

# Zelfregulering door online platforms: een waar wondermiddel tegen online desinformatie?

Wetenschap

Gijs van Til\*

*In aanloop naar de Europese parlementsverkiezingen van mei 2019 heeft de Europese Commissie haar inspanningen in de bestrijding van online desinformatie opgevoerd. Veel hoop is daarbij gevestigd op een initiatief van zelfregulering door online platforms en de advertentie-industrie in de vorm van een Code of Practice. In dit artikel wordt de rol die de Europese Commissie momenteel voor zichzelf weggelegd ziet voor zelfregulering kritisch beschouwd en wordt aansluiting gezocht bij een pleidooi voor een meer gezamenlijke aanpak van het probleem van online desinformatie.*

## Inleiding

De bestrijding van online desinformatie of 'fake news' staat al geruime tijd hoog op de agenda van Europese en nationale beleidsmakers.<sup>1</sup> Hoewel geen nieuw verschijnsel, bestaat momenteel angst voor de nadelige gevolgen die de verspreiding van desinformatie, gedreven door de opkomst van online platforms en *social media*, op samenlevingen en op het voor een democratie essentieel geachte publieke debat zou kunnen hebben.<sup>2</sup> Aangewakkerd door de rol die desinformatie sinds 2016 gespeeld zou hebben in de presidentsverkiezingen in de Verenigde Staten, het Brexitreferendum, en in verschillende andere nationale verkiezingen, heeft de Europese Commissie recentelijk haar inspanningen om het probleem te bestrijden opgevoerd. Zo presenteerde de Commissie in december 2018 met het oog op de Europese parlementsverkiezingen van mei 2019 een Actieplan tegen Desinformatie (hierna: het Actieplan). Daarin zet zij de concreet voorgenomen acties voor een gecoördineerde reactie op het niveau van de Europese Unie tegen online desinformatie uiteen.<sup>3</sup> De Commissie herhaalt in het Actieplan, onder verwijzing naar een Mededeling over de

problematiek uit april 2018, het standpunt dat in de bestrijding van desinformatie een grote rol en verantwoordelijkheid zijn weggelegd voor het maatschappelijk middenveld en de private sector, en dan met name voor social media platforms.<sup>4</sup> Het is in dit licht dat de Commissie in belangrijke mate hoop vestigt op zelfregulering om de uitdagingen die de verspreiding van online desinformatie oplevert, het hoofd te bieden. Het belangrijkste resultaat dat dit tot nu toe heeft opgeleverd, is de presentatie in september 2018 van een *EU Code of Practice on Disinformation* (hierna: *Code of Practice* of de Code). Deze is ondertekend door online platforms (Facebook, Google, Youtube, Twitter), softwareleveranciers (Mozilla), adverteerders en een aantal brancheverenigingen die online platforms en de reclamebranche vertegenwoordigen.<sup>5</sup> De Code bevat een aantal verplichtingen die deze partijen zichzelf opleggen om transparantie online te vergroten en burgers beter te beschermen tegen desinformatie.<sup>6</sup>

Gelijktijdig met het Actieplan, publiceerde de Commissie een verslag over de voortgang van de tenuitvoerlegging van de hiervoor genoemde Mededeling uit april 2018.<sup>7</sup> Hoewel de

\* Mr. G. van Til is projectonderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel bouwt voort op de masterscriptie die hij onder begeleiding van dr. T. McGonagle schreef. De auteur dankt zijn begeleider en prof. dr. N. Helberger voor hun waardevolle opmerkingen.

1 Niet alleen beleidsmakers hebben het verschijnsel hoog op de agenda staan, zo getuigt bijvoorbeeld de vorige editie van *Mediaforum* die geheel aan het onderwerp gewijd was. Zie *Mediaforum* 2018-6.

2 Zie bijvoorbeeld Recommendation of the Committee of Ministers to member States, *On the roles and responsibilities of internet intermediaries*, 7 maart 2018, CM/Rec(2018)2, sub 3 (hierna: Recommendation CM/Rec(2018)2).

3 Joint Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Action Plan against Disinformation', Brussel 5 december 2018, JOIN(2018) 36 final, p. 5 e.v. (hierna: EC Joint Communication JOIN(2018) 36).

4 EC Joint Communication COM(2018) 36, p. 2, 8-9 onder verwijzing naar 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 (hierna: EC Communication COM(2018) 236).

5 EU Code of Practice on Disinformation, 26 september 2018, te vinden op <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation> (hierna: EU Code of Practice on Disinformation).

6 EC Joint Communication JOIN(2018) 36, p. 2.

7 Report from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of the Communication, 'Tackling online disinformation: a European Approach', Brussel 5 december 2018, COM(2018) 794 final (hierna: EC Communication COM(2018) 794).

8 EC Communication COM(2018) 794, p. 2.

Commissie erkent dat het te vroeg is om de implementatie en handhaving van de acties en het beleid te kunnen beoordelen, beschouwt zij de voltooiing van de *Code of Practice* als een goede eerste stap en een geschikt kader om de doelstellingen die zij voor de Code had vastgesteld, na te streven.<sup>8</sup> Ook de Nederlandse regering heeft positief op de totstandkoming van de Code gereageerd.<sup>9</sup> Sinds de presentatie van de Code gingen echter ook kritische stemmen op. Bijzonder kritisch was het commentaar in een gelijktijdig met de code gepubliceerd document van een klankbordgroep die bij het opstellen van de Code betrokken was: *'the "Code of practice" as presented by the working group contains no common approach, no clear and meaningful commitments, no measurable objectives or KPIs, hence no possibility to monitor process, and no compliance or enforcement tool: it is by no means self-regulation, and therefore the Platforms, despite their efforts, have not delivered a Code of Practice'*.<sup>10</sup> In *Mediaforum* plaatste Wouter Hins kritische kanttekeningen bij de taak van sociale media bij de bestrijding van desinformatie.<sup>11</sup>

Dit artikel, dat voorbij de verkiezingen van 2019 kijkt, gaat verder in op het problematische karakter van de rol die de Europese Commissie voor zichzelf weggelegd ziet voor zelfregulering door online platforms ter bestrijding van online desinformatie. Het artikel behandelt de inhoud van de *Code of Practice* en stelt vanuit een theoretische benadering van zelfregulering de vraag in hoeverre, gelet op de rol die de Commissie speelt, dergelijke maatregelen daadwerkelijk als zelfregulering beschouwd kunnen worden. Deze vraag is vooral van belang nu met de Code een situatie van gedelegeerde of geprivatiseerde wetshandhaving zou kunnen zijn ontstaan. In deze situatie dreigt het gevaar dat de Commissie private partijen onder het mom van zelfregulering als instrument inzet om publieke beleidsdoelstellingen te bereiken. De Commissie zou zo invloed kunnen uitoefenen op de manier waarop online platforms met betrekking tot als desinformatie gekwalificeerde content handelen. Het artikel zet daarnaast de problematische verhouding uiteen van op basis van zelfregulering genomen maatregelen tot het Europees recht, met name de *eCommerce-Richtlijn*, en tot het kader van fundamentele rechten.<sup>12</sup> In bredere zin plaatst het artikel de *Code of Practice* in een trend waarin de verantwoordelijkheid die op online platforms wordt gelegd om online problematische inhoud te bestrijden, steeds verder wordt uitgebreid. In het artikel worden vraagtekens gezet bij deze vorm van verantwoordelijkheid en de (politieke) rol waarin platforms, wellicht niet geheel tegen hun zin in, op deze manier gedwongen worden. Daarin wordt aansluiting gezocht bij een pleidooi voor een verschuiving van een contestatieve naar een gezamenlijke verantwoordelijkheid.<sup>13</sup>

## Een Europese aanpak van de bestrijding van online desinformatie

Op Europees niveau zijn al verschillende maatregelen genomen in de bestrijding van online desinformatie. Een vroeg voorbeeld daarvan is de oprichting van de *EEAS East StratCom Task Force* in maart 2015 om doorgaande Russische desinformatiecampagnes te bestrijden.<sup>14</sup> Na een publieke consultatie aan het eind van 2017 vervolgde de Europese Commissie haar inspanningen in de aanpak van online desinformatie met het instellen van een *High-Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation* (hierna: HLEG) in januari 2018. Aan deze groep, waarin vertegenwoordigers van online platforms, nieuwsmedia, onderzoeksinstituten en maatschappelijke organisaties plaatsnamen, was de taak opgelegd de Commissie te adviseren over mogelijke beleidsinitiatieven om de online verspreiding van nepnieuws en desinformatie tegen te gaan. In het bijzonder moest de HLEG op basis van gedeelde *best practices* en coördinatie van relevante beleidsmaatregelen en activiteiten op EU- en nationaal niveau leidende principes identificeren voor mogelijke zelfregulering.<sup>15</sup> In het eindrapport moedigde de HLEG de Commissie aan de ontwikkeling te ondersteunen van een initiatief van zelfregulering in de vorm van een *Code of Practices*, waarin alle relevante belanghebbenden zich tot het nemen van actie zouden verbinden.<sup>16</sup> Het eindrapport van de HLEG, in combinatie met de uitkomsten van de publieke consultatie, leidde in april 2018 uiteindelijk tot de Mededeling *'Bestrijding van online-desinformatie: een Europese benadering'* van de Europese Commissie. De Commissie benadrukte in deze Mededeling dat content-distribuerende online platforms, en dan met name sociale media, diensten voor het delen van video's en zoekmachines, een sleutelrol spelen in de verspreiding, circulatie en versterking van desinformatie en dat zij om deze reden in de aanpak van het probleem een belangrijke rol voor zulke platforms weggelegd ziet.<sup>17</sup> De Commissie overwoog dat zelfregulering, wanneer effectief geïmplementeerd en gemonitord, hieraan kan bijdragen. Zij nam om deze reden het advies van de HLEG over om de totstandkoming van een *Code of Practice* te ondersteunen. De Commissie stelde negen, goeddeels van door de HLEG opgestelde sleutelprincipes overgenomen, doelstellingen op die online platforms en de advertentie-industrie met de Code zouden moeten bereiken.<sup>18</sup> Onder meer werd hun ten doel gesteld ter vermindering van de inkomsten van aanbieders van desinformatie de controle op de plaatsing van advertenties te verbeteren en de transparantie met betrekking tot gesponsorde content te garanderen. Ook moeten de ondertekenaars zich meer inspannen om nepaccounts op een aantoonbaar doeltreffende manier te sluiten. Daarnaast moeten, zo stelt de Commissie, gebruikers door de plaatsing van indicatoren in staat worden gesteld op basis van objectieve criteria de betrouwbaarheid van content te kunnen bepalen en moet de zichtbaarheid van desinformatie afgezwakt worden door betrouwbare inhoud vindbaarder te maken. Als

9 Brief van 13 december 2018 van Minister Ollongren (Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) aan de Tweede Kamer inzake desinformatie en beïnvloeding verkiezingen, 2018-000937330.

10 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>.

11 A.W. Hins, 'De taak van sociale media bij het bestrijden van desinformatie', *Mediaforum* 2018-6, p. 171-175 (hierna: Hins, *Mediaforum* 2018-6).

12 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 (hierna: *eCommerce-richtlijn*).

13 N. Helberger, J. Pierson & T. Poell, 'Governing online platforms: From contested to cooperative responsibility', *The Information Society* 2018, vol. 34 (1), p. 1-14 (hierna: Helberger, Pierson & Poell, *The Information Society* 2018).

