

De DSA en de DSM-richtlijn: hoe verhoudt de lex generalis zich tot de lex specialis?

Caroline de Vries*

We staan aan de vooravond van de inwerkingtreding van de Digital Services Act, die onder andere de aansprakelijkheid en zorgvuldigheidsverplichtingen voor online tussenpersonen reguleert. De vraag is hoe de Digital Services Act zich verhoudt tot het in 2019 geïntroduceerde aansprakelijkheidsregime voor aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud in artikel 17 van de DSM-richtlijn. Dit artikel bespreekt de relatie, samenhang en wisselwerking tussen beide regelingen en analyseert of de Digital Services Act iets wezenlijks toevoegt aan de DSM-richtlijn.

Inleiding

De Digital Services Act (hierna: de DSA), in het Nederlands ook wel de ‘digitaal dienstenverordening’ of ‘Wet inzake digitale diensten’, werd op 27 oktober 2022 gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹ Dit gebeurde na een relatief vlot Europees wetgevingsproces van in totaal nog geen twee jaar. Met ingang van 17 februari 2024 is de DSA in de hele EU van toepassing, met dien verstande dat de verplichtingen voor de zogenaamde ‘zeer grote online platforms’ en ‘zeer grote online zoekmachines’ (lees: Big Tech) al eerder ingaan.²

De DSA bevat nieuwe regels voor zogenaamde tussenhandeldiensten, ook wel tussenpersonen genoemd. Tussenhandeldiensten zijn, kort gezegd, online dienstverleners die informatie van gebruikers (op hun verzoek) doorgeven, opslaan en/of publiekelijk verspreiden. Hieronder vallen onder meer videodeelplatforms, online marktplaatsen, sociale media-diensten en internetaanbieders. Alle tussenhandeldiensten die hun diensten op de interne markt aanbieden, moeten aan de nieuwe regels voldoen.

De DSA handhaaft het aansprakelijkheidsregime voor tussenpersonen neergelegd in de artikelen 12 tot en met 15 van de ruim twintig jaar oude richtlijn elektronische handel.³ Onderdelen van dit regime worden in de DSA verduidelijkt. Verder bevat de verordening een uitgebreide set van geharmoniseerde zorgvuldigheidsverplichtingen voor verschillende soorten tussenhandeldiensten. Deze verplichtingen verschillen al naar gelang het type dienst dat een onderneming aanbiedt en zijn rol, omvang en invloed in het online ecosysteem.

De nieuwe regels van de DSA vormen wereldwijd een primeur. Samen met de Digital Markets Act⁴, die regels bevat voor zogenaamde ‘poortwachters’, vormt de DSA de basis voor nieuwe Europese regelgeving voor de digitale economie.

Eén van de belangrijkste doeleinden van de DSA is het effectief bestrijden van ‘illegale inhoud’. Daaronder valt ook inhoud die inbreuk maakt op auteursrechten. Speciaal voor auteursrechten bestaat echter ook het regime neergelegd in artikel 17 van de DSM-richtlijn uit 2019.⁵

* Mr. C.F.M. de Vries is senior beleidsmedewerker Digitale Economie bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 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).

2 Namelijk vier maanden nadat zij als zodanig worden aangewezen door de Europese Commissie, zie artikel 92 DSA.

3 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van

diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (richtlijn elektronisch handel).

4 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 (digitaal marktenverordening).

5 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.

Dit doet de vraag rijzen hoe de twee regelingen zich tot elkaar verhouden. In hoeverre is de DSA van toepassing op aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud als bedoeld in artikel 17 DSM-richtlijn? Voegt de DSA iets wezenlijks toe aan de DSM-richtlijn?

De Digital Services Act

Doelstelling en context

Anders dan de naam doet vermoeden, reguleert de DSA niet alle digitale diensten. Het toepassingsbereik van de verordening is beperkt tot zogenaamde ‘tussenhandeldiensten’, die uiteenvallen in mere conduit-, caching- en hostingdiensten.⁶

Deze driedeling stamt uit de richtlijn elektronische handel uit het jaar 2000, meer specifiek uit het daarin neergelegde vrijwaringsregime voor diensten van tussenpersonen.⁷ Op grond van die regels kunnen aanbieders van mere conduit-, caching- en hostingdiensten niet aansprakelijk worden gehouden voor de informatie die zij voor hun gebruikers doorgeven of opslaan, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen.

De DSA kan in zekere zin worden gezien als de opvolger van deze richtlijn.⁸ De Uniewetgever was van mening dat de kernbeginselen van de richtlijn elektronische handel nog altijd overeind staan. Met name de aansprakelijkheidsvrijwaringen zijn zeer belangrijk geweest voor de rechtszekerheid en hebben het ontstaan en de opschaling van veel nieuwe diensten mogelijk gemaakt.⁹ Om die reden is het aansprakelijkheidsregime uit de richtlijn elektronische handel in vrijwel gelijke bewoordingen ‘getransplanteerd’ naar de artikelen 4 tot en met 8 van de DSA. Voor het overige blijft de richtlijn elektronische handel gewoon gelden.¹⁰

Tegelijkertijd achtte de Uniewetgever het wel nodig om de verantwoordelijkheden en de verplichtingen van de verschillende tussenhandeldiensten te moderniseren en uit te breiden. Sinds de vaststelling van de richtlijn elektronische handel is er namelijk een hoop veranderd. Diensten als YouTube, Facebook, Twitter, Instagram en TikTok bestonden in het jaar 2000 nog niet eens. Het gebruik van dergelijke sociale netwerken en online platforms is enorm toegenomen. Online tussenhandeldiensten spelen tegenwoordig een belangrijke rol in het dagelijkse leven van de Unieburgers

en de manier waarop zij communiceren, verbinding maken, consumeren en zaken doen. De COVID-19-crisis heeft dat des te meer aangetoond.¹¹

De digitale transformatie brengt echter ook nieuwe maatschappelijke risico's en uitdagingen mee, zowel voor de samenleving als geheel als voor individuele gebruikers. Zo worden online tussenhandeldiensten mede gebruikt voor de verspreiding van illegale inhoud, maar ook – zo laat het recente verleden zien – voor het verspreiden van desinformatie over bijvoorbeeld COVID-19 en democratische verkiezingen. De Capitoolbestorming in 2021 heeft laten zien welke invloed online platforms kunnen hebben op verstoringen van de openbare orde.

De lidstaten stelden in toenemende mate nationale wetgeving vast om dergelijke risico's, voortvloeiend uit het gebruik van online tussenhandeldiensten, te adresseren. Volgens de Uniewetgever had dit een negatief effect op de interne markt¹², reden waarom hij het nodig achtte een verordening vast te stellen die de regels die van toepassing zijn op tussenhandeldiensten op de interne markt volledig harmoniseert.¹³ Dat voor het begrip ‘tussenhandeldienst’ wordt terugverwezen naar de 20-jaar oude begrippen uit de richtlijn elektronische handel, doet niet af aan het feit dat daarvoor een breed scala aan diensten valt. Het begrip omvat onder meer internetaanbieders (ISP's), hosting diensten, online marktplaatsen, sociale media, online zoekmachines en (video)deelplatforms. Dit blijkt uit overweging 28 en 29 van de considerans en uit de gelaagde structuur van de verordening als zodanig.¹⁴

Doel van de DSA is het creëren van een veilige, voorspelbare en betrouwbare online omgeving, waarin de verspreiding van illegale online inhoud en andere maatschappelijke risico's worden aangepakt. Tegelijkertijd beoogt de DSA innovatie te bevorderen en de grondrechten neergelegd in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het ‘Handvest’) doeltreffend te beschermen.¹⁵

Aansprakelijkheidskader

Dat doet de DSA enerzijds door te voorzien in de voorwaardelijke vrijstellingen van aansprakelijkheid voor tussenhandeldiensten die voorheen in de richtlijn elektronische handel waren opgenomen. Ook het verbod op algemene toezichtverplichtingen¹⁶ is in de DSA gehandhaafd.¹⁷ Wel heeft de

6 Artikel 3 sub g DSA.

7 Artikel 12 t/m 14 richtlijn elektronische handel.

8 F. Wilman, 'De Digital Services Act (DSA): een belangrijke stap naar betere regulering van onlinedienstverlening', *NtER* 2022, nr. 9/10, p. 221.

