

De taak van sociale media bij het bestrijden van desinformatie

Wetenschap

Wouter Hins*

Inleiding

'In oorlogen sneuvelt de waarheid als eerste', zo luidt een bekend gezegde. Helaas sneuvelt de waarheid wel vaker. Von Clausewitz schreef al aan het begin van de 19de eeuw dat 'oorlog niets anders is dan een voortzetting van het politieke verkeer met andere middelen'. Omgekeerd is de internationale politiek een verlengstuk van oorlog. Staten streven er voortdurend naar hun macht te vergroten door het zaaien van verdeeldheid in andere staten. In de Koude Oorlog richtte het Westen propagandistische radioprogramma's op de bevolking achter het IJzeren Gordijn, terwijl Moskou de communistische oppositie in het Westen subsidieerde. Dat het belang van waarheidsgetrouwe informatie ondergeschikt was aan het politieke doel, behoeft geen betoog.

Een echo van Von Clausewitz horen we in de zogeheten 'Gerasimov-doctrine'. Gerasimov, de hoogste militair van het Russische leger, zou in 2013 verkondigd hebben dat desinformatie en propaganda geen aanvulling zijn op wapengeweld, maar de belangrijkste middelen om een conflict te winnen. Het creëren van chaos staat centraal. Probeer in de vijandige staat een klimaat te scheppen van onzekerheid en wantrouwen, zodat conflicten tussen bevolkingsgroepen worden aangewakkerd. Het verspreiden van valse beschuldigingen, haat en opruiing zijn effectiever dan een militaire aanval, want die bevordert juist de onderlinge solidariteit. Bovendien is het beginnen van een traditionele oorlog duur en riskant. Het internet biedt een gouden kans om anoniem de tegenstander te ontregelen.

Of Gerasimov hiermee een plan ontwikkelde voor Russische inmenging bij verkiezingen in de USA en Europa is twijfelachtig. Sommigen denken dat hij alleen een beschrijving wilde geven van de rol die het Westen had gespeeld bij de omwentelingen in de Oekraïne en Georgië. Rusland zou het proces moeten begrijpen om zich beter te kunnen verdedigen. Hoe het ook zij, de theorie is interessant ongeacht de bedenker. Dat desinformatie via sociale media, gestuurd vanuit het buitenland, een rol heeft gespeeld bij recente verkiezingen staat vast. Zonder tegenmaatregelen zal het probleem nog groter worden. Voor juristen is dan de vraag hoe het recht moet reageren. Heeft de staat een zorgplicht om het democratische proces te beschermen? En welke tegenmaatregelen zouden in strijd zijn met het recht op vrijheid van meningsuiting?

De beste manier om verkeerde informatie te bestrijden is het aanbieden van juiste informatie. Justice Brandeis van het Amerikaanse Supreme Court overwoog in 1927: *'If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more*

*speech, not enforced silence.*¹ Logische maatregelen zijn daarom het ondersteunen van fact checking, het in stand houden van kwaliteitsmedia en het bevorderen van mediageletterdheid. Door de massaliteit van het internet bestaat echter zelden de gelegenheid voor een effectief weerwoord, waardoor ook 'enforced silence' als remedie in aanmerking komt. In deze bijdrage zal de vraag worden besproken in hoeverre het wenselijk is platformaanbieders zoals Facebook, YouTube en Twitter een taak te geven bij het bestrijden van desinformatie.