14 Zie hierover A.W. Hins, 'EU vs Disinfo', *Mediaforum* 2018-2, p. 29.

15 Europese Commissie, 'Call for applications for the selection of members of the High Level group on Fake News', 12 november 2017, te vinden op <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/call-applications-selection-members-high-level-group-fake-news>.

16 Europese Commissie, 'A multi-dimensional approach to disinformation', Report of the independent High-Level Group on fake news and online disinformation, p. 6.

17 EC Communication COM(2018) 236, p. 2.

18 EC Communication COM(2018) 236, p. 7-8.

laatste doelstelling noemt de Commissie dat *fact-checking* organisaties en academici toegang verschaft moet worden tot data van het platform.

Om de totstandkoming van een initiatief van zelfregulering en de samenwerking tussen de verschillende stakeholders te bevorderen initieerde de Commissie vervolgens een *Multi-stakeholder Forum on disinformation*. Het was de bedoeling dat het Forum was samengesteld uit vertegenwoordigers van een aantal online platforms en hun brancheorganisatie, vertegenwoordigers van adverteerders en grote adverteerdersverenigingen, en daarnaast uit vertegenwoordigers van media-organisaties, het maatschappelijk middenveld, *fact-checkers* en de wetenschap.<sup>19</sup> Het Forum bestond uit twee subgroepen: een werkgroep en een klankbordgroep. De bijeenkomsten van het Forum leidden uiteindelijk tot de presentatie van de *EU Code of Practice on Disinformation* in september 2018.

De tekst van de Code opent met een preambule waarin, onder andere, de achtergrond, het onderwerp en de opzet van de Code worden uiteengezet en de wijze waarop de Code zich tot het bestaande regelgevende kader van de EU en de lidstaten verhoudt. De tekst van de Code vervolgt in de eerste sectie met een elftal algemene doelen, waarin aangesloten wordt bij de doelstellingen zoals de Commissie die in haar Mededeling uit april 2018 heeft geformuleerd. Belangrijk in dit verband is dat de ondertekenaars zichzelf ten doel stellen te investeren in technologische middelen om relevante, authentieke, accurate en gezaghebbende informatie te prioriteren in zoekresultaten, *feeds* of andere automatische gerangschikte distributiekanaalen. Daarbij wordt expliciet vermeld dat dit in overeenstemming met het recht op vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), dient te geschieden. Daaraan wordt toegevoegd dat ondertekenaars niet door overheden gedwongen mogen worden, of vrijwillig beleid mogen aannemen, om legale content en berichten te verwijderen of de toegang daartoe te verhinderen, enkel op grond dat deze als 'vals' worden beschouwd.

De tweede sectie van de Code bevat de daadwerkelijke toezeggingen, die grotendeels overlappen met een uitwerking vormen van de algemene doelstellingen. Het zijn in totaal vijftien punten, verdeeld over vijf clusters: (1) controle over advertentieplaatsing, (2) politieke advertenties en 'issue-based advertising', (3) integriteit van dienstverlening, (4) *empowering* van consumenten, en (5) *empowering* van onderzoekers. Vanwege de breedte van de in de Code genoemde toezeggingen en de diversiteit aan ondertekenaars is de Code zo opgesteld dat

ondertekenaars zich aan het merendeel van de toezeggingen enkel hoeven te committeren wanneer zo'n toezegging aansluit bij de specifieke karakteristieken van het product of de service die deze ondertekenaar aanbiedt.<sup>20</sup> Als gevolg hiervan heeft elke ondertekenaar zijn eigen *roadmap* waarin vermeld staat tot welke toezegging die ondertekenaar zich precies verbindt en welke acties deze partij onderneemt.<sup>21</sup> De laatste secties van de *Code of Practice* zijn gewijd aan de wijze waarop de effectiviteit van de Code gemeten en gemonitord zal worden. Verder voorziet de Code in een beoordelingsperiode van twaalf maanden waarna de ondertekenaars de voortgang, de implementatie en het functioneren daarvan zullen analyseren.<sup>22</sup> Een annex bij de Code bevat de huidige *best practices* van de ondertekenaars. De eerste verslagen van de ondertekenaars over de voortgang van de implementatie van de in de Code gedane toezeggingen werden eind januari 2019 gepubliceerd.<sup>23</sup>

## Een continuüm van reguleringsmethoden

Voorstellen tot zelf- en coregulering als maatregel tegen problematische online content zijn geenszins een nieuw verschijnsel. In de *eCommerce-richtlijn* wordt in artikel 16 expliciet benoemd dat Lidstaten en de Commissie het opstellen van gedragscodes dienen te stimuleren. Ook in de *Audiovisuele Mediadiensten-Richtlijn* wordt het gebruik van zelf- en coregulering instrumenten in door de Richtlijn gecoördineerde gebieden aangemoedigd, een visie die herhaald wordt in de herziene versie van de Richtlijn.<sup>24</sup> Daarnaast heeft de Commissie in verschillende recente mededelingen met betrekking tot de regulering van online platforms het standpunt herhaald dat zelfregulering moet worden aangemoedigd.<sup>25</sup> Zelf- en coregulering zijn echter slechts twee manieren binnen een breder spectrum van mogelijkheden om omstrede online content aan te pakken en het handelen van (private) partijen met betrekking daartoe te beïnvloeden en controleren. Op het ene uiteinde van dit spectrum plaatst men doorgaans traditionele (formele) vormen van regulering door een overheid en op het andere het volledig uitblijven van regulering.<sup>26</sup> Het gebied tussen deze twee extremen vormt een glijdende schaal waarop verschillende elkaar deels overlappende vormen van regulering mogelijk zijn. Bijgevolg valt 'zelfregulering' niet duidelijk af te bakenen en krijgt zij grotendeels vorm door de omstandigheden waaronder en de sector waarin zij wordt toegepast.<sup>27</sup> Ook voor de voorstellen met betrekking tot bestrijding van online desinformatie geldt dat deze het gehele spectrum aan reguleringsvormen beslaan.<sup>28</sup>

19 Zo blijkt uit het Vademecum: '2018 Vademecum of the Multistakeholder Forum on Disinformation', 11 juli 2018, te vinden op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/meeting-multistakeholder-forum-disinformation>.

20 EU Code of Practice on Disinformation, p. 1.

21 'Roadmaps to implement the Code of Practice on disinformation', 18 October 2018, te vinden op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/roadmaps-implement-code-practice-disinformation>.

22 EU Code of Practice on Disinformation, p. 8-10.

23 Tot dusver zijn verslagen beschikbaar van, voor de online platforms, Facebook, Google, Mozilla en Twitter, en voor de adverteerders en brancheorganisaties, de *European Association of Communication Agencies (EACA)*, *Interactive Advertising Bureau (IAB Europe)* en de *World Federation of Advertisers (WFA)*, zie: 'First results of the EU Code of Practice against disinformation', 29 januari 2019, te vinden op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-results-eu-code-practice-against-disinformation>.

24 Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten, Overweging 45 en Artikel 4(7); Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele media-

diensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie, overweging 14 en Artikel 4a.

25 EC Communication, COM(2016) 288, p. 5 en 9; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', 28 september 2017, COM(2017) 555 final, p. 4.

26 T. McGonagle, 'Practical and Regulatory Issues Facing the Media Online', in: Ch. Hardy & Ch. Möller (red.), *Spreading the Word on the Internet: 16 Answers to 4 Questions*, Vienna: OSCE Representative on Freedom of the Media 2003, p. 89 (hierna McGonagle 2003); I. Bartle and P. Vass, *Self Regulation and The Regulatory State: A Survey of Policy and Practice*, Research Report 17, Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath oktober 2005 (online publiek) (hierna: Bartle & Vass 2005).

27 M. Price & S. Verhulst, 'In Search of the Self: Charting the course of selfregulation on the internet and global environment', in C. Marsden, *Regulating the global information society*, London: Routledge 2000, p. 3 (hierna Price & Verhulst 2005).

28 Zie voor een overzicht hiervan D. Tambini, *Fake News: Public Policy Responses. LSE Media Policy Brief 2017*, 20, p. 13-15, te vinden op <http://eprints.lse.ac.uk/73015/>; of *Inventarisatie methodes om "nepnieuws" tegen te gaan* (Onderzoek uitgevoerd door het Instituut voor Informatierecht), bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 32 827-127, p. 39-50 (hierna *Inventarisatie methodes om "nepnieuws" tegen te gaan* 2018).

Gedrags- of praktijkcodes zijn een veelvoorkomende techniek waarmee zelfregulering vorm kan worden gegeven.<sup>29</sup> Met betrekking tot problematische online content kunnen dergelijke codes tot verschillende pro-actieve en retroactieve door de regulerenden te nemen maatregelen leiden waardoor de verspreiding van of de toegang tot deze content beperkt kan worden.<sup>30</sup> Deze maatregelen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het *label*len of monitoren van content om problematisch materiaal te identificeren, in het filteren van content of in het verwijderen van content of het blokkeren van de toegang daartoe.<sup>31</sup> De in een code gehanteerde terminologie en definities zullen telkens een belangrijke factor zijn in de wijze waarop invulling aan dergelijke maatregelen gegeven wordt.<sup>32</sup> Aangenomen wordt dat elk van deze maatregelen impact op de uitings- en informatievrijheid kunnen hebben.<sup>33</sup>

Nu gedragscodes in principe op vrijwillige basis tot stand komen, rijst de vraag in welke mate de daarin neergelegde maatregelen een bindende status opleveren. Veelal zullen de maatregelen uit de gedragscode met betrekking tot content hun beslag krijgen in de contractuele relatie tussen het platform en de gebruiker in de vorm van een bepaling in de gebruiksvoorwaarden of *Community Guidelines* van het desbetreffende platform. Aldus ontstaat een tweelagige structuur die wel wordt aangeduid als *private ordering*. Daarbij baseert een platform zijn handelen en het modereren van content, al dan niet met behulp van algoritmes of artificiële intelligentie, op een in zijn eigen voorwaarden neergelegde interpretatie van bepaalde (wettelijke) vereisten.<sup>34</sup>

## Het 'zelf' in zelfregulering

Het is belangrijk op te merken dat zelfregulering in eigenlijke zin, waarmee bedoeld wordt dat een overheid geen enkele rol heeft gespeeld in onder meer de totstandkoming en handhaving van die regulering, in de praktijk haast niet voorkomt.<sup>35</sup> In vrijwel alle gevallen zal telkens toch op enige manier sprake zijn van een verhouding tussen de zelfregulerende actoren en een overheid.<sup>36</sup> Dit heeft tot gevolg dat ook binnen zelfregulering verschillende gradaties mogelijk zijn, die veelal afhankelijk zijn van de mate van betrokkenheid van een overheid bij die regulering.<sup>37</sup> Deze betrokkenheid kan zich op verschillende manieren manifesteren. Zo kan een overheid een faciliterende rol hebben in de totstandkoming van zelfregulering, invloed hebben op de inhoud daarvan of betrokken zijn bij de uitvoering.<sup>38</sup>