9 Artikel 2 lid 3 en overweging 16 considerans DSA.

10 Artikel 2 lid 3 DSA.

11 Commissievoorstel DSA, COM(2020) 825 final, toelichting p. 1.

12 Overweging 2 considerans DSA.

13 Zie overweging 9 considerans DSA: 'Deze verordening harmoniseert de regels die van toepassing zijn op tussenhandeldiensten op de interne markt volledig [...]. De lidstaten mogen derhalve

geen aanvullende nationale eisen stellen of in stand houden die verband houden met aangelegenheden die binnen het toepassingsgebied van deze verordening vallen [...].'

14 Hoofdstuk III van de DSA onderscheidt achtereenvolgens: tussenhandeldiensten in het algemeen, hosting diensten, online platforms, online platforms die consumenten de mogelijkheid bieden overeenkomsten op afstand te sluiten met handelaren en zeer grote onlineplatforms- en zoekmachines.

15 Artikel 1 lid 1 DSA en overweging 9 considerans.

16 Artikel 15 richtlijn elektronische handel.

17 Artikel 8 DSA.

Uniewetgever van de gelegenheid gebruikt gemaakt om bepaalde elementen van het aansprakelijkheidskader voor tussenpersonen te verduidelijken, een en ander met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Het betreft onder meer de zaken *Google France*,¹⁸ *L'Oréal/eBay*,¹⁹ *McFadden*,²⁰ en *YouTube en Cyando*,²¹ waarin het HvJ EU het aansprakelijkheidskader uit de richtlijn inzake elektronische handel nader heeft uitgelegd. Uit overweging 19 van de considerans bij de DSA volgt dat deze rechtspraak ook onder de verordening onverminderd relevant blijft.

De DSA codificeert het centrale criterium dat voor toepassing van de aansprakelijkheidsvrijstellingen vereist is dat aanbieders zich neutraal opstellen, in de zin dat zij geen actieve rol spelen waarvoor zij kennis hebben van of controle hebben over de informatie die zij doorgeven of opslaan.²² Een belangrijke verduidelijking betreft de introductie van een zogenaamde 'Good Samaritan'-bepaling.²³ Het loutere feit dat een aanbieder op eigen initiatief en te goeder trouw maatregelen neemt die gericht zijn op het opsporen, identificeren en verwijderen van illegale inhoud, leidt er niet toe dat een aanbieder 'te actief' is en dus geen beroep kan doen op de aansprakelijkheidsvrijstellingen. Hierover bestond in de praktijk lange tijd onzekerheid, waardoor zulke vrijwillige activiteiten feitelijk werden ontmoedigd.²⁴

Zorgvuldigheidsverplichtingen op maat

Naast bepalingen over aansprakelijkheid voorziet de DSA in verschillende 'zorgvuldigheidsverplichtingen op maat' voor verschillende categorieën tussenhandeldiensten. Deze verplichtingen staan los van de kwestie van aansprakelijkheid, die afzonderlijk moet worden beoordeeld. Met

andere woorden: de toepasselijkheid van de vrijwaringen voor aansprakelijkheid is niet afhankelijk van het voldoen aan de zorgvuldigheidsverplichtingen en andersom.²⁵

De zorgvuldigheidsverplichtingen verschillen al naar gelang het type, de omvang en de aard van de betrokken tussenhandeldienst. De DSA onderscheidt vier verschillende niveaus van diensten met corresponderende zorgvuldigheidsverplichtingen, namelijk (i) tussenhandeldiensten²⁶, (ii) hostingdiensten²⁷, (iii) online platforms²⁸ en (iv) zeer grote online platforms²⁹ en zeer grote onlinezoekmachines³⁰. De verplichtingen uit de DSA zijn cumulatief en nemen met elk niveau toe. Een aanbieder van een zeer groot online platform (een 'very large online platform', ofwel 'VLOP') moet zich dus niet alleen houden aan de specifieke regels voor VLOP's, maar ook aan die voor online platforms, hostingsdiensten en tussenhandeldiensten in het algemeen.

De basisverplichtingen neergelegd in Afdeling 1 van hoofdstuk III van de DSA gelden voor *alle tussenhandeldiensten*. Zij moeten onder meer centrale contactpunten aanwijzen³¹ en rapporteren over de inhoudsmoderatie die zij toepassen.³² Ook moeten zij in hun algemene voorwaarden vooraf duidelijkheid verstrekken over eventuele beperkingen die zij stellen aan het gebruik van hun dienst en de middelen die zij inzetten om naleving te controleren en af te dwingen. Dit omvat ook informatie over contentmoderatie³³ die zij toepassen. Bovendien moeten zij bij de toepassing en handhaving van hun contractuele beperkingen zorgvuldig, objectief en evenredig handelen, met 'gepaste aandacht' voor de rechten en legitieme belangen van alle betrokkenen, waaronder de grondrechten van gebruikers.³⁴ Hier schrijft

18 HvJ EU 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08-C 238/08, EU:C:2010:159 (*Google France*).

19 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*).

20 HvJ EU 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden/Sony*).

21 HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*).

22 Overweging 18 considerans DSA; F. Wilman, 'De Digital Services Act (DSA): een belangrijke stap naar betere regulering van onlinedienstverlening', *NtER* 2022, nr. 9/10, p. 223.

23 Artikel 7 DSA.

24 Artikel 7 DSA komt overeen met het oordeel in HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 109. De Europese Commissie had eerder al soortgelijke uitspraken gedaan in niet-bindende documenten, zoals haar aanbeveling van 2018 over illegale inhoud online; Aanbeveling (EU) 2018/334 van de Commissie van 1 maart 2018 over maatregelen om illegale online-inhoud effectief te bestrijden, overweging 26.

25 Overweging 41 considerans DSA.

26 Een tussenhandeldienst is een mere conduit-, caching- of hosting dienst, zo volgt uit artikel 3 sub g DSA.

27 Een hosting dienst bestaat uit de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, op diens verzoek (artikel 3 sub g, onder iii DSA).

28 In artikel 3 sub i gedefinieerd als 'een hostingdienst die, op verzoek van een afnemer van de dienst, informatie opslaat en

verspreidt bij het publiek, tenzij die activiteit een klein of een louter bijkomend kenmerk van een andere dienst of een kleine functionaliteit van de hoofddienst uitmaakt en om objectieve en technische redenen niet kan worden gebruikt zonder die andere dienst, en de integratie van het kenmerk of de functionaliteit in de andere dienst geen manier is om de toepasbaarheid van deze verordening te omzeilen.'

29 Online platforms die een gemiddeld aantal maandelijks actieve afnemers van de dienst in de Unie bereiken dat gelijk is aan of groter is dan 45 miljoen (ofwel 10% van de Uniebevolking), en die als 'zeer groot online platform' zijn aangewezen door de Europese Commissie, zie artikel 33 DSA.

30 Een onlinezoekmachine wordt in artikel 3 sub j DSA gedefinieerd als 'een tussenhandeldienst die gebruikers de mogelijkheid biedt zoekopdrachten in te voeren om zoekacties uit te voeren op in beginsel alle websites of alle websites in een bepaalde taal, op basis van een zoekopdracht over eender welk onderwerp in de vorm van een trefwoord, een gesproken verzoek, een frase of andere input, en die resultaten in eender welk formaat oplevert met informatie over de opgevraagde inhoud'.