De omvang van het probleem

Na de Amerikaanse presidentsverkiezingen van 8 november 2016 werd al snel duidelijk dat buitenlandse mogendheden, in het bijzonder Rusland, pogingen hadden gedaan het verloop van deze verkiezingen te beïnvloeden. Zowel de Senaat als het Huis van Afgevaardigden hebben vervolgens hoorzittingen georganiseerd, waarbij onder andere vertegenwoordigers van sociale mediabedrijven zijn gehoord. De General Counsel van Facebook, Colin Stretch, hield op 1 november 2017 een toespraak voor de Senaatscommissie voor de inlichtingendiensten die inzicht biedt in de omvang van het probleem.² Hij verklaarde het volgende: *'When it comes to the 2016 election, I want to be clear: The foreign interference we saw is reprehensible and outrageous and opened a new battleground for our company, our industry, and our society. That foreign actors, hiding behind fake accounts, abused our platform and other internet services to try to sow division and discord – and to try to undermine our election process – is an assault on democracy, and it violates all of our values. (...)*

Over de maatregelen die Facebook had genomen zei Colin Stretch dit:

*'We use a variety of technologies and techniques to detect and shut down fake accounts, and in October 2016, for example, we disabled about 5.8 million fake accounts in the United States. At the time, our automated tooling did not yet reflect our knowledge of fake accounts focused on social or political issues. But we incorporated what we learned from the 2016 elections into our detection systems, and as a result of these improvements, we disabled more than 30,000 accounts in advance of the French election. This same technology helped us disable tens of thousands more accounts before the German elections in September. In other words, we believe that we're already doing better at detecting these forms of abuse, although we know that people who want to abuse our platform will get better too and so we must stay vigilant.'*³

* Mr. A.W. Hins is emeritus hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden.

1 US Supreme Court (*Whitney/California*), 274 U.S. 357 (1927).

2 Zie <https://www.intelligence.senate.gov/hearings/open-hearing-social-media-influence-2016-us-elections>.

3 De twee citaten zijn afkomstig uit de 'opening statement' van Colin Stretch, General Counsel, Facebook, d.d. 31 oktober 2017, p. 1, respectievelijk p. 4-5.

Het zou te ver voeren hier een samenvatting te geven van alle informatie die is gegeven aan de Senaat en het Huis van Afgevaardigden.⁴ Wel is het nuttig op te merken dat het verspreiden van nepnieuws slechts één methode bleek te zijn om het verloop van verkiezingen te beïnvloeden. Andere methoden, die eveneens via het internet zijn gebruikt, zijn het ontfoetselen van persoonlijke gegevens, identiteitsdiefstal, het vervalsen van kiezersregisters en het verstoren van de stemmentelling.

Ook het Europees Parlement heeft op 22 mei 2018 een hoorzitting georganiseerd, waarin vragen konden worden gesteld aan topman Mark Zuckerberg van Facebook.⁵ Anders dan in het Amerikaanse Congres vond de ondervraging niet onder ede plaats. Veel nieuwe informatie leverde de gebeurtenis niet op, omdat Zuckerberg ontwijkende antwoorden gaf. Wel hadden de parlementariërs vragen over het schandaal rond Cambridge Analytica, dat enkele weken daarvoor bekend was geworden. Dit Brits-Amerikaanse bedrijf had in 2016 gegevens van Facebook gebruikt om een psychologisch profiel van miljoenen kiezers te maken. Met behulp van deze profielen kon de campagne voor presidentskandidaat Trump aan 'micro-targeting' doen: boodschappen versturen die precies aansluiten bij de angsten en verlangens van individuele personen. Bij massaal verspreid nepnieuws kunnen controleurs een correctie publiceren, maar als iedere kiezer een eigen boodschap krijgt is dat praktisch onmogelijk. Hier helpt alleen de effectieve handhaving van een privacywet, zoals de Algemene Verordening Persoonsgegevens. Een dergelijke wet bestaat niet in de Verenigde Staten.

