<sup>44</sup> Vergelijk § 5. Een dergelijke verplichting kan met betrekking tot de afnemer van de zoekmachinedienst wel worden gebaseerd op de *contractuele verplichtingen* van Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (*PbEU* 2019, L 136/1), te implementeren door middel van *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 2. Zie over deze kwesties ook Wolters 2019, p. 40 en 51.

dan met name voor onlineplatforms. In het vervolg van dit artikel beperk ik mij daarom hoofdzakelijk tot deze diensten.

## Het DSA-voorstel bevat nieuwe verplichtingen om de verspreiding van ‘illegale inhoud’ te beperken. ‘Illegale inhoud’ ziet op alle informatie die om wat voor reden dan ook in strijd is met Europees of nationaal recht

### 5 Beperking van de verspreiding van illegale inhoud

Het DSA-voorstel bevat nieuwe verplichtingen om de verspreiding van ‘illegale inhoud’ te beperken. De belangrijkste uitgangspunten van de Richtlijn elektronische handel blijven echter bestaan. De aanbieders van tussenhandelsdiensten zijn ook onder het DSA-voorstel niet aansprakelijk voor illegale inhoud of verantwoordelijk voor de opsporing daarvan (§ 5.1). Zij worden echter wel verplicht om de melding van illegale inhoud te faciliteren (§ 5.2) en om te zorgen voor duidelijke en betrouwbare informatie (§ 5.3).

‘Illegale inhoud’ ziet op grond van artikel 2 sub g DSA-voorstel op alle informatie die om wat voor reden dan ook in strijd is met Europees of nationaal recht. Het kan dus gaan strafbare inhoud zoals kinderporno, maar ook om onrechtmatige inbreuken op een auteursrecht of oneerlijke handelspraktijken. Deze regels zijn slechts gedeeltelijk geharmoniseerd. De toelaatbaarheid van bepaalde inhoud kan dus ook onder het DSA-voorstel per land verschillen.<sup>45</sup>

#### 5.1 De uitgangspunten van de Richtlijn elektronische handel

De belangrijkste uitgangspunten van de Richtlijn elektronische handel blijven bestaan (§ 1). De aanbieders van tussenhandelsdiensten zijn allereerst ook (zie § 3.1) op grond van de artikelen 3, 4 en 5 DSA-voorstel niet aansprakelijk voor illegale inhoud. Het DSA-voorstel expliciteert dat ook onlineplatforms hiervan kunnen profiteren (zie ook § 3.2). Deze

onlineplatforms zijn onder het voorstel immers ook aanbieders van hostingdiensten (§ 4). De Algemene oriëntatie bepaalt daarnaast dat ook onlinezoekmachines niet aansprakelijk zijn voor gevonden illegale inhoud (§ 4).

De vrijstelling van aansprakelijkheid voor hostingdiensten is, net als onder de Richtlijn elektronische handel, niet van toepassing indien de aanbieder daadwerkelijke kennis heeft van het illegale karakter van specifieke<sup>46</sup> inhoud en desondanks niet prompt handelt om deze inhoud te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Hiermee is niet gezegd dat de aanbieder in die gevallen ook daadwerkelijk aansprakelijk is. Het DSA-voorstel bevat slechts een *vrijstelling*. Het bestaan van en de voorwaarden voor aansprakelijkheid blijven voor het overige afhankelijk van de lidstaten zelf. Het DSA-voorstel bevat bovendien geen bepalingen over de privaatrechtelijke gevolgen van een schending van de in het voorstel opgenomen verplichtingen. Alleen het Europees Parlement stelt in artikel 43 bis dat een *afnemer* in dit geval recht heeft op schadevergoeding. Ook dit artikel biedt echter geen bescherming aan slachtoffers die geen afnemer zijn.