31 Artikel 11 en 12 DSA.

32 Artikel 15 DSA.

33 De DSA gebruikt de term 'inhoudsmoderatie', gedefinieerd in artikel 3 sub t.

34 Artikel 14 DSA.

de DSA dus een horizontale werking van grondrechten tussen private partijen onderling voor.³⁵

In aanvulling op de basisverplichtingen geldt voor *hosting diensten* de verplichting om te voorzien in zogenaamde kennisgevings- en actiemechanismen, ook wel *'notice and action'*.³⁶ Dit systeem doet sterk denken aan het notice en takedown-systeem dat de richtlijn elektronische handel ook kende. In 2000 werd echter besloten de procedures voor kennisgeving en verwijdering niet in de richtlijn zelf te regelen. In plaats daarvan werd aangemoedigd tot zelfregulering op dit gebied.³⁷ Omdat er brede behoefte bestond aan gestandaardiseerde, transparante en in de hele interne markt geldende kaders, introduceert de DSA nu wel een aantal procedurele voorschriften waar *notice and action* mechanismen aan moeten voldoen. Lid 2 van artikel 16 schrijft onder meer voor welke elementen een melding van illegale inhoud moet bevatten om voldoende nauwkeurig en naar behoren gemotiveerd te zijn.³⁸ Melders moeten motiveren waarom de betrokken informatie illegaal is, zij moeten de exacte elektronische locatie van die informatie verstrekken, hun contactgegevens en een verklaring afgeven dat de melding te goeder trouw wordt gedaan. Lid 6 verplicht hosting diensten om meldingen op een tijdige, zorgvuldige en niet-willekeurige en objectieve wijze te verwerken.

Uit artikel 17 DSA volgt tot welke 'actie' een melding kan leiden. Het betreft niet alleen verwijdering van bepaalde inhoud, maar bijvoorbeeld ook demotie, demonetisatie of het schorsen van de dienst als zodanig of van accounts. De hosting aanbieder moet de getroffen afnemer op grond van artikel 17 DSA een duidelijke en specifieke motivering geven van elke opgelegde beperking. Dit geldt zowel voor beperkingen die worden opgelegd omdat dat de door de afnemer verstrekte informatie illegale inhoud bevat, als voor beperkingen wegens strijd met de algemene voorwaarden van de dienst.

Voor *online platforms* gelden weer aanvullende verplichtingen. Een online platform is een dienst waarbij informatie niet alleen op verzoek wordt opgeslagen (hosting), maar

ook wordt verspreid onder het publiek. Daarvan is sprake wanneer informatie toegankelijk wordt gemaakt aan een in potentie onbeperkt aantal personen. De Uniewetgever denkt hierbij onder meer aan sociale netwerken en online marktplaatsen. Het betreft dus een subcategorie van de activiteit hosting. Het 'verspreiden' van informatie moet intrinsiek verbonden zijn met de dienst van de tussenhandeldienst.³⁹ Alleen dan is sprake van een online platform.

Op online platforms rust onder meer de plicht om te voorzien in een doeltreffend intern klachtenafhandelingsstelsel⁴⁰ en om mee te werken aan buitengerechtelijke geschillenbeslechting⁴¹. Daarnaast moeten online platforms op grond van artikel 22 DSA meldingen afkomstig van zogenaamde 'betrouwbare flaggers' met prioriteit verwerken en afhandelen. Betrouwbare flaggers zijn entiteiten met specifieke expertise en bevoegdheid voor het opsporen, identificeren en melden van illegale inhoud.⁴² Zij moeten als zodanig gecertificeerd worden door de digitaalmediacoördinator, de toezichthouder die verantwoordelijk is voor (de coördinatie van) het toezicht op en de handhaving van de DSA in een lidstaat. In Nederland wordt dat de Autoriteit Consument & Markt (ACM).⁴³

Online platforms moeten verder maatregelen nemen om misbruik tegen te gaan. Misbruik kan verschillende vormen aannemen en omvat zowel het frequent verspreiden van kennelijk illegale inhoud als het frequent indienen van manifest ongefundeerde kennisgevingen en/of klachten.⁴⁴ Op grond van artikel 23 DSA moeten online platforms afnemers die zich aan dergelijk misbruik schuldig maken, voor een redelijke periode en na een voorafgaande waarschuwing, schorsen. In de praktijk komt dit neer op een zogenaamd *'repeat infringer policy'*.

De DSA bevat voor online platforms verder belangrijke nieuwe regels voor online reclame⁴⁵ en een verbod op zogenaamde *dark patterns*.⁴⁶ Noemenswaardig is ook de verplichting voor online platforms om gebruikers te informeren over de belangrijkste parameters die in aanbevelingssystemen worden gebruikt.⁴⁷

35 F. Wilman, 'De Digital Services Act (DSA): een belangrijke stap naar betere regulering van onlinedienstverlening', *NtER* 2022, nr. 9/10, p. 225. Een dergelijke horizontale werking wordt in de (lagere) Nederlandse rechtspraak reeds erkend en toegepast. Zie Rb. Amsterdam (vzr.) 9 september 2020 ECLI:NL:RBAMS:2020:4435 (*Café Weltschmerz/YouTube*), Rb. Amsterdam (vzr.) 13 oktober 2020 ECLI:NL:RBAMS:2020:4966 (*Viruswaarheid/Facebook*), Rb. Amsterdam (vzr.) 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4308 (*YouTube/Van Haga*), Rb. Amsterdam (vzr.) 15 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5117 (*FvD/YouTube*), Rb. Rotterdam (vzr.) 29 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10459 (*Willem Egel/Facebook*), Rb. Noord-Holland 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539 (*Van Haga/LinkedIn*).

36 Artikel 16 DSA.

37 Dit heeft in Nederland geresulteerd in de zogenoemde Notice and takedown code, een gedragscode die in 2008 is opgesteld

in samenwerking tussen de overheid, het bedrijfsleven en belangenverenigingen. Zie <https://noticeandtakedowncode.nl/>.

38 Vgl. HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 116.

39 Overweging 13 considerans DSA.

40 Artikel 20 DSA.

41 Artikel 21 DSA.

42 Overweging 61 considerans DSA.

43 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 200-VII, nr. 58.

44 Artikel 23 lid 1 en 2 DSA.

45 Artikel 26 lid 3 en 28 lid 2 DSA. Op grond van die artikelen mogen online platforms geen reclame tonen aan afnemers op basis van profilering in de zin van artikel 4 onder 4) van de Algemene verordening gegevensbescherming met gebruikmaking van bijzondere categorieën persoonsgegevens of persoonsgegevens van minderjarigen.

46 Artikel 25 DSA.

47 Artikel 27 DSA.

De meest vergaande verplichtingen, ten slotte, gelden alleen voor aanbieders van ‘zeer grote online platforms’ (de VLOP’s) en ‘zeer grote online zoekmachines’ (‘very large online search engines’ ofwel ‘VLOSE’s’). Dat zijn, kort gezegd, diensten met 45 miljoen actieve maandelijkse gebruikers, wat overeenstemt met 10% van het aantal inwoners van de Europese Unie.⁴⁸ De verplichtingen raken Big Tech bedrijven, zoals Facebook, YouTube, Twitter, Amazon en Google.⁴⁹ Deze diensten hebben, gelet op hun bereik, veel invloed op de wijze waarop mensen informatie tot zich krijgen en doorgeven. Hun rol is ‘systemisch’ te noemen. Op hen rust daarom de verplichting om zogenaamde ‘systeemrisico’s’ te identificeren en beperken.⁵⁰ Het gaat daarbij om risico’s die het individu overstijgen en die de potentie hebben om de samenleving of economie als geheel schade toe te brengen. De DSA onderscheidt in artikel 34 vier systeemrisico’s, waaronder de verspreiding van illegale inhoud en de werkelijke of voorzienbare effecten van de dienst op de uitoefening van grondrechten, op het democratische proces, op de volksgezondheid en op minderjarigen. Hier richt de DSA zich niet alleen op het bestrijden van illegale inhoud, maar ook op informatie die weliswaar legaal is, maar niettemin schadelijk.⁵¹ VLOP’s en VLOSE’s moeten verder voorzien in ten minste één aanbevelingssysteem dat niet gebaseerd is op profilering⁵² en zij moeten een openbaar register bijhouden met daarin informatie over reclame.⁵³