Aansprakelijkheid

Zijn sociale media aansprakelijk voor onrechtmatige uitingen die anderen op hun platform zetten? Bedrijven zoals Facebook, YouTube en Twitter zijn 'hosting providers' in de zin van artikel 14 van de EU-richtlijn inzake elektronische handel.⁶ Kort gezegd zijn zulke dienstverleners niet aansprakelijk, zolang zij niet daadwerkelijk op de hoogte zijn van het onrechtmatige karakter van de aangeboden informatie. Het artikel verhindert echter niet dat een rechter of bestuursorgaan beveelt een onrechtmatige uiting te beëindigen of te voorkomen.⁷ Artikel 15 van de EU-richtlijn voegt daaraan toe dat lidstaten geen algemene verplichting mogen opleggen aan hosting providers om preventief te controleren of de informatie van derden rechtmatig is. De primaire bedoeling van de richtlijn is het bevorderen van het vrije dienstenverkeer, maar er zit ook een grondrechtelijke gedachte achter. Als hosting providers aansprakelijk zouden zijn voor alles wat zij opslaan en toegankelijk maken, dreigt private censuur. De exploitant van een platform zou uit angst voor aansprakelijkheid veel meer uitingen kunnen gaan verwijderen dan nodig is. Dit zou ten koste gaan van een robuust maatschappelijk debat.

Andere internationale organisaties hebben een vergelijkbare redenering gevolgd. Op 28 mei 2003 stelde het Comité van Ministers van de Raad van Europa een verklaring vast over communicatievrijheid op het internet, met onder meer de volgende overweging:

*'Convinced also that it is necessary to limit the liability of service providers when they act as mere transmitters, or when they, in good faith, provide access to, or host, content from third parties.'*⁸

Twee jaar later volgde een gezamenlijke verklaring van vertegenwoordigers van de VN, de OVSE en de Organisatie van Amerikaanse Staten:

*'No one should be liable for content on the Internet of which they are not the author, unless they have either adopted that content as their own or refused to obey a court order to remove that content.'*⁹

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt dat nationale rechters moeten onderzoeken hoe intensief de hosting provider betrokken was bij het opstellen van de informatie. Naarmate de bemoeienis intensiever is, mag van een hosting provider eerder worden verwacht dat hij onrechtmatige informatie uit eigen beweging verwijdert.¹⁰ Deze genuanceerde benadering komt ook naar voren in het *Delfi*-arrest van het EHRM. De vraag was of de eigenaar van een nieuwsportaal in Estland meteen had moeten optreden tegen commentaren die lezers hadden geplaatst onder een journalistiek artikel. De nationale rechter had het nieuwsportaal veroordeeld tot een schadevergoeding wegens smaad. Volgens de Grote Kamer van het EHRM had Estland niet gehandeld in strijd met artikel 10 EVRM, omdat de betrokkenheid van *Delfi* bij het lezersforum relatief groot was. Het EHRM overwoog in dit verband dat *Delfi* een journalistiek bedrijf is. Het is, in de woorden van het EHRM, niet 'a social media platform where the platform provider does not offer any content and where the content provider may be a private person running the website or a blog as a hobby'.¹¹

De eventuele aansprakelijkheid van een 'social media platform' kwam aan de orde in een ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM van 2017. De Britse klager Tamiz was in zijn eer en goede naam aangetast door uitingen in een particuliere blog op Bloggers.com, een dienst van Google. De identiteit van de auteurs was moeilijk te achterhalen, zodat Tamiz zich meteen richtte tot Google met het verzoek de uitingen te verwijderen. Toen dit niet snel genoeg gebeurde poogde hij via de Britse rechter een verwijderingsbevel en een schadevergoeding te verkrijgen. Nadat deze poging was mislukt diende hij een klacht in bij het EHRM, inhoudende dat het Verenigd Koninkrijk een positieve verplichting bij artikel 8 EVRM had geschonden door zijn recht op reputatie onvoldoende te beschermen. Het EHRM achtte de klacht evident ongegrond.

4 De U.S. Senate Select Committee on Intelligence hield openbare hoorzittingen op 28 juni 2017, 1 november 2017, 20 juni 2018 en 5 september 2018. Zie <https://www.intelligence.senate.gov/hearings/>. De U.S. House of Representatives Select Committee on Intelligence deed hetzelfde op 23 mei 2017, 21 juni 2017 en 1 november 2017. Zie <https://intelligence.house.gov/calendar/?EventTypeID=215&CategoryID=0>.