Deze betrokkenheid van een overheid bij de totstandkoming en handhaving van zelfregulering doet de vraag rijzen of het in veel gevallen niet evengoed mogelijk is een als zelfregulering aangekondigd initiatief als coregulering aan te merken. Als kenmerkende eigenschap van coregulering wordt genoemd een meer expliciete vorm van samenwerking tussen een overheid en private actoren, bijvoorbeeld doordat een overheid een specifiek (wettelijk) kader creëert waarbinnen private actoren zelfstandig regels opstellen en handhaven.<sup>39</sup> Aan deze vorm van regulering wordt doorgaans het voordeel toegeschreven dat hiermee de mogelijkheid ontstaat een kader te scheppen waarin bepaalde *good practices of process values* met betrekking tot de totstandkoming, handhaving en uitoefening, en evaluatie van deze regelgeving verankerd kunnen worden.<sup>40</sup> Op deze manier, zo wordt betoogd, kunnen bijvoorbeeld vereisten met betrekking tot de participatie en representatie van alle relevante belanghebbenden in de totstandkoming van regulering (procedureel) gewaarborgd worden.<sup>41</sup> Ook kan aan vereisten van transparantie en onafhankelijkheid van en verantwoordelijkheid voor dit proces en de regelgeving die als resultaat daarvan tot stand komt, als dergelijke *process values* invulling worden gegeven.<sup>42</sup>

Aan de inzet van zelfregulering worden verschillende voordelen toegeschreven. Als belangrijkste argumenten worden veelal aangevoerd de (kosten)efficiëntie en flexibiliteit die de inzet van dit instrument biedt en, daarmee samenhangend, het vermogen daarmee snel in te springen op technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>43</sup> Ook het inclusieve karakter van (het totstandkomingsproces van) zelfregulering wordt vaak als voordeel genoemd.<sup>44</sup> Naast de mogelijkheden die dit inclusieve karakter biedt om verschillende actoren en expertises nauw in de totstandkoming van de regulering te kunnen betrekken, zou dit kunnen bijdragen aan het (ontstaan van) verantwoordelijkheidsgevoel bij de betrokken actoren en aan de legitimiteit van dergelijke maatregelen. Tegelijkertijd wordt onderkend dat de inzet van zelfregulering als reguleringsinstrument een aantal zwaktes kent. Ondanks het hiervoor aangestipte inclusieve karakter wordt in dit verband in de eerste plaats vaak gewezen op de intranparantie en het gebrek aan legitimiteit of het democratisch tekort dat met inzet van deze instrumenten gepaard gaat.<sup>45</sup> Private actoren dragen bij zelfregulering een grote verantwoordelijkheid. Het gevaar dreigt dat deze regulering niet, of in ieder geval in mindere mate, tot stand komt in een met procedurele waarborgen omkleed proces waarbij democratisch gekozen verte-

29 Price & Verhulst 2005, p. 153.

30 Price & Verhulst 2005, p. 153.

31 C. Angelopoulos e.a., *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation*, Instituut voor Informatierecht (IViR), University of Amsterdam 2016, p. 6-7 (hierna: Angelopoulos e.a. 2016); G.F. Frosio, 'The Death of 'No Monitoring Obligations'. A Story of Untameable Monsters', *JIPITEC* 2017, vol. 8 (3), p. 202 (hierna: Frosio, *JIPITEC* 2017).

32 Price & Verhulst 2005, p. 35.

33 Hans-Bredow-Instituut for Media Research, *Study on Co-Regulation Measures in the Media Sector*, Study for the European Commission, Directorate Information Society and Media, University of Hamburg 2006 (online publiek), p. 149 (hierna: Hans-Bredow-Instituut for Media Research 2006).

34 P.B. Hugenholtz, *Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace*, in I.A. Stamatoudi, ed., *Copyright Enforcement and the Internet*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 309; Angelopoulos e.a. 2016, p. 6.

35 Angelopoulos e.a. 2016, p. 5; Price & Verhulst 2005, p. 3.

36 Price & Verhulst 2005, p. 3.

37 Angelopoulos e.a. 2016, p. 50; Zie ook het spectrum zoals voorgesteld door Bartle & Vass 2005, p. 2.

38 Angelopoulos e.a. 2016, p. 50-51.

39 C. Palzer, 'European Provisions for the Establishment of Co-Regulation Frameworks', in: S. Nikoltchev (red.), *IRIS Special: Co-Regulation of the Media in Europe*, Strasbourg: European Audiovisual Observatory 2003, p. 4;

J.P. Mifsud Bonnici, *Self-regulation in cyberspace*, T.M.C. Asser Press: Den Haag 2008, p. 16.

40 McGonagle 2003, p. 93; D. Tambini, D. Leonardi & C. Marsden, *Codifying Cyber-space. Communications self-regulation in the age of Internet Governance*, Abingdon: Routledge 2008, p. 282 (hierna: Tambini, Leonardi & Marsden 2008); T. Prosser, 'Self-regulation, Co-regulation and the Audio-Visual Media Services Directive', *Journal of Consumer Policy* 2008, vol. 31(1), p. 103 (hierna: Prosser, *Journal of Consumer Policy* 2008).

41 McGonagle 2003, p. 93; Helberger, Pierson & Poell, *The Information Society*, p. 8; Prosser, *Journal of Consumer Policy* 2008, p. 103; Tambini, Leonardi & Marsden 2008, p. 282.

42 McGonagle 2003, p. 93; Tambini, Leonardi & Marsden 2008, p. 282; Prosser, *Journal of Consumer Policy* 2008, p. 103.

43 E. Lievens, P. Valcke & P.J. Valgaeren, State of the art on regulatory trends in media. Identifying whether, what, how and who to regulate in social media, Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI) December 2011 (online publiek), p. 29 (hierna: Lievens, Valcke & Valgaeren 2011); Angelopoulos e.a. 2016, p. 5.

44 C.T. Marsden, *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 46 (hierna: Marsden 2011).

45 Lievens, Valcke & Valgaeren 2011, p. 30-31.

genwoordigers betrokken zijn.<sup>46</sup> Wanneer zelfregulering eenmaal tot stand is gekomen, kan het gebrek aan legitimiteit ook in het kader van het effectief monitoren en handhaven van dergelijke maatregelen problematisch zijn.<sup>47</sup>

De tekortkomingen van zelfregulering kunnen met name problematisch zijn, wanneer ze tot stand is gekomen als reactie op een dreiging tot interventie door een overheid. De betreffende private partijen kunnen zelfregulering dan als een gunstig alternatief zien om inmenging door een overheid in de vorm van traditionele regulering te voorkomen.<sup>48</sup> Daarmee kan een situatie ontstaan waarin een overheid private partijen onder het mom van zelfregulering als instrument inzet om publieke beleidsdoeleinden te bereiken.<sup>49</sup> Private partijen kunnen zich in dat geval gedwongen voelen een strikte interpretatie van, bijvoorbeeld, wettelijke verplichtingen in hun *Terms of Use of Community Guidelines* op te nemen. Dat zal met betrekking tot problematische content mogelijk ertoe leiden dat zij in hun beslissingen proactief en eerder zullen handelen dan (wettelijk) vereist. Deze beslissing om aan de hand van (gebruiks-/service)voorwaarden met betrekking tot bepaalde content op te treden is bovendien vaak slechts in geringe mate aan publiek toezicht onderhevig.<sup>50</sup> Aldus treedt een verschijnsel op dat wel wordt aangeduid als gedelegeerde wetshandhaving of geprivatiseerde censuur.<sup>51</sup> De gevolgen daarvan kunnen volgens sommigen ingrijpender en verstrekkender zijn dan bij traditionele vormen van regulering van content.<sup>52</sup>

## Zelfregulering in de vorm van een Code of Practice

Hoewel de zelfregulerende aard van de *EU Code of Practice on Disinformation* vaak wordt benadrukt, komt de betrokkenheid van de Europese Commissie daarbij op verschillende manieren tot uiting en is deze wellicht groter dan de Commissie wil doen voorkomen. Deze betrokkenheid blijkt in de eerste plaats uit haar faciliterende rol, waarin zij de ontwikkeling van de Code ondersteund heeft, bijvoorbeeld door het organiseren van het *Multistakeholder Forum on disinformation* waaruit de Code voortkwam. Hoewel onduidelijk is hoe deze rol precies uitwerking heeft gevonden, valt uit een vademecum en de notulen van de bijeenkomsten van het Forum enigszins een beeld te vormen van de betrokkenheid daarin van de Commissie.<sup>53</sup> Duidelijk is bijvoorbeeld dat de Commissie de structuur van het Forum bepaalde, waarbij de stakeholders werden opgedeeld in een werkgroep en een klankbordgroep, dat het de agenda van de bijeenkomsten hielp organiseren en dat de Commissie de discussie in en tussen de twee subgroepen faciliteerde.

Daarnaast heeft de Commissie ook in vergaande mate invloed gehad op de inhoud van de Code, onder meer door de doelstellingen die zij daarvoor in haar Mededeling met betrek-

king tot het onderwerp heeft voorgeschreven.<sup>54</sup> Aan deze doelstellingen wordt zowel in de notulen als in de uiteindelijke versie van de Code op verschillende plaatsen gerefereerd. De Commissie heeft daarmee in belangrijke mate het kader bepaald waarbinnen de inhoud van de Code tot stand is gekomen en aan de hand waarvan de resultaten van de Code getoetst zullen worden. Bovendien geven de notulen weer dat de Commissie zich op diverse momenten over de inhoud van de conceptversies van de Code heeft uitgelaten en daarbij heeft aangeduid hoe deze verbeterd kon worden. Ook op de uitvoering van de in de Code neergelegde maatregelen oefent de Commissie in sterke mate invloed uit. Zij benadrukte al in april 2018 dat zij de implementatie van de Code en de effecten van de op basis daarvan genomen maatregelen zal evalueren.<sup>55</sup> De ondertekenaars verplichten zich in de Code jaarlijks verslag te doen over de voortgang van hun toezeggingen in een door een derde partij te beoordelen rapport.<sup>56</sup> Ook zijn de ondertekenaars een beoordelingsperiode van een jaar overeengekomen en hebben zij expliciet afgesproken samen te werken met de Commissie in de beoordeling van het functioneren van de Code.<sup>57</sup>

Opvallend is hoe de invulling van deze rol van de Commissie zich in de maanden na ondertekening van de Code ontwikkeld en uitgebreid heeft. In het Actieplan tegen Desinformatie uit december 2018 valt te lezen dat de Commissie zal zorgen voor een nauw en voortdurend toezicht op de uitvoering en naleving van de Code en dat zij waar nodig en met name met het oog op de Europese verkiezingen zal aandringen op een snelle en doeltreffende naleving.<sup>58</sup> De Commissie zal een uitgebreide evaluatie verrichten na afloop van de eerste 12 maanden, waarbij zij, na verschillende aansporingen aan de online platforms om hun inspanningen om online desinformatie te bestrijden in belangrijke mate op te voeren, al vanaf het begin heeft opgemerkt dat zij zich, wanneer de resultaten tegen vallen, mogelijk genoodzaakt zal voelen maatregelen van dwingende aard te nemen.<sup>59</sup> In een persbericht naar aanleiding van de eerste door de ondertekenaars van de Code gepresenteerde voortgangsrapporten over de periode tot december 2018 riep de Commissie de ondertekenaars opnieuw op hun inspanningen te intensifieren.<sup>60</sup>

Al met al is duidelijk dat de Commissie zowel bij de totstandkoming en inhoud als bij de uitvoering, monitoring en evaluatie van de *Code of Practice* in vergaande mate betrokken is geweest en nog zal zijn. De vraag kan dan ook worden gesteld of deze daadwerkelijk als vrijwillige zelfregulering aan te merken valt. Het gevaar dreigt dat een situatie van geprivatiseerde wetshandhaving is ontstaan. Dat de dreiging van de inzet van traditionele vormen van regulering reëel is, wordt geïllustreerd door ontwikkelingen op dit gebied in onder meer Duitsland en Frankrijk, waar online platforms op verschillende manieren op straffe van een boete tot handelen met

46 Angelopoulos e.a. 2016, p. 5.

47 Lievens, Valcke & Valgaeren 2011, p. 30.

48 Zie Price & Verhulst 2005, p. 11 en Marsden 2011, p. 52 die in dit verband spreken van *coerced (or enforced) self-regulation*. Dat deze situatie ook daadwerkelijk bestaat blijkt ook uit het interne documenten van de Commissie, zie L. Kayali, 'Inside Facebook's fight against European regulation', *Politico.eu*, 23 januari 2019, te vinden op: <https://www.politico.eu/article/inside-story-facebook-fight-against-european-regulation/>.