Het auteursrechtelijke kader

De aansprakelijkheid van online platforms met betrekking tot auteursrechtelijk beschermde werken die door de gebruikers van die platforms illegaal worden geüpload houdt de auteursrechtelijke gemoederen al geruime tijd bezig. Van oudsher hangt de aard en de omvang van die aansprakelijkheid af van de verhouding tussen enerzijds het recht van mededeling aan het publiek neergelegd in artikel 3 van de Auteursrechtlijn⁵⁴ en anderzijds de hosting vrijwaring neergelegd in artikel 14 van de richtlijn elektronische handel. Daarbij speelt de vraag of online platforms zelf een mededeling aan het publiek verrichten, of dat zij zich kunnen beroepen op de hosting vrijwaring. Die vraag is vorig jaar door het HvJ EU beslecht in de gevoegde zaken *YouTube en Cyando*.⁵⁵ In die zaak oordeelde het HvJ EU over de juridische positie van videodeelplatform YouTube en host- en deelplatform Cyando. Uitgangspunt is

volgens het HvJ EU dat deze partijen géén mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn verrichten, tenzij zij naast het louter ter beschikking stellen van het platform ertoe bijdragen dat het publiek toegang tot inbreukmakende content wordt gegeven. Dat is het geval als zij ‘weloverwogen interveniëren’ om toegang tot inbreukmakende inhoud te geven. Daarvan kan volgens het HvJ EU met name sprake zijn als:

- de platformexploitant concreet weet dat beschermde content op onwettige wijze op zijn platform beschikbaar wordt gesteld, bijvoorbeeld doordat hij daarvan in kennis is gesteld, en hij deze content niet prompt verwijdert of prompt ontoegankelijk maakt, of
- de exploitant in het algemeen weet of behoort te weten dat inbreukmakende content via zijn platform door gebruikers voor het publiek wordt gesteld, en
 - I. hij niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan, of
 - II. wanneer hij deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld; of
 - III. op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen; of
 - IV. het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.⁵⁶

Het HvJ EU oordeelt in die zaak ook dat de activiteiten van YouTube en Cyando binnen de werkingssfeer van de hosting vrijwaring kunnen vallen, mits zij geen actieve rol spelen waardoor zij kennis hebben van of controle over de op het platform geüpload content. Het HvJ EU verduidelijkt dat het enkele feit dat de exploitant zich ‘in het algemeen ervan bewust’ is dat zijn platform ook wordt gebruikt om inbreukmakende content te delen, niet meebrengt dat hij niet voldoet aan de voorwaarden die artikel 14 richtlijn elektronische handel stelt. Dat artikel vereist dat de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van onwettige informatie en dat hij, zodra hij die kennis wel krijgt, prompt

48 Artikel 33 lid 2 DSA voorziet in een mechanisme om de drempelwaarde aan te passen bij aanmerkelijke schommelingen in het bevolkingsaantal.

49 Ten tijde van het schrijven van dit artikel zijn er in Europa 18 bedrijven die, ook volgens zichzelf, kwalificeren als VLOP of VLOSE. Zie ook: M. Husovec, ‘The DSA’s Scope Briefly Explained’ (February 20, 2023). Beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4365029>.

50 Artikel 34 en 35 DSA.

51 F. Willman, ‘De Digital Services Act (DSA): een belangrijke stap naar betere regulering van onlinedienstverlening’, *NtER* 2022, nr. 9/10, p. 227.

52 Artikel 38 DSA.

53 Artikel 39 DSA.

54 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

55 HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*). De zaak is recent door de Hoge Raad toegepast in de zaak *NSE/Brein*. Onder verwijzing naar *YouTube en Cyando* oordeelt de Hoge Raad dat Usenet provider NSE géén mededeling aan het publiek verricht en een beroep kan doen op de hosting vrijwaring. HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:94 (*NSE/Brein*).

56 HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 84, 102.

handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. ‘Daadwerkelijke kennis’ in de zin van deze bepaling houdt volgens het HvJ EU kennis van concrete onwettige activiteiten en informatie in.⁵⁷

Let wel: de uitleg van het HvJ EU in deze zaak had geen betrekking op het hierna te bespreken artikel 17 van de DSM-richtlijn, dat in werking trad nadat de prejudiciële vragen in *YouTube en Cyando* waren gesteld.⁵⁸

Artikel 17 DSM-richtlijn

Artikel 17 van de DSM-richtlijn⁵⁹ introduceert een speciaal aansprakelijkheidsregime voor zogenaamde ‘aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud’, dat afwijkt van het regime voor tussenpersonen in de richtlijn elektronische handel (vervangen door de DSA). Artikel 17 DSM-richtlijn is op 7 juni 2021 geïmplementeerd in artikel 29c-29e Auteurswet. Een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van inhoud – in het Engels: ‘online content sharing service provider’, ofwel ‘OCSSP’ – is volgens artikel 2 lid 6 van de DSM-Richtlijn ‘een aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij die als belangrijkste of een van de belangrijkste doelstellingen heeft een grote hoeveelheid door de gebruikers van de dienst geüploadede auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen op te slaan en toegankelijk te maken voor het publiek, waarbij hij deze werken en materialen ordent en promoot met een winstoogmerk.’ Om te kwalificeren als OCSSP, moet een dienstverlener aan *alle* elementen van de definitie voldoen.⁶⁰ Overweging 62 van de considerans verduidelijkt dat de definitie uitsluitend gericht is op ‘onlinediensten die een belangrijke rol spelen op de markt voor online-content door te concurreren met andere online-contentdiensten, zoals online audio-en videostreamingdiensten, om hetzelfde publiek’. De bekendste voorbeelden zijn YouTube, Daily Motion, Vimeo, SoundCloud en Pinterest.⁶¹

Artikel 17 lid 1 DSM-richtlijn bepaalt dat OCSSP's een handeling van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 Auteursrechtlijn verrichten wanneer zij het publiek toegang verlenen tot auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen die door de gebruikers ervan zijn geüpload. Dat het de gebruikers zijn die werken uploaden, doet hier niet aan af. Dit betekent dat de platforms toestemming – een licentie – moeten krijgen van de

rechthebbenden. Hebben zij geen toestemming, dan plegen ze auteursrechtinbreuk. Lid 3 verduidelijkt dat de dienstverlener in dat geval geen beroep kan doen op de vrijwaring van aansprakelijkheid voor hosting diensten.

Aangezien de aanbieders op voorhand vaak niet weten (en ook niet kunnen weten) wat voor materiaal hun gebruikers zullen plaatsen, zal het in veel gevallen niet mogelijk zijn om vooraf toestemming te verkrijgen. Voor die situatie introduceert artikel 17 lid 4 DSM-richtlijn een aantal (zware) cumulatieve inspanningsverplichtingen. In dat geval moeten OCSSP's alles in het werk stellen om (i) die toestemming wel te krijgen; en (ii) overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, te voorkomen dat niet-toegestane werken, zoals geïdentificeerd door rechthebbenden, beschikbaar zijn; en (iii) na ontvangst van een melding, prompt optreden om specifieke niet-toegestane werken te verwijderen én toekomstige uploads daarvan te voorkomen (*notice-and-staydown*).

De achtergrond van artikel 17 is de zogeheten ‘value gap’: de gedachte dat de grote techplatforms, zoals YouTube en Facebook, veel (advertentie)inkomsten genereren met auteursrechtelijk beschermde werken die door hun gebruikers zijn geplaatst terwijl de rechthebbenden daarvan te weinig profiteren. Artikel 17 moet deze mismatch – de ‘value gap’ – dichten, door de techplatforms te dwingen om een deel van hun inkomsten te delen met rechthebbenden óf te filteren op auteursrechtelijk beschermde werken.

Artikel 17 was zonder twijfel de meest omstreden bepaling uit de DSM-richtlijn. Het wetgevingsproces kenmerkte zich door een intense lobby door de geraakte ondernemingen en door kritiek van burgers, de academische wereld en verdedigers van de vrijheid van meningsuiting.⁶² Critici stelden zich op het standpunt dat de invoering van een ‘upload-filter’ in strijd is met die vrijheid. Nadat de richtlijn was aangenomen, startte Polen een zaak tegen het Europees Parlement en de Raad waarin zij het HvJ EU verzocht artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-richtlijn – kort gezegd: de filteren staydown verplichtingen – nietig te verklaren. Het HvJ EU verwierp dat beroep echter, oordelend dat de filterverplichtingen van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-richtlijn met voldoende waarborgen zijn omkleed, waardoor de vrijheid van meningsuiting en informatie niet onevenredig wordt

57 HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 111-112.

58 HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 56.

59 De DSM-richtlijn werd op 17 mei 2019 gepubliceerd. Doel van de richtlijn is het auteursrecht te moderniseren en aan te passen aan de zogeheten digitale eengemaakte markt (de *digital single market*, ofwel ‘DSM’).