In het Nederlandse recht kan er in deze gevallen sprake zijn van een onrechtmatige daad. Andere lidstaten kunnen echter andere maatstaven hanteren. Het DSA-voorstel leidt op dit punt daarom niet tot (maximum)harmonisatie.<sup>47</sup> Het laat hiermee na om in de hele Europese Unie een prikkel voor de verwijdering van illegale inhoud te creëren.<sup>48</sup>

Het verbod op monitoringsverplichtingen (§ 3.1) keert eveneens in het DSA-voorstel terug. Dit verbod blijft beperkt tot ‘algemene’ monitoringsverplichtingen. ‘Specifieke’ verplichtingen, bevelen en zorgplichten zijn wel toegestaan.<sup>49</sup> Het onderscheid tussen algemene en specifieke verplichtingen is echter niet altijd helder.<sup>50</sup> *Glawischnig-Piesczek / Facebook* laat zien dat dit onderscheid teleologisch moet worden benaderd.<sup>51</sup> Het verbod op algemene monitoringsverplichtingen staat niet in de weg aan een rechterlijk bevel om de toegang te blokkeren tot informatie die identiek is aan of inhoudelijk overeenstemt met (specifieke) illegale inhoud indien dit bevel kan worden

45 § 3.2; noot 28.

46 Zie ook HvJ 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*eBay*); HvJ 22 juni 2021, C-682/18 en 683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube*).

47 Zie over de harmonisatiedoelstelling overwegingen 2, 34, 35, 39, 41 en 106 en art. 1 lid 1 DSA-voorstel.

48 Zie ook Gellert & Wolters 2021, p. 20-21 en 74-77; Wolters 2022, p. 23.

49 Zie ook overwegingen 45-48 en art. 12 lid 3, 13 lid 3 en 14 lid 3 Richtlijn elektronische handel en 8 en 9 DSA-voorstel.

50 S. Stalla-Bourdillon, ‘Internet Intermediaries as Responsible Actors? Why It Is Time to Rethink the E-Commerce Directive as Well’, in: M. Taddeo & L. Floridi, *The Responsibilities of Online Service Providers*, Cham: Springer 2017, p. 287; C. Ullrich, ‘A risk-based approach towards infringement prevention on the internet: adopting the anti-money laundering framework to online platforms’, *International Journal of Law and Information Technology* 2018, afl. 3, p. 229-232; G. Frosio & S. Mendis, ‘Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend’, in: G. Frosio, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 546; Montagnani 2020, p. 310.

51 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnig-Piesczek / Facebook*). Zie over de teleologische benadering van het verbod ook DSA-voorstel, p. 3-4; Stalla-Bourdillon 2017, p. 289 en 291; Sartor 2019, p. 26; Gellert & Wolters 2021, p. 25.

uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde technieken en er geen autonome beoordeling van de toelaatbaarheid van de gevonden informatie noodzakelijk is.<sup>52</sup> Onder deze voorwaarden leidt een dergelijk bevel immers niet tot een al te grote aantasting van de belangen van de aanbieder en de vrijheid van meningsuiting.

Het verbod op monitoringsverplichtingen neemt niet weg dat veel aanbieders van hostingdiensten hun diensten wel degelijk proactief monitoren. Zij vergelijken de gehoste informatie door middel van een ‘hash check’ met inhoud die eerder als illegaal is bestempeld en gebruiken algoritmes en *machine learning* om automatisch of semiautomatisch<sup>53</sup> illegale inhoud te detecteren.<sup>54</sup> Artikel 6 DSA-voorstel sanctioneert deze vrijwillige monitoring. Het bepaalt dat de monitoring niet leidt tot het verlies van de vrijstellingen van aansprakelijkheid. Het Europees Parlement en (in mindere mate) de Raad benadrukken hierbij echter wel dat de vrijwillige monitoring met de nodige waarborgen dient te zijn omkleed.