49 J. McNamee, *The slide from "self-regulation" to corporate censorship*, Brussel: European Digital Rights (EDRI) Discussion Paper, January 2011 (online publiek), p. 7 (hierna McNamee 2011); G.F. Frosio, 'Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility', *Oxford International Journal of Law and Information Technology* 2017, vol. 26 (1), p. 1 (hierna: Frosio, *Oxford International Journal of Law and Information Technology* 2018).

50 Frosio, *International Journal of Law and Information Technology* 2017, p. 15.

51 McNamee 2011, p. 4; Tambini, Leonardi & Marsden 2008, p. 269.

52 Price & Verhulst 2005, p. 9.

53 Zie voor het vademecum en de notulen: 'Meeting of the Multistakeholder Forum on Disinformation', 11 juli 2018, te vinden op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/meeting-multistakeholder-forum-disinformation>.

54 EC Communication COM(2018) 236, p. 7-8.

55 EC Communication COM(2018) 236, p. 8.

56 EU Code of Practice on Disinformation, p. 8-9.

57 EU Code of Practice on Disinformation, p. 9-10.

58 EC Joint Communication JOIN(2018) 36, p. 8-9.

59 EC Communication COM(2018) 236, p. 9. EC Communication COM(2018) 794, p. 12.

60 'First results of the EU Code of Practice against disinformation', 29 januari 2019, te vinden op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-results-eu-code-practice-against-disinformation>.

betrekking tot desinformatie gehouden zijn.<sup>61</sup> Het vervolg van dit artikel gaat dieper in op de vraag waarom de vergaande rol van de Europese Commissie problematisch is. Het beginpunt daarbij is de in de Code gehanteerde definitie van 'desinformatie'.

### Een definitie voor desinformatie

In de *Code of Practice* wordt aangesloten bij de definitie van 'desinformatie' zoals voorgesteld door de Europese Commissie.<sup>62</sup> Deze definitie bestaat uit een positieve en negatieve component. Onder de positieve component wordt desinformatie omschreven als 'verifieerbaar valse of misleidende informatie', die, cumulatief, (a) gecreëerd, gepresenteerd en verspreid is voor economisch gewin of om het publiek opzettelijk te misleiden, en die (b) schade in het publieke domein kan veroorzaken, waarmee bedoeld wordt dat deze informatie democratische politieke processen en beleidsvormingsprocessen kan bedreigen of een bedreiging vormt voor publieke goederen, zoals de bescherming van de gezondheid van EU-burgers, het milieu of de veiligheid. De negatieve component sluit van de omvang van de definitie uit: onbedoelde fouten, satire en parodie of duidelijk herkenbaar partijdig nieuws en commentaar.

De definitie van desinformatie zoals gebruikt in de *Code of Practice* bouwt voort op vele eerdere pogingen om tot een conceptueel kader of een definitie te komen die recht doen aan de vele verschijningsvormen waarin online desinformatie en 'nepnieuws' zich voordoet.<sup>63</sup>

In een invloedrijk rapport van de Raad van Europa spreken de auteurs Wardle en Derakhshan van het containerbegrip 'informatiewanorde', in welk verband zij een onderscheid maken tussen mis-, des- en malinformatie.<sup>64</sup> De eerste parameters bij het classificeren van een expressie als mis-, des- of malinformatie zijn volgens hen de feitelijke correctheid van de informatie en daarnaast de intentie waarmee deze informatie gecreëerd, geproduceerd en verspreid is. Als punt van onderscheid hanteren zij de vraag of daarmee schadelijke gevolgen beoogd zijn. Daarnaast benadrukken Wardle en Derakhshan dat diverse andere kenmerken nodig zijn om een volledig beeld van het verschijnsel te krijgen, bijvoorbeeld door de levensloop van informatie in beschouwing te nemen en te kijken naar de wijze waarop informatie, onder meer gedreven door de online advertentiemarkt en algoritmes, circuleert.<sup>65</sup> Ook dient volgens hen aandacht te worden besteed aan drie verschillende elementen van informatiewanorde. Daarbij kijken zij naar degene die de boodschap creëert, produceert of distribueert, naar de boodschap zelf en naar degene die de boodschap interpreteert.

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, speelt ook het motief waarmee informatie gecreëerd en verspreid wordt, een rol. Dit

motief kan bijvoorbeeld politiek of financieel, maar ook sociaal of psychologisch van aard zijn en zal per actor verschillen.<sup>66</sup> Met betrekking tot de boodschap zelf benadrukken Wardle en Derakhshan dat mis- en desinformatie vooral niet enkel als tekstueel probleem dienen te worden beschouwd. Gelet op de sterke overtuigingskracht daarvan dient met name ook aandacht te worden besteed aan visuele aspecten en de wijze waarop een boodschap is vormgegeven.<sup>67</sup> Het voorgaande maakt duidelijk dat desinformatie of 'nepnieuws' slechts binnen een gecompliceerd en multidimensionaal kader geduid kan worden. Daarbij zijn de feitelijke juistheid van informatie en de intentie waarmee deze informatie gecreëerd, geproduceerd of verspreid wordt twee belangrijke variabelen. Daarnaast dient ook telkens aandacht te worden besteed aan andere factoren. Enkel door de verschillende types, elementen en fases in onderlinge samenhang te bezien kan recht worden gedaan aan de veelzijdigheid en complexiteit die informatiewanorde in zijn geheel en desinformatie in het bijzonder kenmerkt.<sup>68</sup>

De vraag is of de definitie zoals gehanteerd in de *Code of Practice* tegen deze uitdaging opgewassen is. Zoals eerder in *Mediaforum* door McGonagle en Nieuwenhuis werd aange-stipt, kunnen bijvoorbeeld al problemen ontstaan bij de vraag wanneer informatie precies feitelijk 'juist' is en ook bij de vaststelling van het motief waarmee deze informatie gecreëerd en verspreid is.<sup>69</sup> McGonagle wijst er verder op dat ook het vereiste dat deze informatie schade moet kunnen veroorzaken, problematisch is.<sup>70</sup> De gekozen bewoordingen en definities zijn daarnaast van invloed op de aannames die gedaan worden over de wijze waarop informatie zich verspreidt. Daarbij rijst met name de vraag of voldoende aandacht wordt besteed aan de wijze waarop informatie online expliciet, maar vooral ook impliciet, onder meer door algoritmes, gefilterd wordt en aan de wijze waarop deze informatie vervolgens versterkt wordt door en circuleert in digitale gemeenschappen.<sup>71</sup>

Het is van belang zeer kritisch te bekijken of de in de Code gehanteerde definitie voldoende ruimte laat om met de veelzijdigheid en het multidimensionale karakter van het verschijnsel 'desinformatie' om te gaan. Het belang hiervan neemt toe nu desinformatie in het middelpunt van de belangstelling van beleid en regelgeving staat, wat ervoor zorgt dat de invulling daarvan in toenemende mate politiek gekleurd zal zijn.<sup>72</sup> In het kader van de *Code of Practice* is hiervoor geconstateerd dat de Commissie hiermee online platforms in een situatie van geprivatiseerde wetshandhaving tot handelen met bepaalde uitingen aan kan zetten. Het conceptuele kader en de gehanteerde definities zijn belangrijke factoren in de wijze waarop het beleid van de platforms wordt vormgegeven en aan de manier waarop vervolgens invulling wordt gegeven aan op basis van de *Code of Practice* door de online platforms te nemen maatregelen.<sup>73</sup>

61 *Inventarisatie methodes om "nepnieuws" tegen te gaan* 2018, p. 39-45; Ullrich, *JPI-TEC* 2017, p. 117-118.

62 EU Code of Practice on Disinformation, p. 8-9; EC Communication COM(2018) 236, p. 4.

63 Zie bijvoorbeeld de bijdrage in het themanummer van *Mediaforum* van A.J. Nieuwenhuis, 'Fake news: een plaatsbepaling', *Mediaforum* 2018-6, p. 166-170 (hierna Nieuwenhuis, *Mediaforum* 2018); een inventarisatie van de manieren waarop de term 'fake news' in verschillende wetenschappelijke artikelen wordt geoperationaliseerd: E.C. Tandoc Jr., Z. Wei Lim & R. Ling, 'Defining "Fake News": A Typology of scholarly definitions', *Digital Journalism* 2018, vol. 6(2), p. 137-153; of de tien types van misleidend nieuws zoals geïdentificeerd door de *European Association for Viewers Interests (EAVI)*: 'Infographic "Beyond Fake News". 10 Types of Misleading News', *EAVI* (26 juli 2017), te vinden op [EAVI.eu](http://EAVI.eu).

64 C. Wardle & H. Derakhshan, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Council of Europe report DGI(2017)09, p. 20 (hierna: Wardle & Derakhshan 2017).

65 Wardle & Derakhshan 2017, p. 22.

66 Zie ook hier de infographic van EAVI; Wardle & Derakhshan 2017, p. 33.

67 Wardle & Derakhshan 2017, p. 18 en 39.

68 Wardle & Derakhshan 2017, p. 22.

69 T. McGonagle, 'De Raad van Europa en online desinformatie: lavenen tussen zorgen en zorgplichten?', *Mediaforum* 2018-6, p. 182 (hierna: McGonagle, *Mediaforum* 2018); Nieuwenhuis, *Mediaforum* 2018, p. 166.

70 McGonagle, *Mediaforum* 2018, p. 181.

71 Zie hierover uitgebreider: N. Syed, 'Real Talk About Fake News: Towards a Better Theory for Platform Governance', *Yale Law Journal Forum* 2017 (127), p. 353.