60 Diensten zonder winstoogmerk, of met een andere (hoofd) doelstelling dan het uploaden van content, vallen er dus niet onder. Ook diensten die geen ‘grote’ hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde content opslaan, vallen erbuiten. Een aantal diensten zijn nadrukkelijk uitgesloten van de definitie, namelijk online-encyclopedieën zonder winstoogmerk; onderwijs- of

wetenschappelijke gegevensbanken zonder winstoogmerk; platforms voor het ontwikkelen en delen van opensourcesoftware; aanbieders van elektronische communicatiediensten (internettoegang, interpersoonlijke communicatie en transmissiediensten); online marktplaatsen; business-to-business clouddiensten en clouddiensten waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik.

61 Zie Concl. A-G Saugmandsgaard Øe van 15 juli 2021 in zaak C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613, para. 14. Zie ook de voorbeelden genoemd in de Impact Assessment van de Europese Commissie bij het richtlijnvoorstel, SWD(2016) 301 final, p. 137 e.v.

62 Zie de concl. van A-G Saugmandsgaard Øe van 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:613, para. 23.

bepikt.⁶³ Die waarborgen zijn neergelegd in artikel 17 zelf en houden onder meer in:

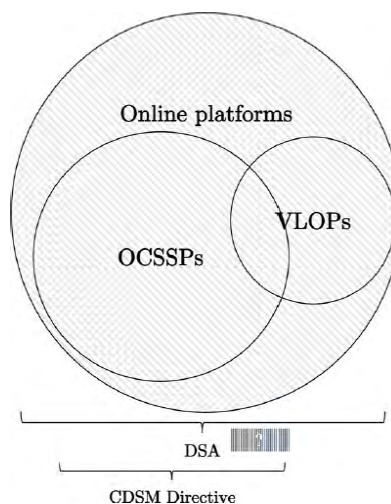
- dat de verplichtingen in artikel 17 lid 4 sub b en c slechts kunnen worden ingeroepen indien de rechthebbenden de OCSSP de nodige toepasselijke informatie heeft verstrekt over de te filteren content;⁶⁴
- dat bij het bepalen of een OCSSP zijn inspanningsverplichtingen is nagekomen, rekening moet worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Daarbij moet onder meer worden gelet op het type, het publiek en de omvang van de dienst en het soort werken dat door gebruikers wordt aangeboden, maar ook op de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen en de kosten daarvan voor de desbetreffende aanbieder;⁶⁵
- dat de toepassing van artikel 17 niet mag leiden tot het filteren van inhoud die geen inbreuk maakt op het auteursrecht, bijvoorbeeld omdat het gebruik valt onder een beperking op het auteursrecht.⁶⁶ OCSSP moeten gebruikers in hun algemene voorwaarden op de hoogte stellen van beperkingen op het auteursrecht;
- dat de toepassing van het artikel niet leidt tot een algemene toezichtverplichting⁶⁷;
- dat de OCSSP moet voorzien in een snelle en doeltreffende klachtenprocedure op grond waarvan gebruikers klachten kunnen indienen over de wijze waarop aan de filterverplichtingen gevolg wordt gegeven. Ook moet de OCSSP regelen dat makers, hun rechtverkrigenden, en gebruikers beroep kunnen instellen bij een onpartijdige geschillencommissie;⁶⁸
- dat de Commissie in samenwerking met de lidstaten dialogen met belanghebbenden dient te organiseren om beste praktijken te bespreken voor de samenwerking tussen OCSSP's en rechthebbenden en om richtsnoeren te verstrekken voor de toepassing van artikel 17.⁶⁹

Diensten die niet kwalificeren als OCSSP vallen onder het bestaande juridisch kader. Dat blijkt uit overweging 64 en 65 en artikel 17 lid 3 van de DSM-Richtlijn. Voor hen zal dus op basis van het bestaande kader van artikel 3 Auteursrecht-richtlijn en artikel 14 van de Richtlijn elektronische handel (vervangen door artikel 6 DSA) moeten worden bepaald in hoeverre ze aansprakelijk zijn.

De wisselwerking tussen de DSA en de DSM

Zowel de DSA als artikel 17 van de DSM-richtlijn leggen verplichtingen op met betrekking tot de wijze waarop (bepaalde) online platforms omgaan met illegale informatie. Artikel 17 DSM-richtlijn doet dat specifiek voor inhoud die inbreuk maakt op het auteursrecht, de DSA voor illegale inhoud in het algemeen.⁷⁰ Het begrip 'illegale inhoud' is breed en dekt ook het onbevoegde gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal.⁷¹ Sterker nog, het auteursrecht is verantwoordelijk voor het grootste deel van de verwijdering van inhoud van online platforms.⁷²

Het is evident dat er overlap is tussen de partijen die kwalificeren als 'OCSSP' in de zin van de DSM-richtlijn en partijen die kwalificeren als 'online platform' of soms zelfs als 'VLOP' in de zin van de DSA. Een partij als YouTube, bijvoorbeeld, voldoet aan alle drie de definities. Quintais en Schwemer geven deze overlap mooi weer in de volgende figuur:⁷³



Op het eerste gezicht lijken de DSA en de DSM-richtlijn echter betrekkelijk weinig met elkaar te maken te hebben. Artikel 2 lid 4 van de DSA bepaalt namelijk dat 'deze verordening [...] geen afbreuk [doet] aan de regels die zijn vastgesteld bij andere Unierechtshandelingen ter regeling van andere aspecten van de aanbidding van tussenhandeldiensten op de interne markt, of die deze verordening specificeren en aanvullen', waaronder met name ook 'het Unierecht inzake auteursrechten en verwante rechten' (sub b).

63 HvJ EU 26 april 2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297 (Polen/ Europees Parlement & Raad). Daarmee volgt het HvJ EU de concl. van A-G Saugmandsgaard Øe van 15 juli 2021.

64 Artikel 17 lid 4 sub b DSM-richtlijn.

65 Artikel 17 lid 5 DSM-richtlijn.

66 Artikel 17 lid 7 DSM-richtlijn.

67 Artikel 17 lid 8 DSM-richtlijn.

68 Artikel 17 lid 9 DSM-richtlijn.

69 Artikel 17 lid 10 DSM-richtlijn. Die richtsnoeren zijn op 4 juni 2021 gepubliceerd: Richtsnoeren betreffende artikel 17 van Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM(2021) 288 definitief, p. 50.

70 'Illegale inhoud' wordt in artikel 3 sub h DSA gedefinieerd als 'alle informatie die op zichzelf of in verband met een activiteit,

waaronder de verkoop van producten of het aanbieden van diensten, indruist tegen het Unierecht of tegen het met het Unierecht in overeenstemming zijnde recht van een lidstaat, ongeacht het precieze voorwerp of de precieze aard van dat recht.'

71 Overweging 12 considerans DSA.

72 Alexander Peukert, Martin Husovec, Martin Kretschmer, Péter Mezei, and João Pedro Quintais, European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal (January 17, 2022), *ILC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53(3) (2022), p. 359, beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4016208>.

73 J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), figuur 2, p. 14.

Hetzelfde volgt uit de considerans van de DSA. Overweging 11 daarvan benadrukt nog eens dat de DSA geen afbreuk doet aan de auteursrechtelijke richtlijnen,⁷⁴ waaronder de DSM-richtlijn, die specifieke regels en procedures vaststellen die onverlet moeten blijven. Tegelijkertijd verduidelijkt overweging 10 dat, voor zover dit soort sectorspecifieke Unierechtshandelingen dezelfde doelstellingen nastreven als de DSA, de regels van de DSA wel van toepassing moeten zijn 'op aangelegenheden die niet of niet volledig door die andere rechtshandelingen zijn aangepakt', net als op 'aangelegenheden waarvoor die andere rechtshandelingen de lidstaten de mogelijkheid laten om bepaalde maatregelen op nationaal niveau vast te stellen'.