5 Zie de video-beelden op <https://www.youtube.com/watch?v=x66fB7CM-Q>.

6 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 ('Richtlijn inzake elektronische handel'), Publicatieblad Nr. L 178 van 17/07/2000, p. 0001-0016.

7 In Nederland is artikel 14 van de EU-richtlijn omgezet door artikel 6:196c, vierde en vijfde lid, BW. Wat betreft het strafrecht bevat artikel 54a Sr een vervolgingsuitsluitingsgrond.

8 Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies).

9 Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, de OSCE Representative on Freedom of the Media and de OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, adopted on 21 December 2005.

10 HvJ EU 23 maart 2010, zaaknr. C-236/08-C-238/08 (*Google France en Google*); HvJ EU 12 juli 2011, zaaknr. C-324/09 (*L'Oréal e.a.*).

11 EHRM 16 juni 2015, r.o. 116 (*Delfi/Estland*), *Mediaforum* 2015-6, nr. 19.

Het Verenigd Koninkrijk bezat in deze zaak volgens het EHRM een ruime 'margin of appreciation', nu hosting providers een maatschappelijk debat mogelijk maken. Volgens het EHRM had de klager beter aan Google kunnen vragen de identiteit van de blogger te onthullen.¹²

Maatschappelijke verantwoordelijkheid

Artikel 14 van de EU-richtlijn inzake elektronische handel verhindert niet dat een hosting provider uit zichzelf schadelijke informatie van zijn platform verwijdert vanuit een gevoel van maatschappelijke verantwoordelijkheid of ter verbetering van zijn imago. De afgelopen jaren heeft de Europese Commissie diverse initiatieven ontplooid om illegale informatie sneller te laten verwijderen. De afzonderlijke initiatieven hebben betrekking op het propageren van terrorisme, racistische uitingen, kinderpornografie, inbreuken op intellectuele eigendom en het aanbieden van onveilige producten (zoals geneesmiddelen die alleen op recept verkrijgbaar zijn). Enerzijds stelde de Commissie wetgevende maatregelen voor, anderzijds deed zij een beroep op hosting providers om vrijwillig mee te werken. Dat heeft onder meer geleid tot de 'Code of Conduct on countering illegal online hate speech'. In mei 2016 werd deze gedragscode bekend gemaakt door de Commissie, Facebook, Twitter, YouTube en Microsoft.¹³ Bij Europol is bovendien een eenheid opgericht die hosting providers attendeert op terroristische propaganda. Na zo'n attentering zijn de providers daadwerkelijk op de hoogte van het illegale karakter, zodat zij volgens de richtlijn aansprakelijk zijn.¹⁴

Voortbordurend op deze initiatieven heeft de Commissie op 1 maart 2018 een algemene aanbeveling vastgesteld over een effectieve aanpak van illegale informatie online. Reeds in de tweede overweging wordt verwezen naar de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de providers: *'In the light of their central role and the technological means and capabilities associated with the services that they provide, online service providers have particular societal responsibilities to help tackle illegal content disseminated through the use of their services.'*¹⁵ Het is duidelijk dat de prioriteiten van de EU-richtlijn zijn verschoven. In de Richtlijn elektronische handel van 2000 lag de nadruk nog op het uitsluiten van aansprakelijkheid, terwijl de recente aanbeveling de maatschappelijke verantwoordelijkheid voorop stelt. Zoals gezegd, bepaalt artikel 15 van de richtlijn dat de lidstaten geen algemene verplichting mogen opleggen aan hosting providers om preventief te controleren of de informatie van derden rechtmatig is. Aanbeveling nummer 18 bepaalt nu onder het kopje 'Proactive measures': *'Hosting service providers should be encouraged to take, where appropriate, proportionate and specific proactive measures in respect of illegal content. (...).'*