72 McGonagle, *Mediaforum* 2018, p. 181.

73 Price & Verhulst 2005, p. 35.

## Online desinformatie en de uitings- en informatievrijheid

Ook vanuit fundamenteelrechtelijk opzicht is het van belang de in de Code gehanteerde definitie kritisch te beschouwen. De aanpak van online desinformatie dient te worden gezien in het licht van internationale en Europese standaarden die met betrekking tot de uitings- en informatievrijheid gelden.<sup>74</sup> Aangenomen wordt dat ook de beoordeling van de toelaatbaarheid van de inzet van alternatieve vormen van regulering, zoals zelfregulering in de vorm van een *Code of Practice*, uiteindelijk binnen dit kader plaatsvindt. Het uitgangspunt is daarbij dat een overheid zich niet van zijn verantwoordelijkheden in dit verband kan ontheffen door haar verplichtingen te delegeren aan private actoren.<sup>75</sup> Maatregelen gebaseerd op een vaag en dubbelzinnig concept van desinformatie zullen in het algemeen niet aan internationale en Europese standaarden van uitings- en informatievrijheid voldoen en niet als gerechtvaardigde inperking van deze vrijheden worden aange-merkt.<sup>76</sup>

Zoals hiervoor aan de orde kwam, kan desinformatie een breed spectrum aan kwalitatief verschillende soorten uitingen omvatten, waarvan geldt dat deze lang niet allemaal problematisch, schadelijk of zelfs illegaal zullen zijn.<sup>77</sup> Waarschijnlijk vallen dergelijke uitingen in veel gevallen binnen de beschermingsomvang van artikel 10 EVRM en is een inperking daarvan onder lid 2 dus slechts onder strikte voorwaarden gerechtvaardigd. Zeker politieke uitingen en andere uitingen die bijdragen aan een discussie over zaken van algemeen belang, kunnen, ook wanneer ze de vorm van een reclameboodschap hebben, onder het EVRM op een ruime bescherming rekenen.<sup>78</sup> Het is daarbij bovendien, gelet op de angst die geuit wordt dat verspreiding van desinformatie een bedreiging kan inhouden voor de (integriteit) van democratische politieke processen, relevant te wijzen op de opvatting van het EHRM dat de vrije circulatie van informatie en ideeën met name in de periode voorafgaand aan verkiezingen van belang is.<sup>79</sup> Het Hof erkent bovendien de belangrijke rol die het internet, gelet op de toegankelijkheid en de capaciteit om grote hoeveelheden informatie op te slaan en te communiceren, speelt in het verbeteren van de toegang van het publiek tot nieuws en het verspreiden van informatie in het algemeen.<sup>80</sup> Het Hof kent daarnaast in toenemende mate aan bloggers of maatschappelijke organisaties ruime bescherming toe wanneer zij een aan de rol van journalisten (soort) gelijke rol binnen het publieke debat kunnen vervullen, bijvoorbeeld door als publieke waakhond op te treden.<sup>81</sup> Dit kan bijvoorbeeld problematisch zijn wanneer een vermeend

geval van desinformatie, vermoed als nieuwsbericht op een blog gepubliceerd is. Zoals McGonagle opmerkt, zullen de bestaande en zich ontwikkelende beginselen van het Hof in de (digitale) context waarin desinformatie gangbaar is geworden, (her)toegepast moeten worden. Daarbij zal in de toekomst moeten blijken hoe het Hof met trollen, bots en diverse vormen van algoritmes en artificieel intelligentie zal omgaan.<sup>82</sup>

De feitelijke onjuistheid van informatie hoeft volgens het EHRM in elk geval niet aan bescherming in de weg te staan. Hoewel online desinformatie in zijn huidige vorm een relatief nieuw verschijnsel is en derhalve als zodanig nog niet in de rechtspraak van het EHRM is terug te vinden, heeft het EHRM zich in het verleden wel al meermalen uitgelaten over de verhouding tussen de beschermingsomvang van de uitingsvrijheid en het waarheidsgehalte van informatie. Zo oordeelde het Hof in *Lingens* dat ook waardeoordelen, hoewel de waarheid daarvan niet voor bewijs vatbaar is, binnen de beschermingsomvang van artikel 10 EVRM vallen.<sup>83</sup> Ook heeft het EHRM geoordeeld dat de beschermingsomvang van artikel 10 EVRM zich kan uitstrekken tot informatie waarvan sterk vermoed wordt dat deze niet waarheidsgetrouw is.<sup>84</sup> Daarnaast heeft het EHRM bovendien meermaals bepaald dat uit de journalistieke vrijheid volgt dat een zekere mate van overdrijving of provocatie is toegestaan.<sup>85</sup> Uit de rechtspraak van het EHRM komt al met al het beeld naar voren dat online desinformatie in veel gevallen informatie is die binnen de beschermingsomvang van de uitings- en informatievrijheid kan vallen.

Dit is vooral problematisch nu het de ondertekenaars van de *Code of Practice* zullen zijn die 'uit eigen beweging' en in afwezigheid van een gezaghebbende definitie met betrekking tot bepaalde informatie, die zij zelfstandig als online desinformatie dienen te kwalificeren, zullen moeten handelen. De vraag rijst in welke mate en op welke grondslag online platforms gehouden zijn de uitings- en informatievrijheid van hun gebruikers te respecteren en op welke manier gebruikers beschermd worden tegen een mogelijke schending van die vrijheid door de ondertekenaars van de Code. Fundamentele rechten hebben in de meeste gevallen immers de vorm van een afweerrecht tegen ongerechtvaardigde inmenging door een overheid en hebben derhalve in beginsel slechts werking in de verhouding tussen individu en die overheid.<sup>86</sup> Het gevaar dreigt hiermee dat de Europese Commissie, gelet op de rol die zij speelt bij de totstandkoming, uitvoering en evaluatie, in een situatie van geprivatiseerde wetshandhaving door regulering via een *Code of Practice* af te dwingen de strikte waarborgen die normaliter voor inperking van de uitingsvrijheid

74 The United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, *Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda*, 3 maart 2017, sub 1 (hierna: *Joint Declaration on "Fake News"*, Disinformation and Propaganda, maart 2017).

75 Angelopoulos e.a. 2016, p. 18 onder verwijzing naar EHRM 25 maart 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0325JUD001313487 (*Costello-Roberts/Vereinigd Koninkrijk*), par. 27.

76 *Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda*, maart 2017, sub. 2; T. McGonagle, "Fake news": False fears or real concerns?, *NQHR* 2017, vol. 35(4), p. 204 (hierna: McGonagle, *NQHR* 2017).

77 McGonagle, *NQHR* 2017, p. 204.

78 EHRM 25 juni 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0625JUD001377888 (*Thorgeirson/IJsland*), par. 64; EHRM 28 juni 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0628JUD002469994 (*Verein Gegen Tierfabriken/Zwitserland*), par. 71.

79 EHRM 19 februari 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0219JUD002483994 (*Bowman/Vereinigd Koninkrijk*), par. 42.

80 EHRM 18 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (*Yildirim/Turkije*), par. 54; EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000300203 (*Times Newspapers LTD/Vereinigd Koninkrijk*), par. 27.

81 EHRM 23 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0923JUD001589089 (*Jersild/Denemarken*), par. 31; EHRM 16 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*), par. 168; M. Oosterveld & M.A.A. Oostveen, 'Van 'public watchdog' naar 'public watchblog': het EHRM en journalistieke weblogs', *Mediaforum* 2013-6, p. 153.

82 McGonagle, *Mediaforum* 2018, p. 183

83 EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582 (*Lingens/Oostenrijk*), par. 46.

84 EHRM 6 september 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0906JUD006551801 (*Salov/Oekraïne*), par. 113.

85 EHRM 26 april 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0426JUD001597490 (*Prager and Oberschlick/Oostenrijk*), par. 38; EHRM 24 februari 1997, ECLI:CE:ECHR:1995:0426JUD001597490 (*De Haes and Gijssels/België*), par. 46.

86 Angelopoulos e.a. 2016, p. 61; R. Broekstra, 'Private communicatiemachtbehebers en onze uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2015-1, p. 2 (hierna: Broekstra, *Mediaforum* 2015).

gelden, omzeilt.<sup>87</sup> Zo is discussie mogelijk over de vraag of maatregelen genomen op basis van zelfregulering in de vorm van een *Code of Practice*, waarbij online platforms op basis van bepalingen in hun eigen gebruiksvoorwaarden of *Community Guidelines* handelen, voldoen aan het vereiste dat iedere beperking van de uitingsvrijheid voorzien moet zijn bij wet.<sup>88</sup>

Hoewel fundamentele rechten in beginsel een overheid als normaddressaat hebben, wordt in toenemende mate betoogd dat ook online platforms zelf een verantwoordelijkheid hebben in hun handelen fundamenteelrechtelijke principes te respecteren.<sup>89</sup> Veelal wordt betoogd dat de grondslag voor deze verantwoordelijkheid voor private actoren gevonden kan worden in theorieën van *Corporate Social Responsibility* of dat deze gebaseerd kan worden op morele verantwoordelijkheden van deze actoren.<sup>90</sup> In het verleden is door middel van verschillende methoden en instrumenten geprobeerd aan deze verantwoordelijkheid invulling te geven.<sup>91</sup> Een gezaghebbend document op dit gebied zijn de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Hoewel niet juridisch bindend, hebben deze *principles* zich zeer invloedrijk getoond en heeft ook het Comité van Ministers van de Raad van Europa daarbij in diverse aanbevelingen, onder meer met betrekking tot de verantwoordelijkheden van internettussenpersonen, aansluiting gezocht.<sup>92</sup> Zowel in de Mededeling van de Europese Commissie als in de *Code of Practice* zelf staat dat de maatregelen waarmee de doelstellingen uit de Code worden nagestreefd, de vrijheid van meningsuiting strikt moeten respecteren en dat deze waarborgen moeten omvatten om te voorkomen dat ze worden misbruikt om bijvoorbeeld kritische, satirische, afwijkende of schokkende meningen te censureren.<sup>93</sup> In de Code wordt expliciet naar artikel 10 EVRM verwezen en benadrukt dat de ondertekenaars niet door overheden gedwongen mogen worden, of vrijwillig beleid mogen aannemen, om legale content en berichten te verwijderen of de toegang daartoe te verhinderen, enkel op grond dat deze als 'vals' worden beschouwd.

### Online disinformatie en de aansprakelijkheid van internettussenpersonen

Het voorgaande speelt zich af binnen een wereldwijde trend waarin een verschuiving plaatsvindt van een beperkte aansprakelijkheid van internettussenpersonen voor problematische online content naar een brede verantwoordelijkheid van tussenpersonen om met betrekking tot dergelijke content op te treden.<sup>94</sup> De Europese Commissie heeft benadrukt dat het aansprakelijkheidsregime uit de *eCommerce*-richtlijn nog

steeds voor het hele spectrum aan online content als uitgangspunt kan dienen, maar dat naast deze horizontale benadering met betrekking tot specifieke content-gerelateerde problemen van tussenpersonen een sectorale aanpak vereist kan worden, bijvoorbeeld in de vorm van vrijwillig genomen maatregelen op basis van zelfregulering.<sup>95</sup> Content op online platforms kan om verschillende redenen problematisch zijn. Naast de grootschalige wijze waarop in de digitale omgeving intellectuele eigendomsrechten geschonden worden, speelt de vraag naar de verantwoordelijkheid voor expressies en content met een illegaal of schadelijk karakter zoals *hate speech*.<sup>96</sup> Een interessant voorbeeld van de probleemgestuurde aanpak die de Commissie voorstaat, is de op haar initiatief in 2016 tot stand gekomen *Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online*. In deze gedragscode committeert een aantal IT-bedrijven zich onder meer om verzoeken tot verwijdering van haatzaaiende uitingen binnen 24 uur af te handelen en deze inhoud indien nodig te verwijderen.<sup>97</sup> Ook het Commissievoorstel voor een Verordening ter voorkoming van de verspreiding van terroristische online-inhoud kan als een voorbeeld van een dergelijke aanpak worden gezien.<sup>98</sup>

De vraag rijst hoe de *Code of Practice* zich tot het aansprakelijkheidsregime uit de *eCommerce*-richtlijn verhoudt. In het kader van online desinformatie is met name problematisch dat het, anders dan bij bijvoorbeeld *hate speech* of terroristische content en gelet op het brede spectrum aan uitingen dat online desinformatie kan omvatten, in veel gevallen zal gaan om informatie waaraan een illegaal of onrechtmatig karakter ontbreekt.<sup>99</sup> Dit overigens nog los van het feit dat dit karakter vrijwel altijd pas uit de bredere context kenbaar kan worden, hetgeen veelal nader onderzoek zal vereisen. Op grond van artikel 14 van de *eCommerce*-richtlijn is een tussenpersoon in beginsel niet aansprakelijk voor dergelijke informatie en kan deze met betrekking tot deze informatie niet tot het ondernemen van actie verplicht worden. Zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam, zal online desinformatie in veel gevallen bovendien zelfs informatie betreffen die bescherming geniet onder de huidige internationale en Europese standaarden die voor de informatie- en uitingsvrijheid gelden. In een situatie van geprivatiseerde wetshandhaving zou een *Code of Practice* er in het kader van het aansprakelijkheidsregime uit de *eCommerce*-richtlijn toe kunnen leiden dat online platforms ook met betrekking tot legale en beschermde informatie actie zullen ondernemen die er op enige wijze toe kan leiden dat de (toegang tot) deze content beperkt wordt.