## Het is een gemiste kans dat het DSA-voorstel er niet voor kiest om het verbod op algemene monitoringverplichtingen af te zwakken of ten minste te verduidelijken

Het idee dat monitoring in alle situaties te duur is of tot een onaanvaardbare aantasting van de vrijheid van meningsuiting leidt (§ 3.1), is om deze redenen zowel juridisch als feitelijk achterhaald. Het is daarom gerechtvaardigd om de aanbieders van hostingdiensten te verplichten om hun diensten te monitoren.<sup>55</sup> Een relatief lichte monitoringsplicht dwingt alle aanbieders om hun verantwoordelijkheid te nemen zonder de fundamentele rechten van de afnemers en de economische belangen van de aanbieders in gevaar te brengen. Het is in dit licht een gemiste kans dat het DSA-voorstel er niet voor kiest om het verbod op algemene monitoringverplichtingen af te zwakken of ten minste te

verduidelijken. Het Europees Parlement stelt zelfs voor om dit verbod aan te scherpen door expliciet te bepalen dat de aanbieders ook niet ‘feitelijk’ kunnen worden verplicht tot geautomatiseerde monitoring. Het prioriteert hiermee nog duidelijker de bescherming van fundamentele rechten boven de beperking van de verspreiding van illegale inhoud (zie ook § 2 en 3.1).

### 5.2 Notice-and-action-mechanisme

De belangrijkste nieuwe verplichting met betrekking tot de beperking van de verspreiding van illegale inhoud is opgenomen in artikel 14 DSA-voorstel. Dit artikel verplicht de aanbieders van hostingdiensten (en dus ook onlineplatforms) om een ‘notice-and-action-mechanisme’ aan te bieden. Zij moeten personen en entiteiten in staat stellen om hen op een gemakkelijke, toegankelijke, gebruiksvriendelijke en elektronische wijze op de hoogte te brengen van de aanwezigheid van illegale inhoud. Een voldoende gedetailleerde notificatie leidt er op grond van lid 3 toe dat de aanbieder daadwerkelijke kennis heeft van de illegale inhoud. De vrijstelling van aansprakelijkheid is in dit geval niet van toepassing (zie § 5.1). Het DSA-voorstel lijkt er impliciet van uit te gaan dat de aanbieders in dit geval ook verplicht zijn om de illegale inhoud te verwijderen. Dit staat opvallend genoeg echter niet expliciet in de tekst. Artikel 14 lid 6 DSA-voorstel bepaalt slechts dat de aanbieders de meldingen moeten ‘verwerken’.<sup>56</sup>

Onlineplatforms<sup>57</sup> zijn daarnaast op grond van artikel 19 DSA-voorstel verplicht om de notificaties van zogenaamde *trusted flaggers* met voorrang te behandelen. *Trusted flaggers* zijn op grond van lid 2 onafhankelijke organisaties die collectieve belangen vertegenwoordigen. Zij hebben specifieke expertise en bevoegdheid voor het opsporen, identificeren en melden van illegale inhoud. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om EOKM.nl voor het melden van kinderporno en react.org voor namaakproducten.

Ten slotte verplicht artikel 20 lid 1 DSA-voorstel een onlineplatform om de dienstverlening op te schorten jegens een afnemer die frequent manifest illegale inhoud verstrekt. Het Europees Parlement zwakt deze *verplichting* echter af tot een *recht* om de dienstverlening op te

52 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnig-Piesczek / Facebook*), overwegingen 45-46.

53 Hierbij controleren menselijke moderators de voorlopige conclusies van de algoritmes.

54 Zie over proactieve monitoring uitgebreider, met verwijzing naar verdere literatuur, bijvoorbeeld De Streel e.a. 2020, p. 10, 44-45, 48-49; Gellert & Wolters 2021, p. 25-26.

55 Zie in die zin ook Europese Commissie, ‘De bestrijding van illegale online-inhoud. Naar een grotere verantwoordelijkheid voor onlineplatforms’, COM(2017)555 final, p. 12-13; Montagnani 2020, p. 299; De Streel e.a. 2020, p. 80; Gellert & Wolters 2021, p. 69-70.

56 Zie hierover uitgebreider Wolters 2022, p. 22.

57 Zie kritisch over de beperking tot onlineplatforms Wolters 2022, p. 22.



schorten. Zij vreest kennelijk dat een verplichting ertoe leidt dat onlineplatforms de dienstverlening te snel opschorten en hierdoor de online vrijheid van meningsuiting te veel beknotten (zie ook § 2).