Volgens de Commissie is haar aanbeveling niet in strijd met de Richtlijn elektronische handel. In de achtste recital noemt zij deze richtlijn zelfs als de wettelijke basis voor haar beleid. Het is ongetwijfeld waar dat er altijd al ruimte heeft bestaan voor 'notice and take down'-procedures. Niet alleen belanghebbende burgers kunnen een provider attenderen op illegale

informatie, ook overheidsorganen kunnen dat. De richtlijn staat zelfs toe dat een bestuursorgaan 'beveelt' dat bepaalde informatie wordt verwijderd. Dubieuzer zou het zijn als een proactieve controle feitelijk wordt afgedwongen. Uit de considerans bij de Richtlijn elektronische handel van 2000 blijkt overigens dat de richtlijn ook dat niet altijd verbiedt. Overweging 47 maakt een onderscheid tussen toezichtsverplichtingen van algemene aard, die verboden zijn, en toezichtsverplichtingen 'in speciale gevallen'. Verder valt te wijzen op overweging 48, die specifiek betrekking heeft op hosting providers:

'(48) Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van dienstverleners die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk maken, te verlangen dat zij zich aan zorgvuldigheidsverplichtingen houden die redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden en die bij nationale wet zijn vastgesteld, zulks om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen.'

Desinformatie

In januari 2018 stelde Eurocommissaris Mariya Gabriel, die belast is met Digitale Economie en Maatschappij, een adviescommissie in met de naam 'High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation' (HLEG). Voorzitter werd Madeleine de Cock Buning. De belangrijkste opdracht aan de HLEG was om te helpen een brede EU-strategie te ontwikkelen op het terrein van desinformatie. De HLEG heeft op 18 maart 2018 haar rapport gepubliceerd, getiteld 'A multi-dimensional approach to disinformation'.¹⁶ Zoals de titel al aangeeft, adviseert de HLEG het probleem vanuit verschillende dimensies te benaderen, zoals het bevorderen van transparantie en media-geletterdheid. Wat betreft de verantwoordelijkheid van socialemediaplatforms is belangrijk dat de HLEG veel verwacht van zelfregulering. Voorgesteld wordt om alle relevante stakeholders een Code of Practices te laten opstellen. Het gaat daarbij niet alleen om online platforms, maar ook om mediaorganisaties, journalisten, factcheckers, onafhankelijke producenten en adverteerders. Vervolgens zou de Commissie ervoor moeten zorgen dat een college van onafhankelijke deskundigen de effectiviteit van de zelfregulering bewaakt. Werkt het systeem niet, dan moet de Commissie zelf ingrijpen. Gedacht wordt aan co-regulering en maatregelen uit het mededingingsrecht.

In de 'Executive Summary' van het rapport van de HLEG wordt een tweedeling gemaakt tussen enerzijds de desinformatie en anderzijds 'illegal content', zoals smaad, hatespeech en opruiing.¹⁷ De HLEG wijst erop dat haar rapport niet over illegale inhoud gaat, omdat op dat terrein al 'regulatory remedies' bestaan. Zelf betwijfel ik of het verstandig is zo'n scherpe tweedeling te maken. Het moge zo zijn dat een enkel leugentje niet onrechtmatig is, een stortvloed van desinformatie om verkiezingen te beïnvloeden is wel degelijk in strijd met het recht. Artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM verplicht de lidstaten van de Raad van Europa verkiezingen te houden 'onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen'. Hieruit heeft

12 EHRM (dec.) 19 september 2017 (*Tamiz/Verenigd Koninkrijk*), *Mediaforum* 2018-1, nr. 1, m.nt. O. Trojan.

13 In januari 2018 sloten Google+ en Instagram zich bij de code aan.

14 Een overzicht is te vinden in het Fact Sheet Digital Single Market 'A Europe that protects: countering illegal content online', 1 maart 2018. <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/europe-protects-countering-illegal-content-online>>.