87 P.J. Leerssen, 'Cut Out By The Middle Man: The Free Speech Implications of Social Network Blocking and Banning In The EU', *JIPITEC* 2015, vol. 6 (2), p. 113 (hierna: Leerssen, *JIPITEC* 2015); G.F. Frosio, 'Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy', *Northwestern University Law Review* 2017, vol. 112 (251), p. 45 (hierna: Frosio, *Northwestern University Law Review* 2017).

88 Tambini, Leonardi & Marsden 2008, p. 282; Hans-Bredow-Instituut for Media Research 2006, p. 151.

89 Human Rights Council of the United Nations. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/38/35, 6 april 2018, p. 5 (hierna: HRC report of the Special Rapporteur, A/HRC/38/35, april 2018, p. 5); Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.1.1.

90 Frosio, *Oxford International Journal of Law and Information Technology* 2018, p. 7-8.

91 HRC report of the Special Rapporteur, A/HRC/38/35, april 2018, p. 5; Frosio, *Oxford International Journal of Law and Information Technology* 2018, p. 9.

92 Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.1.1.

93 EC Communication COM(2018) 236, p. 2; EU Code of Practice on Disinformation, p. 2-3; Zie ook Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, p. 2.

94 Zie Frosio, *JIPITEC* 2017, p. 202; A. Kuczerawy, 'The Power of Positive Thinking. Intermediary Liability and the Effective Enjoyment of the Right to Freedom of Expression', *JIPITEC* 2017, vol. 8 (3), p. 228 (hierna: Kuczerawy, *JIPITEC* 2017).

95 EC Communication COM(2016) 288, p. 8-9.

96 Frosio, *JIPITEC* 2017, p. 202.

97 Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online, 31 mei 2016, te vinden op [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=54300](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300); Op het moment van afronding van dit artikel zijn de ondertekenaars: Facebook, Twitter, Youtube, Microsoft, Instagram, Google+, Snapchat and Dailymotion.

98 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on preventing the dissemination of terrorist content online. A contribution from the European Commission to the Leaders' meeting in Salzburg on 19-20 September 2018, COM(2018) 640 final. Zie hierover uitgebreider A. Kuczerawy, 'The proposed Regulation on preventing the dissemination of terrorist content online: safeguard and risks for freedom of expression', *Centre for IT & IP Law*, 5 december 2018.

99 Wardle & Derakhshan 2017, p. 27; McGonagle, *NQHR* 2017, p. 204.



De sectorale, op specifieke content-gerelateerde problemen gerichte aanpak die de Europese Commissie voorstaat, ziet echter niet enkel op illegale of onrechtmatige content, maar ook op content met een anderszins schadelijk karakter.<sup>100</sup> Waar het bij onwettige content gaat om content die bij wet verboden is, kan het bij schadelijke content veelal gaan om materiaal dat niet bij wet verboden is, maar niettemin aanstootgevend of ongewenst geacht wordt.<sup>101</sup> De aanpak van dergelijke content wordt momenteel eveneens steeds meer onder de verantwoordelijkheid van internettussenpersonen geplaatst.

Wellicht nog meer dan bij illegale uitingen kan het echter problematisch zijn, wanneer online platforms, op basis van zelfregulering, moeten bepalen of van schadelijke content sprake is en of handelen met betrekking tot die content vereist is. Daaraan ten grondslag ligt dat een universele afbakening van wat als schadelijke content kwalificeert, ontbreekt en dat dit in sterke mate cultuurgebonden is.<sup>102</sup> Ook in de rechtspraak van het EHRM over de aansprakelijkheid van nieuwswebsites voor door gebruikers geplaatste comments speelde het onderscheid tussen illegale en schadelijke uitingen een rol. Waar het Hof in *Delfi* oordeelde dat een platform aansprakelijk kon worden gehouden met betrekking tot overduidelijk illegale uitingen, zoals *hate speech*, ontbrak deze aansprakelijkheid in *MTE*, omdat de uitingen in kwestie, hoewel aanstootgevend en vulgair, niet overduidelijk illegaal waren.<sup>103</sup> Ook als online desinformatie slechts als schadelijke content beschouwd kan worden, bestaat het gevaar dat de ondertekenaars van een *Code of Practice*, tegen de achtergrond van dreiging waarin deze tot stand is gekomen, eerder geneigd kunnen zijn content als zodanig aan te merken en met betrekking daartoe te handelen. Het is daarnaast nog onduidelijk hoever de onderzoeksplicht van een online platform reikt in gevallen waarin content mogelijk onrechtmatig is, maar niet evident onrechtmatig.<sup>104</sup>

Los van de vraag of online desinformatie als illegale of schadelijke content aan te merken valt en los van de vraag of het wenselijk is dat de verantwoordelijkheid voor deze beoordeling bij online platforms ligt, zou een *Code of Practice* nog om een andere reden als problematisch beschouwd kunnen worden. Op grond van artikel 15 van de *eCommerce*-richtlijn is het lidstaten niet toegestaan aan tussenpersonen een algemene verplichting op te leggen toe te zien op de informatie die deze doorgeeft of opslaat. De richtlijn laat wel de mogelijkheid open dat bij rechterlijke of administratieve beslissing aan een tussenpersoon bevolen wordt bepaalde maatregelen te nemen om illegale content te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.<sup>105</sup> Dergelijke maatregelen zullen voldoende specifiek en afgebakend moeten zijn om niet tot een algemene toezichtsverplichting te leiden.<sup>106</sup>

Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) in de twee *SABAM*-zaken bijvoorbeeld geoordeeld dat

een tussenpersoon niet tot maatregelen verplicht kan worden die er in de praktijk toe zullen leiden dat deze preventief al het inkomende en uitgaande elektronische verkeer zal moeten filteren.<sup>107</sup> Opgemerkt is dat onduidelijk is hoe een dergelijke filterverplichting geformuleerd kan worden zonder dat deze *de facto* tot een algemene toezichtsverplichting zal leiden.<sup>108</sup> Ook de *Code of Practice* ter bestrijding van online desinformatie zal er vermoedelijk toe leiden dat de ondertekenaars daarvan handelingen zullen ondernemen die neerkomen op het proactief monitoren en filteren van alle content om te bepalen of deze als online desinformatie kwalificeert. Hieraan ten grondslag ligt onder meer de brede en onvoldoende afgebakende definitie van desinformatie die maakt dat een specifieke van een algemene te onderscheiden toezichtsverplichting in dit geval moeilijk te construeren valt.<sup>109</sup>

In gedachte dient wel te worden gehouden dat het verbod uit artikel 15 van de *eCommerce*-richtlijn aan lidstaten geadresseerd is en dat het online platforms derhalve in beginsel vrijstaat op vrijwillige basis dergelijke maatregelen te nemen.<sup>110</sup> Hoewel in het voorgaande meermaals is gewezen op de achtergrond van dreiging waarin deze tot stand komt, zullen online platforms ook maatregelen aan de hand van zelfregulering in de vorm van een *Code of Practice* in principe op vrijwillige basis nemen. In het licht van de steeds grotere verantwoordelijkheid die bij online platforms gelegd wordt om met betrekking tot problematische online content op te treden, zullen zij er in toenemende mate toe worden aangezet dergelijke maatregelen te nemen.<sup>111</sup> Ook de gedragscode ter bestrijding van online *hate speech* en de voorgestelde uitbreiding van de werkingssfeer van de Audiovisuele Mediadienstenrichtlijn naar online videoplatforms kunnen hier als voorbeeld van worden gezien.<sup>112</sup>

Het is tot slot van belang te wijzen op de fundamenteelrechtelijke afweging die het HvJ EU met betrekking tot op basis van een rechterlijk bevel genomen maatregelen ter bescherming van intellectueel eigendom in dit verband geïntroduceerd heeft. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van dergelijke maatregelen dient volgens het Hof telkens een *fair balance* gezocht te worden tussen de fundamentele rechten van alle betrokkenen, waaronder de vrijheid van gebruikers om informatie te ontvangen of te verstrekken.<sup>113</sup> Deze verplichting tot het vinden van een *fair balance* rust in beginsel op (de autoriteiten van) een lidstaat. Niettemin oordeelde het Hof in het *Telekabel*-arrest, waarin het blokkeren van de toegang tot een website centraal stond, dat ook op een tussenpersoon, wanneer niet gespecificeerd is door middel van welke (technische) maatregel deze blokkade gerealiseerd moet worden, een verplichting rust te waarborgen dat met die maatregel een *fair balance* gevonden wordt en dat internetgebruikers daarmee niet nodeloos de toegang tot bepaalde informatie ontzegd wordt.<sup>114</sup> Effectief wordt de afweging van grondrechten daar-

100 Frosio, *Northwestern University Law Review* 2017, p. 26.

101 Price & Verhulst 2005, p. 35.

102 Price & Verhulst 2005, p. 37.

103 EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (*Delfi AS/Estland*), par. 140; EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713 (*Magyar Tartalomsgazdálkodó Egyesület and Index.hu ZRT/Hongarije*), par. 63-64.

104 EHRM (dec) 19 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0919DEC000387714 (*Tamiz/Verenigd Koninkrijk*), Mediaforum 2018-1, nr. 1, m.nt. O. Trojan, p. 14.

105 Zie artikel 14 lid 3 van en overweging 45 bij de *eCommerce*-richtlijn.

106 Angelopoulos e.a. 2016, p. 27 onder verwijzing naar overweging 47 bij de *eCommerce*-richtlijn.

107 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended/SABAM*), par. 40; HvJ EU 12 februari 2012, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*SABAM/Netlog*), par. 38.