Artikel 2 lid 4 DSA en deze overwegingen maken enerzijds duidelijk dat (artikel 17 van) de DSM-richtlijn kwalificeert als *lex specialis* ten opzichte van de DSA als *lex generalis*. De DSA mag geen afbreuk doen aan artikel 17 DSM-richtlijn, dat uitsluitend betrekking heeft op auteursrechtelijk beschermde content en van toepassing is op een subgroep van online platforms, namelijk OCSSP's.⁷⁵ Anderzijds volgt eruit dat het *lex specialis* karakter niet in de weg staat aan toepasselijkheid van de DSA in situaties die *niet of niet volledig* worden geregeld in de DSM-richtlijn, of in situaties waar de DSM-richtlijn lidstaten de *ruimte* geeft om op nationaal niveau bepaalde maatregelen vast te stellen.⁷⁶ Met andere woorden: de horizontale regels van de DSA zijn van toepassing, tenzij het *lex specialis* regime zich daartegen verzet of specifieke(re) regels bevat zijn. Dit lijkt ook te volgen uit artikel 2 lid 4 DSA zelf, waarin wordt verwezen naar de andere Unierechtshandelingen 'die deze verordening specificeren en aanvullen'.

Wat betekent dit in de praktijk voor online platforms die (mede) te maken hebben met auteursrechtelijk beschermd materiaal dat door hun gebruikers wordt geüpload?

Niet-OCSSP's

Die vraag is eenvoudig voor online platforms die *niet* kwalificeren als OCSSP in de zin van artikel 17 DSM-richtlijn, bijvoorbeeld omdat zij niet aan alle elementen van de definitie voldoen. Op hen is de DSA volledig van toepassing, ook in auteursrechtkwesities. Voor die partijen moet op basis

van het bestaande kader worden beoordeeld of zij aansprakelijk zijn, een en ander met inachtneming van het arrest *YouTube en Cyando*.

De toepasselijkheid van de DSA op OCSSP's

Ingewikkelder wordt het voor online platforms die wél voldoen aan de definitie van 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van inhoud' en dus in ieder geval onder het *lex specialis* regime van artikel 17 DSM-richtlijn vallen. Voor de DSA is in die situatie plaats waar het aangelegenheden betreft die niet of niet volledig door artikel 17 worden aangepakt, of waar artikel 17 DSM-richtlijn de lidstaten ruimte laat.

OCSSP's en het aansprakelijkheidsregime uit de DSA

De toepasselijkheid van artikel 17 DSM-richtlijn brengt mee dat het aansprakelijkheidskader neergelegd in de DSA gedeeltelijk is uitgesloten voor OCSSP's. De toepasselijkheid van de hosting vrijwaring wordt immers nadrukkelijk uitgesloten in artikel 17 lid 3 DSM-richtlijn, althans voor wat betreft 'situaties die onder [dat] artikel vallen'.⁷⁷ Voor doeleinden die buiten het toepassingsgebied van de DSM-richtlijn vallen, kan de hosting vrijwaring nog steeds van toepassing zijn, zo volgt uit de tweede paragraaf van artikel 17 lid 3 DSM-richtlijn.⁷⁸

Dit geldt bijvoorbeeld voor inhoud die kwalificeert als *hate speech*, of kinderporno. Uit artikel 2 lid 4 DSA en de hierboven beschreven overwegingen volgt dat de DSA gewoon van toepassing is op dergelijke onderwerpen, die niet door artikel 17 DSM-richtlijn worden gereguleerd. Dit betekent dat een partij als YouTube – onmiskenbaar een OCSSP – waar het auteursrechtelijk beschermde content betreft aan artikel 17 DSM-richtlijn zal moeten voldoen. Als de relevante informatie, daarentegen, betrekking heeft op *hate speech*, kinderporno of om een andere reden dan het auteursrecht 'illegaal' is, dan biedt de DSA het relevante kader en kan YouTube, mits aan de daarvoor geldende voorwaarden wordt voldaan, een beroep doen op de hosting vrijwaring.⁷⁹

Het feit dat OCSSP's zijn uitgesloten van de bescherming die de hosting vrijwaring biedt, brengt verder niet nood-

74 De overweging noemt de Auteursrechtlijn (richtlijn 2001/29/EG), de Handhavingsrichtlijn (richtlijn 2004/48/EG) en de DSM-richtlijn.

75 E. Rosati, 'The Digital Services Act and Copyright Enforcement: The Case of Article 17 of the DSM Directive' in: Cappello M. (ed.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2021, p. 64.

76 Alexander Peukert, Martin Husovec, Martin Kretschmer, Péter Mezei, and João Pedro Quintais, *European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal* (January 17, 2022), *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53(3) (2022), p. 361.

77 'Wanneer een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content een handeling van mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek verricht, onder de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden,

is de in artikel 14, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid niet van toepassing op situaties die onder dit artikel vallen.'

78 Daarin staat te lezen: 'De eerste alinea van dit lid laat de mogelijke toepassing onverlet van artikel 14, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG op die dienstverleners voor doeleinden die buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen.'

79 J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), p. 14. Daarvoor is vereist dat de betreffende dienstverlener geen 'actieve rol' speelt. E. Rosati, 'The Digital Services Act and Copyright Enforcement: The Case of Article 17 of the DSM Directive' in: Cappello M. (ed.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2021, p. 77.

zakelijkerwijs mee dat ook de overige bepalingen uit hoofdstuk II van de DSA niet gelden. Zo lijkt het verbod op algemene toezichtverplichtingen, neergelegd in artikel 8 DSA⁸⁰, niet te worden geraakt door de DSM-richtlijn. Artikel 17 lid 8 DSM-richtlijn stelt in dit verband slechts dat 'de toepassing van dit artikel [...] niet leidt tot een algemene toezichtverplichting'. Deze bepaling lijkt hier slechts te bevestigen wat onder artikel 15 van de richtlijn elektronische handel (inmiddels artikel 8 DSA) al gold en is dus declaratoir van aard.⁸¹

Minder duidelijk is of ook de *Good Samaritan*-bepaling uit artikel 7 DSA van toepassing is op OCSSP's. Dit artikel verwijst immers terug naar de aansprakelijkheidsvrijstelling, die op grond van artikel 17 lid 3 nu juist niet van toepassing is op OCSSP's.⁸² Bovendien zet artikel 17 lid 4 van de DSM-richtlijn al vrij gedetailleerd uiteen welke (preventieve) inspanningsmaatregelen OCSSP's moeten nemen om ervoor te zorgen dat bepaalde auteursrechtelijk beschermde werken niet beschikbaar zijn op hun platforms. Deze regels lijken weinig ruimte te laten voor vrijwillig onderzoek door OCSSP's, al is het niet ondenkbaar dat een OCSSP vrijwillig meer doet dan hij op grond van artikel 17 lid 4 DSM-richtlijn moet doen.⁸³

De regels in de DSA over bevelen om op te treden tegen illegale inhoud (artikel 9) en/of om informatie te verstrekken (artikel 10)⁸⁴ lijken verder zonder meer van toepassing te zijn op OCSSP's. De minimumvoorwaarden voor bevelen die deze artikelen stellen⁸⁵, zijn elders nergens geregeld voor (bevelen tegen) OCSSP's.

Toepasselijkheid zorgvuldigheidsverplichtingen op OCSSP's

Ook veel van de zorgvuldigheidsverplichtingen neergelegd in hoofdstuk III DSA lijken gewoon van toepassing te kun-

nen zijn op OCSSP's. Een groot deel daarvan wordt namelijk niet, of niet volledig, geregeld in artikel 17 DSM.

Dit geldt bijvoorbeeld voor de basisverplichtingen die gelden voor alle tussenhandeldiensten⁸⁶, zoals die inzake contactpunten, wettelijke vertegenwoordigers, algemene voorwaarden en transparantierapportages. Met name artikel 14 (algemene voorwaarden) zal in de praktijk een belangrijk middel zijn om (Big Tech) platforms te dwingen tot het op zorgvuldige, objectieve en evenredige wijze toepassen van contentmoderatie. De toepasselijkheid van deze bepaling op OCSSP's is logisch – dit zijn bij uitstek platforms die contractuele beperkingen opleggen, inhoudsmoderatie toepassen en gebruikmaken van algoritmische besluitvorming – en heeft meerwaarde. Artikel 17 DSM-richtlijn regelt namelijk betrekkelijk weinig over (de handhaving van) algemene voorwaarden. Lid 9 verplicht OCSSP's slechts om gebruikers van hun dienst in de algemene voorwaarden op de hoogte te stellen van de beperkingen op het auteursrecht.