15 Commission Recommendation of 13.2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C(2018) 1177 final), recital 2.

16 'A multi-dimensional approach to disinformation', Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation, 12 maart 2018.

17 A multi-dimensional approach to disinformation, zie hierboven, p. 5.

het EHRM een positieve verplichting afgeleid om in de aanloop naar verkiezingen maatregelen te nemen 'to secure pluralism of views'.¹⁸ Daaruit volgt mijns inziens dat de Staat verplicht is activiteiten die eerlijke verkiezingen onmogelijk maken te bestrijden, zodat ontwrichtende desinformatie niet rechtmatig kan zijn.¹⁹

Al snel na het verschijnen van het rapport van de HLEG kwam de Commissie met een Mededeling waarin de voorstellen van de HLEG grotendeels zijn overgenomen.²⁰ Vervolgens heeft de Commissie een Multistakeholder Forum bijeengeroepen dat tot taak kreeg een Code of Practice ontwerpen. In dit forum zitten zowel vertegenwoordigers van online platforms als van andere organisaties. Het Forum werd opgesplitst in twee gremia: een Werkgroep voor het ontwerpen van de gedragscode en een Klankbordgroep die daarop commentaar zou leveren. Op 28 september 2018 verscheen de EU Code of Practice on Disinformation.²¹ In navolging van het rapport van de HLEG en de Mededeling van de Commissie definieert de code het begrip 'disinformatie' als:

- 'Verifiably false or misleading information which, cumulatively,*
(a) *Is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public; and*
(b) *May cause public harm, intended as threats to democratic political and policymaking processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security.*

Hieraan voegt de code de volgende toelichting toe:

'The notion of "Disinformation" does not include misleading advertising, reporting errors, satire and parody, or clearly identified partisan news and commentary, and is without prejudice to binding legal obligations, self-regulatory advertising codes, and standards regarding misleading advertising.'

Wat betreft de inhoud stelt de code teleur. De ondertekenaars, waaronder Facebook, Google en Twitter zullen beleid gaan voeren om financiële prikkels weg te nemen die desinformatie bevorderen, de herkomst van politieke advertenties proberen openbaar te maken en maatregelen nemen tegen automatische 'bots' en fake accounts. In de preambule staat echter ook dat niet iedere verplichting voor iedere ondertekenaar zal gelden. Pas in een later stadium zal duidelijk worden wie zich waaraan gebonden heeft. Zoals de Klankbordgroep in een kritisch commentaar opmerkte is dit geen gedragscode, maar een verzameling vage voornemens. Het zal praktisch onmogelijk zijn de naleving af te dwingen of objectief te meten in hoeverre doelstellingen zijn gerealiseerd.²²

Rechtsstaat

Mag men van hosting providers eisen dat zij als een plaatsvervangende wetgever bepalen welke informatie wel of niet toegestaan is? Naar mijn mening is dat om verschillende redenen ongewenst. Om te beginnen is er een positiefrechtelijk bezwaar. In de considerans van de EU-richtlijn Elektronische handel staat in overweging 49 dat de lidstaten en de Commissie de opstelling van gedragscodes moeten aanmoedigen, maar dat dit 'geen belemmering mag vormen voor het vrijwillige karakter van dergelijke codes en de mogelijkheid voor de betrokken partijen om zelf te beslissen of zij die codes onderschrijven'. Met andere woorden: de lidstaten en de Commissie moeten zich onthouden van dwang. Daartegen zou men kunnen inbrengen dat de Richtlijn elektronische handel gewijzigd kan worden. Belangrijker zijn daarom de bezwaren van principiële aard, ontleend aan de idee van de rechtsstaat.