108 Angelopoulos e.a. 2016, p. 29.

109 Frosio, *JIPITEC* 2017, p. 203.

110 Angelopoulos e.a. 2016, p. 25 en 30.

111 Zie Frosio, *JIPITEC* 2017, p. 199 die in dit verband spreekt van "The Death of 'No Monitoring Obligations'".

112 Frosio, *JIPITEC* 2017, p. 202; C. Ullrich, 'Standards for Duty of Care? Debating Intermediary Liability from a Sectoral Perspective', *JIPITEC* 2017, vol. 8 (2), p. 116-117.

113 HvJ EU 24 november 2011 (*Scarlet Extended/SABAM*), par. 50; Frosio, *Oxford International Journal of Law and Information Technology* 2018, p. 26; Leerssen, *JIPITEC* 2015, p. 105-107.

114 HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih*), par. 64.

mee aan de tussenpersoon zelf overgelaten.<sup>115</sup> De vraag rijst of ook bij vrijwillig genomen maatregelen, zoals genomen aan de hand van een *Code of Practice* ter bestrijding van online desinformatie, op online platforms een verplichting rust om een dergelijke afweging te maken en hoe deze afweging met betrekking tot dergelijke maatregelen zal uitvallen.

## Online desinformatie en positieve verplichtingen

Los van het feit dat een definitie en conceptueel kader nog voorwerp van onderzoek en discussie zijn, is een situatie van geprivatiseerde wetshandhaving met name onwenselijk nu desinformatie in veel gevallen binnen de beschermingsomvang valt die, gelet op internationale en Europese standaarden met betrekking tot de uitings- en informatievrijheid geldt. Nu fundamentele rechten in beginsel de vorm van een afweerrecht tegen ongerechtvaardigde inmenging door een overheid hebben, dreigt het gevaar dat een *Code of Practice* de uitingsvrijheid kan beperken in afwezigheid van de (procedurele) waarborgen die zouden gelden wanneer deze beperking van een overheid afkomstig zou zijn. Het is inmiddels echter vaste rechtspraak van het EHRM dat het recht op vrijheid van meningsuiting in sommige gevallen niet enkel aanleiding geeft voor overheden zich te onthouden van een inperking daarvan. Daarnaast kan dit recht via de figuur van positieve verplichtingen ook indirecte horizontale werking hebben en kan actief handelen vereist zijn om de effectieve uitoefening van dit recht te waarborgen.<sup>116</sup> Bij een schending van een grondrecht in een private verhouding kan een individu zich er dan op beroepen dat een staat onvoldoende maatregelen heeft genomen om deze schending te voorkomen.<sup>117</sup>

Om te bepalen of in een concreet geval voor een overheid een positieve verplichting bestaat, dient een *fair balance* gezocht te worden tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van rechten van het individu anderzijds, waarbij de fundamentele rechten van de betrokken partijen tegen elkaar dienen te worden afgewogen.<sup>118</sup> Bij de invulling van deze positieve verplichtingen heeft een overheid een zekere beoordelingsruimte, waarvan de omvang afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.<sup>119</sup> Ook met betrekking tot het handelen van online platforms, die als private communicatiemachthebbers een aanzienlijke feitelijke macht hebben om de uitingsvrijheid van individuen en andere private actoren te beperken, is betoogd dat onder het EVRM voor overheden een aantal positieve verplichtingen kan bestaan.<sup>120</sup>

Zouden in het kader van de *Code of Practice* ook voor de Europese Commissie dergelijke positieve verplichtingen kunnen bestaan? Een eerste probleem dat zich daarbij voordoet, is dat de Europese Unie en haar instituties op dit moment niet

als ondertekenaar aan het EVRM gebonden zijn. De Unie en haar instituties zijn echter wel gebonden aan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). Daarin is bepaald dat de inhoud en reikwijdte van rechten uit het Handvest op zijn minst dezelfde zijn als die van de daarmee corresponderende rechten in het EVRM.<sup>121</sup> Hoewel de figuur van positieve verplichtingen (nog) niet expliciet in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is teruggekomen, wordt daarin door middel van het proportionaliteitsprincipe en de vereisten van *fair balance* en effectieve bescherming in veel gevallen toch een soortgelijk resultaat bereikt.<sup>122</sup> Dit blijkt bijvoorbeeld uit de *Digital Rights Ireland*-zaak waarin het HvJ EU oordeelde dat secundaire EU-wetgeving met onvoldoende waarborgen omkleed was om effectieve bescherming aan individuen te kunnen bieden.<sup>123</sup> Een tweede probleem van de *Code of Practice* is dat deze in strikte zin niet van de Europese Commissie afkomstig is. De Commissie is echter wel in vergaande mate betrokken bij de totstandkoming, uitvoering en evaluatie van de Code. Sommigen duiden een dergelijke situatie ook wel als *state interference by proxy*.<sup>124</sup>

Op basis van deze betrokkenheid van de Commissie en de wijze waarop de Code de ondertekenaars daarvan kan aanzetten tot het nemen van maatregelen die de uitingsvrijheid zou kunnen beperken, rijst de vraag of deze wel met voldoende (procedurele) waarborgen omkleed is om niet in strijd te zijn met de positieve verplichting beschermingsmaatregelen te treffen om bemoeilijking van de effectieve uitoefening van de uitingsvrijheid door de ondertekenaars van de gedragscode te voorkomen.<sup>125</sup> Aansluitend op de verplichting beschermingsmaatregelen te treffen kan met betrekking tot online platforms in de tweede plaats een positieve verplichting bestaan (voorwaarden voor) een gunstig klimaat voor de uitingsvrijheid te realiseren.<sup>126</sup> Ook in het kader van de bestrijding van online desinformatie wordt, ook door de HLEG en de Commissie zelf, op het belang van het creëren van een gunstig klimaat voor de uitingsvrijheid gewezen.<sup>127</sup> Aan deze verplichting kan bijvoorbeeld invulling worden gegeven door online platforms ertoe te bewegen duidelijke regels met betrekking tot content te hanteren en consequent te zijn bij de handhaving ervan en mogelijkheden te bieden voor geschilbeslechting.<sup>128</sup> In de derde plaats kan er ook een positieve verplichting bestaan om een pluralistisch informatieaanbod te garanderen.<sup>129</sup>

Nu aangenomen wordt dat een overheid zich niet van zijn verantwoordelijkheden onder het EVRM kan ontheffen door zijn verplichtingen te delegeren aan private actoren, zou betoogd kunnen worden dat, ook al is de Europese Commissie niet als ondertekenaar aan het EVRM gebonden, ook op haar dergelijke positieve verplichtingen rusten. Voordat wordt

115 Leerssen, *JIPITEC* 2015, p. 106; Angelopoulos e.a. 2016, p. 31; Kuczerawy, *JIPITEC* 2017, p. 233.

116 Zie over de ontwikkeling van deze rechtspraak: T. McGonagle, 'Positive obligations concerning freedom of expression: mere potential or real power?', in: O. Andreotti (red.), *Journalism at risk: Threats, challenges and perspectives*, Strasbourg: Council of Europe Publishing 2015, p. 9-35; Angelopoulos e.a. 2016, p. 33-34.

117 Kuczerawy, *JIPITEC* 2017, p. 230.

118 OSCE Office of the Representative on Freedom of the Media, *Media Freedom on the Internet: An OSCE Guidebook*, Vienna: OSCE maart 2016 (online publiek), p. 103; Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 5-6.

119 Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 5.

120 Zie Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 6-7, 11 die deze verplichtingen afleidt uit EHRM 16 maart 2000 (*Özgür Gündem/Turkije*) en EHRM 14 september 2010 (*Dink/Turkije*).

121 Zie artikel 51 lid 1 en 52 lid 3 van het Handvest.

122 Kuczerawy, *JIPITEC* 2017, p. 234.

123 Zie over deze uitspraak uitgebreider Kuczerawy, *JIPITEC* 2017, p. 233.

124 Kuczerawy, *JIPITEC* 2017, p. 234.

125 Zie Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 6-7, 11 die deze verplichting afleidt uit EHRM 16 maart 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0316JUD002314493 (*Özgür Gündem/Turkije*).

126 Zie Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 7-9 die deze verplichting afleidt uit EHRM 14 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD00266807 (*Dink/Turkije*), ro. 137.

127 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, p. 2-3; European Commission, Report of the independent High Level Expert Group on fake news and online disinformation 2018, p. 6; EC Communication COM(2018) 236, p. 1.

128 Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 7.

129 Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 4; Zie hierover in het kader van desinformatie uitgebreider: McGonagle, *Mediaforum* 2018, p. 182.

ingegaan op de vraag hoe de Europese Commissie in het kader van de bestrijding van online desinformatie invulling zou kunnen geven aan deze verplichtingen, is het interessant om eerst een stap terug te doen en aandacht te besteden aan de achtergrond van het probleem van online desinformatie, de wijze waarop de verantwoordelijkheden in de bestrijding daarvan verdeeld worden en de vraag waarom daarin voor online platforms een belangrijke rol weggelegd wordt gezien.

### Het probleem dat online desinformatie heet

Als belangrijkste drijfveer voor de manier waarop online desinformatie op dit moment een problematische rol speelt binnen samenlevingen, wordt de manier gezien waarop het media- en nieuwsecosysteem in recente tijden, ingegeven door de opkomst van het internet, sterk veranderd is.<sup>130</sup> Deze veranderingen uit zich onder meer in de verplaatsing van traditionele media naar digitale media en in de opkomst van online platforms. Het internet in het algemeen en online platforms in het bijzonder zijn in toenemende mate een plek geworden waar het voor een democratie essentieel geachte publieke debat plaatsvindt en waar journalisten hun rol als publieke waakhond kunnen vervullen.<sup>131</sup> Ook de Commissie erkent het groeiende belang van online platforms in de digitale economie en de centrale rol die zij zijn gaan innemen in het voor een samenleving toegankelijk maken van informatie.<sup>132</sup>

Online platforms bieden voor gebruikers ongekeerde mogelijkheden tot participatie en communicatie en maken het hun mogelijk het fundamentele recht informatie te zoeken, te ontvangen en te verspreiden uit te oefenen.<sup>133</sup> Als curatoren en poortwachters van het publieke debat komen online platforms daarmee in een belangrijke positie waarin zij de mogelijkheid hebben de effectieve uitoefening van deze rechten door gebruikers in sterke mate te beïnvloeden of in te perken.<sup>134</sup> Tegelijkertijd worden online platforms als belangrijke actoren gezien die de verspreiding en circulatie van online desinformatie mogelijk maken.<sup>135</sup> De problematiek kan echter niet worden losgezien van de groeiende verdeeldheid die in moderne samenlevingen geconstateerd wordt en moet worden gezien tegen de achtergrond van een algemene afname van het vertrouwen in democratische instituties zoals de politiek en de media.<sup>136</sup>

De consensus is, gelet op de veelzijdigheid van het probleem van online desinformatie en de verschillende actoren die bij de creatie, productie en verspreiding daarvan betrokken zijn, dat om tot een effectieve aanpak te komen, eveneens een grote verscheidenheid aan actoren betrokken dient te zijn.<sup>137</sup> De

voorstellen voor maatregelen die momenteel gedaan worden, richten zich dan ook op een breed scala aan actoren uiteenlopend van staten en maatschappelijke organisaties tot journalisten en mediaorganisaties.<sup>138</sup> Met name wordt echter voor online platforms een belangrijke rol gezien. De Europese Commissie benadrukt dat het begrip 'platforms' een breed scala aan partijen omvat die verschillende uiteenlopende activiteiten ondernemen.<sup>139</sup> Als gemeenschappelijk kenmerk wordt veelal het vermogen van deze partijen genoemd als tussenpersoon door middel van informatie- en communicatietechnologieën interacties tussen gebruikers te faciliteren en gegevens over deze interacties te verzamelen en te gebruiken.<sup>140</sup> Daarbij wordt ook vaak de toegevoegde waarde van het netwerkeffect benadrukt waarvan deze partijen bij grote aantallen gebruikers kunnen profiteren.<sup>141</sup>