Hetzelfde geldt voor de verplichtingen over transparantie van aanbevelingssystemen (artikel 27 en 38 DSA), iets waarover de DSM-richtlijn niks regelt.⁸⁷

De DSM-richtlijn voorziet evenmin in een mechanisme voor *trusted flaggers*⁸⁸. Er lijkt dan ook geen reden om artikel 22 DSA niet toe te passen op OCSSP's. Sterker nog, het ligt in de rede dat onder meer organisaties van auteursrechthebbenden de status van betrouwbare flagger zullen willen aanvragen om ervoor te zorgen dat hun meldingen met prioriteit worden afgehandeld. In de praktijk spelen betrouwbare flaggers ook nu al een belangrijke rol bij het handhaven van auteursrechten online.⁸⁹ Het zou daarom niet meer dan logisch zijn om artikel 22 onverkort toe te passen op OCSSP's die online platform zijn. Omdat artikel 22 DSA echter terugverwijst naar de kennisgevings- en

80 Ter vervanging van artikel 15 richtlijn elektronische handel.

81 J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), p. 14.

82 'Aanbieders van tussenhandeldiensten worden niet geacht te zijn uitgesloten van de in de artikelen 4, 5 en 6 bedoelde aansprakelijkheidsvrijstellingen louter omdat zij te goeder trouw en zorgvuldig vrijwillige onderzoeken op eigen initiatief uitvoeren naar of andere maatregelen nemen die zijn gericht op het opsporen, identificeren en verwijderen van, of het uitschakelen van de toegang tot illegale inhoud, of omdat zij de nodige maatregelen nemen voor de naleving van de vereisten van het Unierecht en het met het Unierecht in overeenstemming zijnde nationale recht, waaronder de in deze verordening uiteengezette vereisten'.

83 J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), p. 19-20.

84 Belangrijk is dat deze regels in de DSA geen nieuwe bevoegdheden toekennen en geen zelfstandige rechtsgrondslag bevatten voor het uitvaardigen van bevelen. Die rechtsgrondslag moet elders in het Unierecht of het nationale recht worden gevonden. Artikel 9 en 10 DSA stellen enkel minimumvoorwaarden voor de uitoefening van bevoegdheden op dit gebied voor zover die bestaan op grond van het nationale of Unierecht.

Het doel is ervoor te zorgen dat zulke bevelen op een efficiënte en doeltreffende manier kunnen worden uitgevoerd, vooral in een grensoverschrijdende context.

85 Artikel 9 en 10 DSA bevatten voorwaarden ten aanzien van (onder meer) de motivering, het territoriale toepassingsgebied en de gebruikte talen van bevelen.

86 Neergelegd in afdeling 1 van Hoofdstuk III DSA.

87 J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), p. 21.

88 Betrouwbare flaggers zijn op grond van artikel 22 lid 2 DSA entiteiten die hebben aangetoond dat zij beschikken over specifieke expertise en bevoegdheid voor het opsporen, identificeren en melden van illegale inhoud; onafhankelijk zijn van enige aanbieder van online platforms en hun activiteiten uitvoeren met als doel meldingen zorgvuldig, nauwkeurig en objectief te doen.

89 Zo hebben YouTube en Facebook al Trusted Flagger programma's. Zie de hulppagina van <https://support.google.com/youtube/answer/7554338?hl=en> en de reactie van Facebook op de consultatie van de Europese Commissie over de Digital Services Act, te vinden op <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2020/09/FINAL-FB-Response-to-DSA-Consultations.pdf>.

actiemechanismen van artikel 16 DSA⁹⁰, zou de toepasselijkheid op OCSSP's wellicht nog kunnen afhangen van de vraag of dat artikel van toepassing is, waarover hieronder meer. Hetzelfde speelt bij artikel 23 DSA, het artikel over misbruik. Artikel 17 DSM-richtlijn regelt dit niet en de toepasselijkheid van deze bepaling op OCSSP's lijkt essentieel om herhaaldelijke online auteursrechtinbreuken door *repeat infringers* beter te kunnen bestrijden. Maar ook de verplichting om op te treden tegen personen of entiteiten die regelmatig kennelijk ongegronde meldingen of klachten doen, is net zo relevant in auteursrechtcontext als daarbuiten. Enige onzekerheid is gelegen in het feit dat ook deze bepaling terugverwijst naar artikel 16 (en artikel 20 over interne klachtenafhandeling). Bij gebreke aan specifieke regels hierover in (artikel 17 van) de DSM-richtlijn, meen ik echter dat de bepalingen over *trusted flaggers* en *repeat infringers* in de DSA onverkort zouden moeten gelden voor OCSSP's.

Er is, ten slotte, geen enkele reden om aan te nemen dat de verplichtingen die specifiek gelden voor VLOP's uit de DSA⁹¹ niet van toepassing zouden zijn op OCSSP's die tevens kwalificeren als VLOP. Integendeel. Dit zijn bij uitstek de diensten – YouTube, Facebook, Instagram – die de Uniewetgever onder het speciale regime voor VLOP's heeft willen brengen, juist omdat deze diensten aanzienlijke systeemrisico's met zich mee kunnen brengen. De verspreiding van illegale inhoud, waaronder inhoud die inbreuk maakt op het auteursrecht, is één van de risico's.⁹² Nu de DSM-richtlijn daarover niks regelt, is afdeling 5 van de DSA onverkort van toepassing.

Onderwerpen die artikel 17 DSM-richtlijn gedeeltelijk regelt

Ingewikkelder is het voor onderwerpen waar artikel 17 DSM-wel iets over regelt, maar dat minder gedetailleerd doet dan de DSA.

Dat geldt bijvoorbeeld voor meldingen van inbreukmakende content. Artikel 17 lid 4 sub c DSM-richtlijn schrijft voor dat OCSSP's moeten aantonen dat zij na ontvangst van 'een voldoende onderbouwde melding van de rechthebbers', prompt zijn opgetreden om de toegang tot de werken en andere materialen in kwestie te deactiveren of deze van hun websites te verwijderen, en alles in het werk heb-

ben gesteld om toekomstige uploads ervan overeenkomstig te voorkomen. Op grond van lid 9 dienen rechthebbers dergelijke verzoeken 'naar behoren' te motiveren.

De vraag is hoe dit *notice and staydown*-regime zich verhoudt tot het kennisgevings- en actiemechanisme (*notice and action*) neergelegd in artikel 16 DSA en de verplichting tot motivering neergelegd in artikel 17 DSA. Anders dan artikel 17 DSM-richtlijn, specificeert artikel 16 lid 2 DSA immers precies welke elementen een melding moet bevatten om 'voldoende nauwkeurig en naar behoren gemotiveerd' te zijn. De DSM-richtlijn bevat verder geen regels over het informeren, laat staan motiveren, van opgelegde beperkingen aan gebruikers, iets wat artikel 17 DSA wel voorschrijft. Artikel 16 en 17 DSA voegen hier een niveau van detail toe dat in artikel 17 DSM-richtlijn ontbreekt. Gelet op de harmonisatiedoelstellingen van de DSA in het algemeen en met betrekking tot *notice-and-action* procedures in het bijzonder en het karakter van de DSA als horizontale verordening⁹³, ligt het voor de hand dat de specifiekere regels uit de DSA de corresponderende bepalingen uit artikel 17 DSM-richtlijn aanvullen en inkleuren. Het feit dat de Europese Commissie in haar richtsnoeren⁹⁴ tracht de leemte in de wetgeving inzake meldingen op te vullen door te verwijzen naar de aanbeveling van 2018 over illegale inhoud⁹⁵ lijkt deze opvatting te bevestigen.⁹⁶

Iets vergelijkbaars geldt voor klachten en buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Artikel 17 lid 9 DSM-richtlijn schrijft voor dat lidstaten erin voorzien dat OCSSP's een doeltreffend en snel klachten- en beroepsmechanisme invoeren dat beschikbaar is voor de gebruikers van hun diensten over het deactiveren van de toegang tot of het verwijderen van door hen geüploade werken. Klachten moeten op grond van dat artikel onverwijld worden behandeld. Ook moeten de lidstaten op grond van het artikel voorzien in mechanismen voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Het artikel is bepaald minder gedetailleerd dan de voorschriften voor interne klachtenafhandelingssystemen en buitengerechtelijke geschillenbeslechting in artikel 20 en 21 van de DSA. Zo schrijft de DSA onder meer voor dat dergelijke systemen gemakkelijk toegankelijk en gebruikersvriendelijk moeten zijn en noemt de DSA concrete termijnen, zoals de zes maanden gedurende welke het klachtenstelsel beschikbaar moet zijn nadat een besluit genomen

90 Artikel 22 lid 1 DSA luidt: 'Aanbieders van onlineplatforms nemen de nodige technische en organisatorische maatregelen om te verzekeren dat meldingen die zijn gedaan door betrouwbare flaggers die binnen hun aangewezen expertiseterrein werken via de in artikel 16 genoemde mechanismen prioritair en onverwijld worden verwerkt en afgehandeld.'