Het is al vaker gezegd dat het recht op vrijheid van meningsuiting niet alleen geldt tegenover de staat, maar ook tegenover particuliere bedrijven. Zeker als dit machtige platforms zijn die als monopolisten de sleutel in handen hebben van belangrijke distributiekanaal.²³ Bekend is de casus dat een platform boodschappen verwijdert vanwege een vermeend pornografisch karakter. Dat gebeurt meestal omdat het bedrijf de aanwezigheid op het platform schadelijk acht voor zijn eigen belang.²⁴ De problemen nemen toe wanneer een platform moet optreden als zaakwaarnemer voor publieke autoriteiten door uitingen te verwijderen die het democratisch proces schaden, de volksgezondheid, het milieu of de nationale veiligheid. Dit zijn belangen van openbare orde waarvoor de Staat verantwoordelijk is. Wanneer deze verantwoordelijkheid wordt overgeheveld naar commerciële bedrijven bestaat het risico dat deze kiezen voor de meest economische strategie, ten koste van de vrijheid van meningsuiting.²⁵

Een belangrijk bezwaar is bovendien de opeenstapeling van functies. Montesquieu schreef al dat tirannie dreigt wanneer binnen een staat de functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak aan één orgaan worden geattribueerd. Dat is precies wat dreigt te gebeuren bij de beheerders van grote socialemediaplatforms: zij stellen regels vast die bindend zijn voor hun gebruikers, passen die regels toe en beslissen zelf de geschillen die daaruit voortvloeien. Het is natuurlijk zo dat bedrijven als Facebook, Google en Twitter bij uitstek deskundig zijn wat betreft het dagelijks bestuur van hun platform. Zij zien aanvallen van desinformatie als eerste en kunnen het beste inschatten welke technische maatregelen daartegen het meest effectief zijn. Het vaststellen van wetgeving ter bescherming van publieke belangen, zoals de eerlijkheid van verkiezingscampagnes behoort echter bij de staat te blijven. De formele wetgever, met democratische legitimatie, is de aangewezen instantie om rechtspolitieke keuzes te maken. Ook de functie

18 EHRM 19 juni 2012, appl. 29400/05, r.o. 125 (*Communist Party of Russia e.a./Rusland*), met verwijzingen naar eerdere jurisprudentie.

19 Zie voor mogelijke positieve verplichtingen op grond van art. 10 EVRM de bijdrage van McGonagle in dit nummer.

20 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling online disinformation: a European Approach', Brussel 26 april 2018, COM(2018) 236 final.

21 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

22 De Klankbordgroep concludeerde: 'it is by no means self-regulation, and therefore the Platforms, despite their efforts, have not delivered a Code of Practice'. Zie The Sounding Board's unanimous final opinion on the so-called Code of Practice, 24 september 2018, te vinden op <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

23 Christina Angelopoulos e.a., *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation*, IVIR 2016. Zie www.ivir.nl.

24 In zo'n geval zal het eigendomsrecht van het platform vaak prevaleren boven de uitingsvrijheid van de content provider. EHRM 6 mei 2003, Appleby e.a. t. Verenigd Koninkrijk, appl. 44306/98. Als er veel ophef ontstaat over het beëindigen van een account, kan het platform echter vrijwillig besluiten de maatregel ongedaan te maken. Zo kwam Facebook terug op het besluit om de historische persfoto van Nick Ut van een naakt meisje in Vietnam, vluchtend na een napalmbombardement, als pornografie te brandmerken.

25 Luca Belli, Pedro Augusto Francisco & Nicolo Zingales, 'Law of the Land or Law of the Platform? Beware of the Privatisation of Regulation and Police', in: Luca Belli and Nicolo Zingales, *Platform Regulations. How platform are regulated and how they regulate us*. Geneva: United Nations Internet Governance Forum, December 2017, p. 46.

van rechtspraak hoort niet thuis bij een particulier platform. In laatste instantie moet een onafhankelijke rechter bepalen of een uiting wel of niet toelaatbaar is.