In het licht van deze kenmerken valt ook te verklaren waarom voor online platforms een belangrijke rol in de bestrijding van desinformatie wordt gezien. De door deze platforms gefaciliteerde mogelijkheden informatie te publiceren en te verspreiden maken dat zij gezien worden als de belangrijkste actoren die de verspreiding van online desinformatie mogelijk maken.<sup>142</sup> In herinnering dient te worden gebracht dat het problematische karakter van online desinformatie, niet los kan worden gezien van de manier waarop deze informatie zich online verspreidt.<sup>143</sup> De technische controle door online platforms brengt hen in de positie waarin zij als poortwachters invloed uit kunnen oefenen op de toegang tot en verspreiding van content op die platforms.<sup>144</sup>

Gelet op de belangrijke positie waarin de online platforms als curatoren en poortwachters een grote, in veel gevallen zelfs politieke, macht hebben gekregen, kan echter de vraag gesteld worden of hiermee ook een adequate verdeling van verantwoordelijkheden in de bestrijding van online desinformatie gevonden is.<sup>145</sup> Online platforms spelen in de publieke activiteiten waar zij in toenemende mate bij betrokken zijn, een belangrijke rol in het realiseren van belangrijke publieke waarden en beleidsdoelstellingen.<sup>146</sup> Zeker nu een universele en gezaghebbende afbakening van wat als schadelijke online desinformatie kwalificeert ontbreekt, is het essentieel dat alle belanghebbenden hun inzichten kunnen delen over de vraag welke vormen van desinformatie exact afbreuk doen aan de mogelijkheden van burgers goed geïnformeerd deel te nemen aan het publieke debat en de manier waarop de problematiek zou moeten worden aangepakt.

### Naar een gezamenlijke verantwoordelijkheid

In het licht van het bovenstaande en de eerder uiteengezette, inherente zwaktes van zelfregulering, zoals de intranspa-

130 EC Communication COM(2018) 236, p. 4.

131 McGonagle 2015, p. 19.

132 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe", COM(2016) 288 final, p. 7. (hierna: EC Communication, COM(2016) 288).

133 Angelopoulos e.a. 2016, p. 8; Frosio, *Oxford International Journal of Law and Information Technology* 2018, p. 2.

134 T. Gillespie, 'The Politics of 'Platforms'', *New Media & Society* 2010, vol. 12 (3), p. 347-364.

135 EC Communication COM(2018) 236, p. 7; Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, p. 2.

136 W. Lance Bennett & S. Livingston, 'The disinformation order: Disruptive communication and the decline of democratic institutions', *European Journal of Communication* 2018, vol. 33(2), p. 126-127; Zie voor een inbedding in bredere maatschappelijke ontwikkelingen: M. Kakutani, *The Death of Truth*, Londen, VK: William Collins 2018.

137 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, sub 6.

138 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017; Wardle & Derakhshan 2017, p. 80 e.v.; *Inventarisatie methodes om "nep-nieuws" tegen te gaan* 2018.

139 EC Communication COM(2016) 288, p. 2.

140 Recommendation CM/Rec(2018)2, p. 1; European Commission, Report of the independent High Level Expert Group on fake news and online disinformation 2018, p. 11.

141 European Commission, Report of the independent High Level Expert Group on fake news and online disinformation 2018, p. 11.

142 D.M.J. Lazer e.a., 'The science of fake news', *Science* 2018, vol. 359(6380), p. 1094-1096.

143 Syed, *Yale Law Journal Forum* 2017, p. 353.

144 Leerssen, *JIPITEC* 2015, p. 99-100; EC Communication COM(2016) 288, p. 7; Kuczerawy, *JIPITEC* 2017, p. 227.

145 Het concept van een adequate verdeling van verantwoordelijkheden is ontleend aan Helberger, Pierson & Poell, *The Information Society* 2018, p. 2.

146 Helberger, Pierson & Poell, *The Information Society* 2018, p. 1.

rantie en het gebrek aan legitimiteit van deze vorm van regulering, zou het de toereikendheid van een *Code of Practice* in de aanpak van online desinformatie zeer ten goede komen, wanneer deze in gezamenlijke verantwoordelijkheid binnen een meer expliciete vorm van samenwerking tussen de Europese Commissie, online platforms en andere belanghebbenden tot stand zou komen, zou worden uitgevoerd en zou worden geëvalueerd. Met een sterk naar coregulering neigende vorm ontstaat de mogelijkheid een (wettelijk) kader te scheppen waarin bepaalde *good practices* of *process values* met betrekking tot de totstandkoming, handhaving en uitoefening, en evaluatie van een *Code of Practice* verankerd kunnen worden en met betrekking tot elk van deze drie fases de vereiste (procedurele) waarborgen en transparantie, onder meer met betrekking tot ieders rol, kunnen worden ingebouwd.

Door aansluiting te zoeken bij de hiervoor in het kader van coregulering beschreven *process values* kan men de participatie en representatie van alle relevante belanghebbenden in de totstandkomingsfase waarborgen. In de fase van uitvoering en handhaving zal de Commissie online platforms ertoe moeten bewegen duidelijkheid te verschaffen over de regels en het beleid dat zij met betrekking tot online desinformatie hantieren en de wijze waarop dit tot stand is gekomen, in het bijzonder wanneer daarop gebaseerde handelingen verder gaan dan wettelijk strikt vereist is.<sup>147</sup> In dit kader wordt onder meer als vereiste genoemd dat online platforms met betrekking tot de (totstandkoming van) (gebruiks-/service)voorwaarden waarin dit beleid is neergelegd een hoog niveau van transparantie nastreven en dat zij tevens zorgen dat deze voorwaarden voor gebruikers in begrijpelijke taal toegankelijk zijn.<sup>148</sup> Zoals ook de klankbordgroep opmerkt, dient daarnaast met name ook transparantie te worden nagestreefd met betrekking tot de algoritmes die gebruikt worden om content te modereren.<sup>149</sup>

Als een van de risico's binnen een situatie van gedelegeerde wetshandhaving wordt genoemd dat de beslissing om aan de hand van (gebruiks-/service)voorwaarden met betrekking tot bepaalde content op te treden vaak slechts in geringe mate aan publiek toezicht onderhevig is.<sup>150</sup> In de tweede plaats wordt daarom van belang geacht dat wanneer online platforms vervolgens op basis van de (gebruiks-/service)voorwaarden bepaalde content als desinformatie kwalificeren en met betrekking daartoe handelen, dit op de minst restrictieve manier geschiedt en daarbij principes van *due process* in acht worden genomen.<sup>151</sup> Zo dienen online platforms openheid te geven aan het publiek in het algemeen en benadeelde gebruikers in het bijzonder over enige actie die met betrekking tot

bepaalde als desinformatie gekwalificeerde content genomen is.<sup>152</sup> Tot slot is van belang dat voldoende mogelijkheden worden geboden om met betrekking tot bepaalde content genomen beslissingen te kunnen aanvechten. Online platforms moeten er dus toe worden bewogen klacht-/beroepsmogelijkheden voor benadeelde gebruikers open te stellen of (rechterlijk) toezicht dient mogelijk gemaakt te worden.<sup>153</sup> Toezeggingen met betrekking tot beroepsmogelijkheden ontbreken op dit moment volledig in de *Code of Practice*.

De Europese Commissie heeft benadrukt dat zij de implementatie van de *Code of Practice* en de effecten van de op basis daarvan genomen maatregelen nauwgezet zal monitoren en evalueren. In dit kader zijn zorgen geuit over het gebrek aan transparantie van dergelijke door de Commissie uitgevoerde evaluaties en de wijze waarop aan de hand daarvan het succes van de Code gedefinieerd wordt. Ook in deze fase zal derhalve aan vereisten van *due process* en transparantie voldaan moeten zijn en in samenwerking moeten worden overeengekomen aan de hand waarvan de voortgang van de implementatie van de Code gemeten wordt.<sup>154</sup> De Commissie zou bijvoorbeeld rapportage-/*due diligence*-verplichtingen kunnen introduceren met betrekking tot de door deze online platforms op basis van de *Code of Practice* uitgevoerde handelingen en de wijze waarop deze zich verhouden tot fundamentele rechten.<sup>155</sup>

## Conclusie

Hoewel de verspreiding van online desinformatie momenteel als groot probleem wordt gezien, bestaat ook enige scepsis over het bereik en de daadwerkelijke impact van dergelijke informatie.<sup>156</sup> Zeker in dit licht, zo is in dit artikel betoogd, is terughoudendheid geboden met betrekking tot de inzet van zelfregulering ter bestrijding van online desinformatie. Door een *Code of Practice* in een meer expliciete vorm van samenwerking tussen de Europese Commissie, online platforms, gebruikers en andere belanghebbenden tot stand te laten komen, uit te voeren en te evalueren zou tot een meer adequate verdeling van verantwoordelijkheden in de bestrijding van online desinformatie gekomen kunnen worden. De Europese Commissie zou zo invulling kunnen geven aan haar positieve verplichtingen effectieve bescherming van de uitingsvrijheid te waarborgen en een gunstig klimaat voor de uitingsvrijheid te garanderen. Ook kan op deze manier aansluiting worden gezocht bij de verantwoordelijkheden van online platforms om in hun handelen de fundamentele rechten van gebruikers te respecteren.

147 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, sub. 4 (a); Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.1.3.; L. Blanco, 'Tackling Disinformation: Proposed EU Code of Practice Should Not Lead to Politically Biased Censorship', *Center for Democracy & Technology (CDT)*, 21 augustus 2018, te vinden op <https://cdt.org/blog/tackling-disinformation-proposed-eu-code-of-practice-should-not-lead-to-politically-biased-censorship/> (hierna: Blanco, *CDT* 2018)

148 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, p.3 en sub. 4 (b); Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.2; HRC report of the Special Rapporteur, *A/HRC/38/35*, april 2018, sub 52 en 71.

149 Zie bijvoorbeeld: 'Minutes of the third meeting of the Multistakeholder Forum on Disinformation', 11 juli 2018, te vinden op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/meeting-multistakeholder-forum-disinformation>.

150 Frosio, *International Journal of Law and Information Technology* 2017, p. 15.

151 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, sub. 4 (c); Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.3.2.

152 Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.3.2.

153 Joint Declaration on "Fake News", Disinformation and Propaganda, maart 2017, sub. 4 (c); Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.3.3 en 2.5; Broekstra, *Mediaforum* 2015, p. 7;

154 Blanco, *CDT* 2018.

155 Recommendation CM/Rec(2018)2, sub. 2.1.4; HRC report of the Special Rapporteur, *A/HRC/38/35*, april 2018, sub 53.

156 R. Fletcher, A. Cornia, L. Graves & R. Kleis Nielsen, *Measuring the reach of "fake news" and online disinformation in Europe*, University of Oxford: Reuters Institute 2018 (online publiek).