

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Amsterdam, 14 september 2018

CONSULTATIE UITVOERINGSWET CPC-VERORDENING

Geachte heer, mevrouw,

1. Hierbij reageert LeaseWeb Netherlands B.V. ("LeaseWeb" of "LeaseWeb NL") op het ter consultatie aangeboden wetsvoorstel waarin enkele aspecten ter uitvoering van de verordening (EU) 2017/2394 worden geregeld ("het Wetsvoorstel").¹

Introductie

2. LeaseWeb heeft enkele opmerkingen op het Wetsvoorstel, in het bijzonder de bevoegdheden die ingevolge artikel 2.7 aan de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") worden toegekend. Deze bevoegdheden houden onder meer in dat de ACM een aanbieder van een communicatiedienst een last kan opleggen om maatregelen te treffen om de inhoud van of de toegang tot een online interface te beperken of te verbieden, of de online interface te deactiveren.² LeaseWeb heeft niet zozeer kritiek op de bevoegdheden *an sich*; de kritiek ziet met name toe op het proces dat daaraan voorafgaat. LeaseWeb is namelijk van mening dat het huidige Wetsvoorstel onvoldoende voorziet in waarborgen voor de proportionele toepassing van de bevoegdheden.

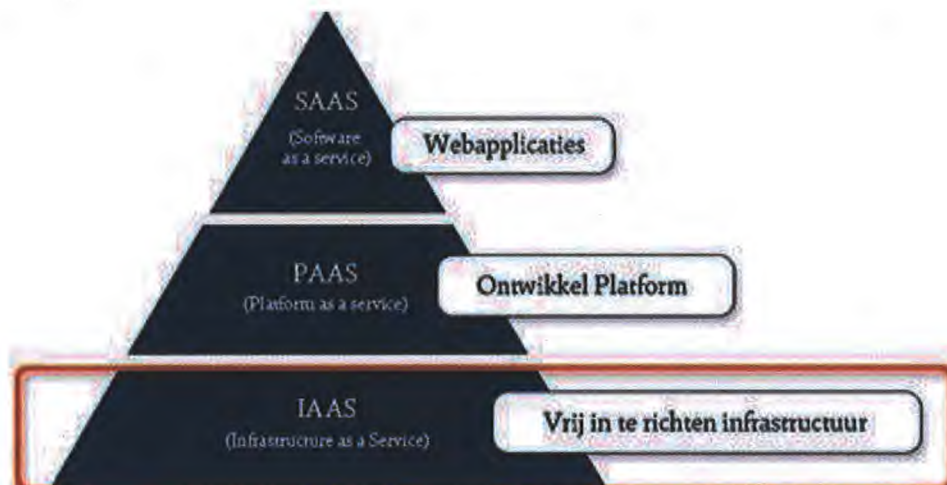
LeaseWeb

3. LeaseWeb is een zelfstandige Nederlandse entiteit opererend onder het merk LeaseWeb, met ook zustervennootschappen in het buitenland onder hetzelfde merk. Deze verschillende Nederlandse en internationale vennootschappen leveren internetconnectiviteit en opslagdiensten, zoals hostingdiensten, het leveren van glasvezelverbindingen en exploitatie van datacenters aan ondernemers. LeaseWeb is een aanbieder van diensten, ook wel een internet service provider genoemd ("ISP"). LeaseWeb's diensten bestaan uit het ter beschikking stellen van deze servers. De klanten van LeaseWeb kunnen deze serverruimte gebruiken ter exploitatie van websites, mailservers of online platform. LeaseWeb kan het best worden omschreven als een Infrastructure as a Service-provider ("IaaS-provider"). LeaseWeb is geen aanbieder van een openbaar elektronische communicatiedienst in de zin van Telecommunicatiewet en heeft dan ook geen vergunningplicht.

¹ Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming ter uitvoering van Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004

² Artikel 2.7 lid 1 sub b van het Wetsvoorstel

4.