Formeel is het inderdaad nog de onafhankelijke rechter die in laatste instantie bepaalt of een uiting van een platform verwijderd moet worden. In de praktijk worden echter vaak uitingen verwijderd wegens een vermeende onrechtmatigheid zonder dat daar een rechter aan te pas komt. Lievens en Voorhoof wezen in dit tijdschrift al eens op de nadelen van de 'notice and take down'-procedure.²⁶ Als iemand klaagt over een uiting waardoor hij zich beledigd voelt, beslist het private online platform eenzijdig over de rechtmatigheid. Om geen risico op aansprakelijkheid te lopen kiest het platform dan vaak voor de veiligste weg: verwijdering. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in het *Delfi*-arrest geoordeeld dat de 'notice and take down'-procedure in veel gevallen een geschikt instrument is om alle belangen af te wegen.²⁷ Theoretisch zou een contentprovider bij de rechter kunnen vorderen dat zijn boodschap weer toegelaten wordt. Niettemin concluderen Lievens en Voorhoof dat het EHRM zich met deze benadering dreigt te isoleren, want in andere jurisdicties is een platform alleen aansprakelijk nadat een rechter heeft bepaald dat een uiting verwijderd moet worden en deze uitspraak wordt genegeerd.²⁸ Met betrekking tot het auteursrecht heeft Senftleben eveneens gewaarschuwd voor het gevaar van overkill als platforms tot taak krijgen over de rechtmatigheid van publicaties te oordelen.²⁹

Conclusie

In hoeverre is het wenselijk platformaanbieders zoals Facebook, YouTube en Twitter een taak te geven bij het bestrijden van desinformatie? Naar mijn mening vertrouwt de Europese Commissie momenteel te veel op zelfregulering door online platforms. Het risico dreigt dat wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende functies allemaal geprivatiseerd worden. Natuurlijk moet een online platform besluiten nemen over de wijze waarop de eigen onderneming wordt bestuurd. Het maken van wetten en het beslechten van geschillen behoort echter in beginsel bij de staat te blijven. Zo worden de eisen van democratie en rechtsstaat (grondrechten en machtscheiding) het beste gediend.

Daarmee is niet gezegd dat sociale media helemaal niet aan zelfregulering mogen doen. Het zou zonde zijn om bij de bestrijding van desinformatie geen gebruik te maken van hun deskundigheid. Het belangrijkste uitgangspunt lijkt me dat commerciële bedrijven niet geschikt zijn de taak van wetgever en rechter over te nemen. Binnen de kaders die de overheid vaststelt, rekening houdend met de vrijheid van meningsuiting, kan wel een zelfregulering van uitvoerende aard plaats vinden. Wellicht kan inspiratie worden ontleend aan bestaande regelgeving ter bescherming van de volksgezondheid en de voedselveiligheid. Ook hier zijn het de Europese en nationale wetgevers die minimale eisen stellen aan de hygiëne. Vervolgens hebben particuliere bedrijven een zekere vrijheid om te bepalen hoe zij aan deze eisen zullen voldoen. Ook bij het bestrijden van desinformatie zou de wetgever, bij voorkeur de Europese wetgever, het voortouw moeten nemen.

26 Eva Lievens & Dirk Voorhoof, 'Internet portalen niet aansprakelijk voor de verspreiding van beledigende – maar niet "duidelijk onrechtmatige" – commentaren van gebruikers', *Mediaforum* 2016-7, p. 51-54.

27 EHRM (GK) 16 juni 2015, appl. 64569/09, r.o. 159 (*Delfi/Estland*).

28 Lievens en Voorhoof, a.w., p. 54. Zie bijvoorbeeld de gezamenlijke verklaring van vertegenwoordigers van de VN, de OVSE en de Organisatie van Amerikaanse Staten d.d. 21 december 2005, hierboven geciteerd (zie voetnoot 9).

29 M.R.F. Senftleben, Content censorship and Council carelessness – Why the Parliament must safeguard the open, participative web 2.0', *AMI* 2018, afl. 4, p. 139-147.