91 Afdeling 5 van hoofdstuk III DSA.

92 Artikel 34 DSA. In gelijke zin J.P. Quintais & S.F. Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), p. 28.

93 Het doel van de DSA is juist om een reeks uniforme, doeltreffende en evenredige dwingende bepalingen vast te stellen,

zodat versnippering van de interne markt wordt voorkomen en beëindigd en rechtszekerheid wordt gewaarborgd. Zie overweging 4 considerans DSA.

94 Richtsnoeren betreffende artikel 17 van Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM(2021) 288 definitief, p. 18.

95 Aanbeveling (EU) 2018/334 van de Commissie van 1 maart 2018 over maatregelen om illegale online-inhoud effectief te bestrijden.

96 Alexander Peukert, Martin Husovec, Martin Kretschmer, Péter Mezei, and João Pedro Quintais, *European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal* (January 17, 2022), *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53(3) (2022), p. 362-363.

is.⁹⁷ Anders dan artikel 17 DSM-richtlijn, bevat artikel 20 lid 4 DSA ook nadrukkelijk de verplichting tot het ongedaan maken van een besluit op het moment dat een klacht gegrond blijkt te zijn. Deze verplichting, die kan leiden tot het terugplaatsen van verwijderde informatie of het terugdraaien van een schorsing, is een belangrijke waarborg voor de fundamentele rechten van gebruikers.

Ook hier lijkt het logisch en wenselijk dat de DSA als horizontaal instrument de ‘gaten’ vult die artikel 17 DSM-richtlijn open heeft gelaten. Zo bezien geeft de DSA nader invulling aan wat ‘doeltreffend en snel’ in de zin van artikel 17 lid 9 DSM-richtlijn is. Dat sluit niet alleen aan bij doelstellingen van de DSA, maar is ook logisch omdat OCSSP's voor situaties die buiten *het auteursrecht* vallen hoe dan aan de DSA zullen moeten voldoen als zijnde ‘online platform’ en wellicht ook als VLOP. Voor *andere* illegale inhoud die via hun platform wordt verspreid geldt de DSA.⁹⁸ De toepasselijkheid van gelijkaardige, maar verschillende verhaal- en klachtenmechanismen, enkel omdat het juridisch kader dat van toepassing is op de betrokken inhoud verschilt, lijkt in niemands belang. Ook dit pleit sterk voor een consistente toepassing van de DSA op alle platforms.⁹⁹

Waar is de *lex* echt *specialis*?

Natuurlijk zijn er gevallen waar het *lex specialis*-karakter van artikel 17 DSM-richtlijn meebrengt dat de *lex generalis* van de DSA opzij wordt gezet. Naast de uitsluiting van de hosting vrijwaring voor OCSSP's die op grond van artikel 17 DSM-richtlijn een mededeling aan het publiek verrichten, gaat het met name om artikel 17 lid 4 sub c DSM-richtlijn.¹⁰⁰ Waar de DSA slechts een kennisgevings- en actiemechanisme voorschrijft, schrijft artikel 17 lid 4 sub c ook een *staydown* voor: de OCSSP moet na een onderbouwde melding niet alleen inhoud in kwestie verwijderen, maar ook toekomstige uploads ervan voorkomen.

Conclusie

Het auteursrecht neemt een speciale plek in binnen het EU-recht. De nieuwe DSA-verordening doet nadrukkelijk geen afbreuk aan het Unierecht inzake het auteursrecht, waaronder met name ook de DSM-richtlijn en het daarin neergelegde regime voor OCSSP's. Deze regels kwalificeren als *lex specialis* ten opzichte van de DSA als *lex generalis*.

Dat de DSA ‘geen afbreuk’ doet aan artikel 17 DSM-richtlijn, betekent echter niet dat de horizontale regels van de DSA geen rol van betekenis spelen voor OCSSP's. Integen-

deel. De DSA mist slecht toepassing wanneer de *lex specialis* regels een onderwerp uitputtend regelen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de categorale uitsluiting van de hosting vrijwaring voor OCSSP's en de proactieve filter- en staydownverplichtingen die artikel 17 lid 4 DSM-richtlijn introduceert. Op die punten is de *lex* echt *specialis*.

De DSA is echter onverkort van toepassing op OCSSP's waar het onderwerpen betreft die (artikel 17 van) de DSM-richtlijn niet, of niet volledig, regelt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de zorgvuldigheids- en transparantieverplichtingen in de DSA die gelden voor alle tussenhandeldiensten, waaronder de regeling voor algemene voorwaarden en contentmoderatie. Het geldt ook voor de regels over aanbevelingssystemen voor online platforms en het speciale regime voor VLOP's. Het lijkt verder in strijd met het doel dat de DSM-richtlijn nastreeft als de regels over trusted flaggers en misbruik uit de DSA niet ook van toepassing zouden zijn op OCSSP's.

Andere onderwerpen, zoals meldingen en klachtenmechanismen, worden wel geregeld in artikel 17 DSM-richtlijn, zij het beperkt. Ten aanzien van deze onderwerpen is goed verdedigbaar dat de specifiekere regels van de DSA de minder gedetailleerde regels uit de DSM-richtlijn aanvullen en inkleuren, mits dit uiteraard past in het systeem dat door de *lex specialis* is opgetuigd. Dit geldt voor de regels in de DSA over meldingen, motivering, klachtenafhandeling en buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Deze lezing sluit aan bij het karakter en doel van de DSA als horizontale, harmoniserende verordening.

Bij dit alles is het van belang om te onthouden dat OCSSP's niet alleen vanuit auteursrechtelijk oogpunt relevant zijn. De content die zij van hun gebruikers opslaan en doorgeven kan (en zal) in sommige gevallen ook om andere redenen dan het auteursrecht illegaal of onrechtmatig zijn. Is dat het geval, dan zijn de regels van de DSA en niet die van de DSM-richtlijn van toepassing. Het toepassen van gelijkaardige, maar verschillende mechanismen op hetzelfde platform, enkel op basis van het type inhoud dat het betreft (auteursrechtinbreuk, onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens, haatzaaien) is niet in het belang van de online platforms zelf, en evenmin in het belang van de internetgebruiker of andere belanghebbenden. Dit pleit sterk voor een, waar mogelijk, eenvormige toepassing van de DSA-regels op alle platforms. Het laatste woord hierover is evenwel aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

97 Artikel 20 lid 2 DSA. Zie ook de termijn voor beslissingen van buitengerechtelijke geschillenbeslechtsorganen genoemd in artikel 21 lid 4 DSA.

98 Al kan natuurlijk een andere *lex specialis* van toepassing zijn, zoals bijvoorbeeld 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. Zie voor meer voorbeelden artikel 2 lid 4 DSA.

99 J.P. Quintais & S.F. Schwemer, ‘The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?’, *European Journal of Risk Regulation* (2022), p. 25.

100 E. Rosati, ‘The Digital Services Act and Copyright Enforcement: The Case of Article 17 of the DSM Directive’ in: Cappello M. (ed.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2021, p. 75-76.