5. De bemoeienis van LeaseWeb met de inhoud op haar servers gaat aanzienlijk minder ver dan die van partijen die zogeheten 'Platform as a Service' (PaaS) diensten of 'Software as a Service' (SaaS) diensten verlenen. LeaseWeb verleent geen PaaS of SaaS-diensten en evenmin vergelijkbare managed (hosting) diensten.
6. LeaseWeb is actief in Nederland, Duitsland, Singapore en de Verenigde Staten. De servers van LeaseWeb NL, die LeaseWeb NL gebruikt voor haar dienstverlening, staan allen in Nederland (Haarlem en Amsterdam). LeaseWeb Deutschland GmbH beheert servers in Duitsland, LeaseWeb UK Ltd in London. LeaseWeb USA, Inc. beheert serverruimte in de Verenigde Staten en LeaseWeb Asia Pacific PTE. LTD doet datzelfde in Singapore, LeaseWeb Australia PTY. LTD in Sydney. Zij bedient klanten uit de hele wereld met een conservatief en restrictief eigen legal en compliance beleid.

Omzeiling van de waarborgen

7. Artikel 2.7 luidt:

1. Als er geen andere doeltreffende middelen zijn om een inbreuk of een inbreuk binnen de Unie op wettelijke bepalingen met de handhaving waarvan zij krachtens artikel 2.2 is belast te voorkomen of te beëindigen, kan de Autoriteit Consument en Markt, om het gevaar van ernstige schade aan de collectieve consumentenbelangen te voorkomen of te beëindigen, een zelfstandige last opleggen aan:

- a. een aanbieder van een communicatiedienst, om duidelijk een waarschuwing aan consumenten weer te geven wanneer die zich toegang tot de online interface verschaffen;*
- b. een aanbieder van een communicatiedienst, om alle maatregelen te treffen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om de inhoud van of de toegang tot een online interface te beperken of te verbieden, of de online interface te deactiveren, of*
- c. een beheerder van een domeinregister of een registrerende instantie, om een volledig gekwalificeerde domeinnaam te blokkeren, te schrappen, of de Autoriteit*

Consument en Markt toe te laten om een volledig gekwalificeerde domeinnaam te registreren.

2. Voordat zij een zelfstandige last als bedoeld in het eerste lid oplegt, verzoekt de Autoriteit Consument en Markt de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam, om een schriftelijke machtiging. Artikel 171 van het Wetboek van Strafvordering is van overeenkomstige toepassing.

3. Een machtiging als bedoeld in het tweede lid wordt niet afgegeven dan nadat de aanbieder van een communicatiedienst, de beheerder van een domeinregister, onderscheidenlijk de registrerende instantie, bedoeld in het eerste lid, in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord. De rechtercommissaris kan het openbaar ministerie horen alvorens te beslissen. De Autoriteit Consument en Markt maakt de machtiging van de rechtercommissaris gelijktijdig met de zelfstandige last, bedoeld in het eerste lid, bekend.

4. De Autoriteit Consument en Markt kan tegen de beslissing van de rechtercommissaris, bedoeld in het tweede lid, binnen vijf werkdagen beroep aantekenen bij de rechtbank Rotterdam.

5. De aanbieder, de beheerder van een domeinregister, onderscheidenlijk de registrerende instantie, bedoeld in het eerste lid, handelt overeenkomstig de zelfstandige last, bedoeld in het eerste lid. 6. De Autoriteit Consument en Markt kan de aanbieder, het domeinregister of de registrerende instantie, bedoeld in het eerste lid, die het vijfde lid overtreedt een last onder dwangsom opleggen. 7. Als er geen andere doeltreffende middelen zijn om een inbreuk binnen de Unie op bepalingen als bedoeld in de onderdelen c, d, e, of f van de bijlage, te voorkomen of te beëindigen, kan de Autoriteit Consument en Markt, op verzoek – 4 – 5 juli 2018 van de bevoegde autoriteit voor de betreffende bepaling, om het gevaar van ernstige schade aan de collectieve consumentenbelangen te voorkomen of te beëindigen, een zelfstandige last opleggen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, b of c. Het tweede, derde, vierde, vijfde en zesde lid zijn van toepassing.

8. Op grond van deze bevoegdheden is het mogelijk dat een ISP zoals LeaseWeb op last van de ACM de toegang tot een website dient te blokkeren.³ Uit de toelichting bij het Wetsvoorstel blijkt dat dat bij gegevens die in Nederland worden gehost in eerste plaats de hosting provider, zoals LeaseWeb, zal worden aangesproken.⁴
9. De bevoegdheid van de ACM om websites te blokkeren behelst een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, onder meer vastgelegd in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de vrijheid van ondernemerschap, verankerd in artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Dat de toepassing van de bevoegdheden ingrijpende gevolgen hebben, benadrukt het kabinet ook zelf.⁵
10. Voordat een zelfstandige last kan worden opgelegd dient er dan ook volgens het kabinet **rechterlijke toetsing** plaats te vinden. **Daarmee wordt gewaarborgd dat “de toepassing van dit instrument in een concreet geval alleen plaatsvindt indien dat noodzakelijk, geschikt en proportioneel is en geen ongeoorloofde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting en de**

³ Artikel 2.7 lid 1 sub b van het Wetsvoorstel

⁴ Toelichting bij het Wetsvoorstel, p. 30

⁵ Toelichting bij het Wetsvoorstel, p. 20

vrijheid van ondernemerschap met zich brengt”.⁶ LeaseWeb sluit zich volledig aan bij deze zienswijze van het kabinet.