Het DSA-voorstel codificeert met deze verplichtingen de bestaande praktijk. De meeste grote onlineplatforms bieden immers al een notice-and-action-mechanisme aan en werken al samen met *trusted flaggers*.<sup>58</sup> Het DSA-voorstel zorgt er echter voor dat ook de kleinere platforms en andere hostingdiensten verplicht zijn om notificaties te faciliteren. Het zorgt bovendien voor harmonisatie. Hoewel er bijzondere *Europese* regels blijven bestaan, maakt het DSA-voorstel een einde aan de verschillen tussen de nationale regels en zelfregulering.<sup>59</sup> Het zorgt ervoor dat *alle* aanbieders van hostingdiensten in *alle* landen van de Europese Unie verplicht zijn om notificaties te faciliteren over *alle* vormen van illegale inhoud.

### 5.3 Duidelijke en betrouwbare informatie; onlinemarktplaatsen

De in de § 5.1 en 5.2 besproken regels zijn reactief. Zij zien op verplichtingen na de plaatsing van de illegale inhoud. Het DSA-voorstel bevat echter ook een beperkt aantal verplichtingen die erop gericht zijn om te voorkomen dat er misleidende, onvolledige of onbetrouwbare informatie op onlineplatforms terecht komt. Zo moeten onlineplatforms die reclame weergeven op grond van artikel 24 DSA-voorstel duidelijk maken dat het reclame betreft, van wie deze reclame afkomstig is en welke parameters zijn gebruikt om te bepalen dat de afnemer deze reclame te zien krijgt.

Het DSA-voorstel bevat daarnaast verschillende verplichtingen voor 'onlineplatforms die consumenten in staat stellen op afstand gesloten overeenkomsten met handelaren aan te gaan', 'onlinemarktplaatsen'<sup>60</sup> dus. Deze onlinemarktplaatsen kunnen op grond van artikel 5 lid 3 DSA-voorstel niet profiteren van de vrijstelling van aansprakelijkheid met betrekking tot een schending van het consumentenrecht als zij de indruk wekken dat bepaalde door een handelaar aangeboden informatie, producten of diensten door het platform zelf worden verstrekt. Zij zijn bovendien op grond van artikel 22 DSA-voorstel verplicht om in-

formatie over de op het platform actieve handelaren te verzamelen, te controleren en aan de afnemers beschikbaar te stellen en om hun interface te ontwerpen op een wijze die de handelaren in staat stelt om aan hun precontractuele verplichtingen te voldoen. Ik heb eerder betoogd dat deze verplichting onvoldoende bescherming biedt.<sup>61</sup> Het is daarom toe te juichen dat zowel de Algemene oriëntatie als de Amendementen Europees Parlement de verplichtingen strenger formuleren en uitbreiden.<sup>62</sup>

## Het DSA-voorstel bevat een grote hoeveelheid verplichtingen om de fundamentele rechten van vrijheid van meningsuiting en informatie te beschermen

### 6 Waarborgen voor de bescherming van fundamentele rechten

Onlineplatforms spelen een grote rol in onze maatschappij. Hun inhoudsmoderatie(beleid) is in veel gevallen echter onduidelijk, inconsistent en (grotendeels) geautomatiseerd. Dit heeft een negatieve invloed op de online uitoefening van de fundamentele rechten van vrijheid van meningsuiting en informatie (§ 3.2).

Het DSA-voorstel bevat een grote hoeveelheid verplichtingen om deze fundamentele rechten te beschermen. De verschillende soorten<sup>63</sup> aanbieders van de tussenhandelsdiensten moeten bijvoorbeeld transparant zijn over hun moderatiebeleid (art. 12) en de uitgevoerde inhoudsmoderatie (art. 13, 23 en 33), hun besluiten om informatie te verwijderen motiveren (art. 15) en interne klachtenafhandeling en buitengerechtelijke geschillenbeslechting aanbieden (art. 17 en 18).

De verschillende in § 5.2 besproken verplichtingen zijn daarnaast met de nodige waarborgen omkleed. Zo moet<sup>64</sup> een onlineplatform de verwerking van notificaties opschorten van melders die regelmatig manifest ongegronde meldingen doen (art. 20 lid 2 DSA-voorstel), zijn *trusted flaggers* verplicht om hun meldingen zorgvuldig en objectief in te dienen (art. 19 lid 2 sub c en lid 5 DSA-voorstel) en mag een onlineplatform

58 Zie onder andere Kulk & Snijders 2020, p. 49; De Streef e.a. 2020, p. 46-51; Gellert & Wolters 2021, p. 27-28.

59 § 3.2; noten 23, 24 en 25.

60 Zie in deze zin art. 5 lid 3, 24a, 24b en 24c Algemene oriëntatie.

61 P.T.J. Wolters, "Know-your-customer" in het DSA-voorstel', *TvC* 2021, afl. 3, p. 134-136.

62 Het onlineplatform moet volgens de Algemene oriëntatie bijvoorbeeld 'alles in werk stellen'. Art. 22 lid 2 DSA-voorstel eist slechts 'redelijke inspanningen'. Zie ook Wolters 2022, p. 21.

63 De precieze verplichtingen verschillen per soort tussenhandelsdienst. Zie ook § 4.

64 Deze verplichting is in zowel de Algemene oriëntatie als de Amendementen Europees Parlement afgezwakt tot een recht om meldingen in dit geval niet meer te verwerken. Zie ook § 5.2.

zijn diensten alleen maar opschorten na een voorafgaande waarschuwing en een zorgvuldige beoordeling (art. 20 lid 1 en 3 DSA-voorstel).

De waarborgen voor de fundamentele rechten zijn hiermee een stuk uitgebreider en gedetailleerder dan de verplichtingen die zijn gericht op de beperking van de verspreiding van illegale inhoud. Zo heeft de melder van illegale inhoud bijvoorbeeld, anders dan de afnemer die deze inhoud heeft verstrekt, geen recht op een motivatie, interne klachtenafhandeling of buitengerechtelijke geschillenbeslechting. De Algemene oriëntatie brengt de verschillende belangen beter in balans door te bepalen dat ook de melders recht hebben op de genoemde beroepsmogelijkheden.<sup>65</sup>

## De aanbieders van de tussenhandelsdiensten zijn verplicht om duidelijk te zijn over hun moderatiebeleid en om dit zorgvuldig toe te passen. Zij blijven echter grotendeels vrij om de *inhoud* van het moderatiebeleid te bepalen

Ook (§ 5.1) met betrekking tot de waarborgen voor de fundamentele rechten geldt echter dat het DSA-voorstel niet leidt tot een radicale breuk met het bestaande recht. De waarborgen zien met name op het *proces* van inhoudsmoderatie. De aanbieders van de tussenhandelsdiensten zijn verplicht om duidelijk te zijn over hun moderatiebeleid en om dit zorgvuldig toe te passen. Zij blijven echter grotendeels vrij om de *inhoud* van het moderatiebeleid te bepalen (§ 3.2). Dit is slechts anders in het geval van systemische risico's voor de fundamentele rechten door het moderatiebeleid van zeer grote onlineplatforms.<sup>66</sup>

### 7 Handhaving

Het DSA-voorstel legt de nadruk op publiekrechtelijke handhaving door bevoegde autoriteiten, in het bijzonder de coördinator voor digitale diensten.<sup>67</sup> De nadruk ligt op doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, waaronder

een boete van maximaal 6% van de (wereldwijde)<sup>68</sup> jaarlijkse omzet (art. 42 DSA-voorstel). De door het DSA-voorstel gecreëerde privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden zijn beperkt tot de genoemde beroepsmogelijkheden (§ 6), de constatering dat deze mogelijkheden geen afbreuk doen aan het recht om een procedure te starten bij de rechtbank of de rechten op grond van Richtlijn 2013/11/EU (art. 18 lid 1 en 6) en het recht om een klacht in te dienen bij de coördinator voor digitale diensten (art. 43 DSA-voorstel). Het DSA-voorstel bevat bijvoorbeeld geen recht op schadevergoeding (§ 5.1).