11. In de toelichting bij het Wetsvoorstel staat echter het volgende [onderstreping, LeaseWeb]:

“[...] Alsdan zal veelal eerst een informele waarschuwing of mededeling – niet zijnde een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht – worden gegeven. De bevoegde autoriteit zal waar mogelijk op basis van de gedragscode “Notice and Take Down” of een equivalent daarvan de hostingprovider verzoeken de desbetreffende website te verwijderen.”⁷

12. LeaseWeb herkent helaas deze praktische werkwijze van de autoriteiten. LeaseWeb heeft een zeer ervaren en professionele compliance afdeling, waar tot haar spijt teleurstellende ervaringen worden beleefd met autoriteiten. Het komt vaker voor dat een autoriteit in plaats van gebruik te maken van de aan hen toegekende dwingende bevoegdheden een verzoek doet om een website die zij host offline te halen, wat tot onwenselijke situaties leidt. Dit brengt ISP's als LeaseWeb immers in een positie waarin zij zelf een belangenafweging maken tussen de in het geding zijnde fundamentele rechten. Die belangenafweging dient echter te worden gemaakt door, zoals het kabinet zelf ook onderstreept, een onafhankelijke rechter; niet door een ISP als LeaseWeb. Dit scenario is dus onwenselijk, omdat de waarborgen in de voorgestelde wetgeving zullen (en kunnen) worden omzeild.
13. Alleen wanneer content van een derde “onmiskkenbaar onrechtmatig” is, zal LeaseWeb zonder rechterlijk bevel zelfstandig besluiten een website offline te halen en/of de toegang daartoe te blokkeren. De verzoeken van autoriteiten gaan echter lang niet altijd om websites waarvan de content onmiskkenbaar onrechtmatig is, waardoor een voorafgaande rechterlijke toets niet alleen wenselijk maar ook noodzakelijk is ter bescherming van gerechtvaardigde belangen. Ook zijn verzoeken van autoriteiten met enige regelmaat onvoldoende gemotiveerd, of is er te weinig oog voor technische gevolgen. Het gebrek aan motivering wordt opgevangen door een gerechtelijke procedure, nu de autoriteiten (onder meer) een substantiëringsplicht hebben, althans voldoende moeten motiveren waarom een inbreuk op de fundamentele rechten in dit geval gerechtvaardigd is.

Ongewenste keuzevrijheid ACM

14. Uit de tekst van het Wetsvoorstel vloeit ook voort dat er aan de ACM een bepaalde keuzevrijheid is toebedeeld wat betreft het al dan niet opleggen van een zelfstandige last. In artikel 2.7 staat immers dat als er geen andere doeltreffende middelen zijn om een inbreuk op wettelijke bepalingen te voorkomen of te beëindigen de ACM een last *kan* opleggen.
15. Daarmee wordt ruimte opengelaten voor de ACM om ook op andere manieren proberen een beweerdelijke inbreuk te voorkomen of te beëindigen, bijvoorbeeld door dit informeel te verzoeken. Dat is om eerdergenoemde redenen onwenselijk en onacceptabel. Het ligt dan ook voor de hand dat het kabinet duidelijke (beleids-)regels dient te publiceren waarin de

⁶ Toelichting bij het Wetsvoorstel, p. 26

⁷ Toelichting bij het Wetsvoorstel, p. 26

exacte handelwijze van de ACM gekaderd wordt en waabinnen er rekening wordt gehouden met het vereiste van een voorafgaande rechtelijke toets wanneer het gaat om een beperking fundamentele rechten c.q. vrijheden.

Aanbeveling

Het kabinet dient het Wetsvoorstel en de daarbij horende toelichting zo aan te passen dat de ACM niet in staat zal kunnen zijn om voornoemde waarborgen te omzeilen.

Hoogachtend,
Namens LeaseWeb Netherlands B.V.