De handhaving wordt gecompliceerd door het grensoverschrijdende karakter van veel tussenhandelsdiensten. Het is voor de aanbieders niet wenselijk als zij te maken hebben met verschillende nationale bevoegde autoriteiten. Artikel 40 DSA-voorstel bepaalt daarom dat in dit geval de rechtsmacht ligt bij de lidstaat waarin de hoofdvestiging of wettelijke vertegenwoordiger van de aanbieder is gevestigd.

Dit 'country-of-origin-beginsel' bestaat ook in andere Europese regelingen zoals de Algemene verordening gegevensbescherming.<sup>69</sup> Het is in deze context echter geen onverdeeld succes. Een groot deel van de Amerikaanse onlineplatforms heeft hun Europese hoofdkantoor in Ierland. Dit zorgt ervoor dat het relatief kleine Ierland voor een belangrijk deel verantwoordelijk is voor de handhaving van het gegevensbeschermingsrecht in heel Europa. Het DSA-voorstel zou tot hetzelfde resultaat leiden. Artikel 44a lid 1a van de Algemene oriëntatie bepaalt daarom dat de Europese Commissie exclusief bevoegd is voor het toezicht op zeer grote onlineplatforms en zeer grote onlinezoekmachines.<sup>70</sup> Het is echter de vraag of dit het gesignaleerde probleem volledig oplost. De grens van 45 miljoen maandelijks actieve afnemers in de Europese Unie is een hoge drempel. Ook onder deze oplossing zal er daarom een buitenproportioneel grote last rusten op de schouders van de Ierse bevoegde autoriteiten.

### 8 Conclusie

Het DSA-voorstel is een belangrijke stap vooruit. Het codificeert, harmoniseert en versterkt allereerst de huidige praktijk

<sup>65</sup> Zie ook Wolters 2022, p. 23.

<sup>66</sup> Zie ook § 4; Wolters 2022, p. 25-26. Een eerder voorgesteld amendement bevatte een uitzondering voor inhoud die is verstrekt door mediadiensten. Vergelijk Commissie cultuur en onderwijs, 'Advies van de Commissie cultuur en onderwijs aan de Commissie interne markt en consumentenbescherming over het 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', PE693.717, 2021; L. Bertuzzi, 'Media exemption ruled out in DSA negotiations, but could return', *EUR-ACTIV* 24 november 2021, bijgewerkt 29 november 2021.

<sup>67</sup> Zie met name art. 38 DSA-voorstel.

<sup>68</sup> Zie in deze zin expliciet Amendementen Europees Parlement.

<sup>69</sup> Art. 56 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 (*PbEU* 2016, L 119/1).

<sup>70</sup> Zie bijvoorbeeld L. Bertuzzi, 'DSA: enforcement for very large online platforms moves toward EU Commission', *EURACTIV* 3 november 2021, bijgewerkt 5 november 2021; L. Bertuzzi, 'European Commission pushes back against calls for GDPR infringement procedure', *EURACTIV* 5 januari 2022, bijgewerkt 10 januari 2022.

van notice-and-action-mechanismes (§ 5.2). Het voorstel plaatst de onlineplatforms daarnaast op een evenwichtige manier in het juridische kader. Het bepaalt expliciet dat zij kunnen profiteren van de vrijstelling van aansprakelijkheid (§ 5.1), maar dwingt hen ook om meer verantwoordelijkheid te nemen. Het maakt hiermee op een zinvolle wijze onderscheid tussen de verschillende soorten tussenhandelsdiensten (§ 4).<sup>71</sup>

Het DSA-voorstel heeft bovendien oog voor de belangrijke rol van onlineplatforms en andere tussenhandelsdiensten voor de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en informatie. Het bevat belangrijke waarborgen voor de bescherming van deze fundamentele rechten. Het dwingt de aanbieders van tussenhandelsdiensten om hun inhoudsmoderatiebeleid op een transparante en evenwichtige wijze toe te passen (§ 6).

Toch leidt het DSA-voorstel niet tot een fundamentele herziening van het juridische kader voor de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden van tussenhandelsdiensten. De belangrijkste uitgangspunten van het bestaande juridische kader en de bestaande praktijk blijven onveranderd bestaan. De aanbie-

ders van de tussenhandelsdiensten zijn ook onder het DSA-voorstel niet verplicht om proactief te monitoren (§ 5.1) of hun moderatiebeleid inhoudelijk te wijzigen (§ 6). Het voorstel leidt bovendien niet tot de harmonisatie van aansprakelijkheid (§ 5.1), privaatrechtelijke handhaving (§ 7) of de toelaatbaarheid van bepaalde inhoud (§ 5). Op dit moment is het wetgevingsproces nog in volle gang (§ 2). Ook de Algemene oriëntatie en de Amendementen Europees Parlement laten de belangrijkste uitgangspunten echter grotendeels ongemoeid.

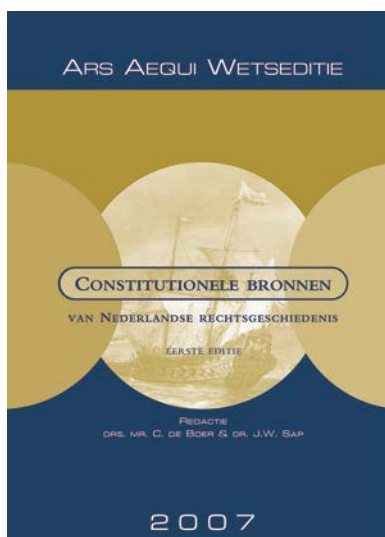
## Het DSA-voorstel leidt slechts in beperkte mate tot een duidelijk, evenwichtig en geharmoniseerd juridisch kader

Het DSA-voorstel leidt hierdoor slechts in beperkte mate tot een duidelijk, evenwichtig en geharmoniseerd juridisch kader. Het neemt de vlucht naar voren. Ten aanzien van sommige uitgangspunten zou een stapje terug echter de voorkeur verdienen.

<sup>71</sup> Dit neemt niet weg dat er kritiek mogelijk is op bepaalde keuzes. Zie bijvoorbeeld noot 57.

## ArsAequi Libri

Wetseditie



### Constitutionele bronnen 2007 van Nederlandse rechtsgeschiedenis

Constitutionele bronnen van Nederlandse rechtsgeschiedenis bevat nagenoeg alle fundamentele teksten die van belang zijn voor de constitutionele geschiedenis van Nederland, waaronder een aantal die voor het eerst in hedendaags Nederlands herhaald zijn (o.a. de Blijde Inkomste van 1356 en het Groot Privilege van 1477). De documenten kunnen gezien worden als mijlpalen in de soms moeizame strijd van de burger voor rechten en vrijheden. Oude overeenkomsten, tractaten, staatsregelingen, grondwetten etc. blijken vaak nog verrassend actueel.

Vragen over soevereiniteit, vrijheid, representatief en beperkt bestuur zijn in een nabij en verder liggend verleden eerder gesteld en soms op een voor Nederland kenmerkende manier beantwoord.

De teksten worden voorafgegaan door een inleiding waarin de vraag aan de orde komt of er terugkerende beginselen in de Nederlandse constitutionele geschiedenis zijn aan te wijzen bij negeren waarvan sprake zou zijn van een breuk.

Het boek wordt gecompliceerd door een als discussiestuk opgenomen concept-Grondwet.

ISBN: 978-90-6916-518-9 | Redactie: C. de Boer & J.W. Sap | Druk: 1e druk 2007 | Pagina's: 382 | Prijs: € 34,50