

Impressies

Verwijdering van desinformatie door socialemediaplatforms met een beroep op de gebruikersvoorwaarden: ondernemersvrijheid of doorgeslagen ‘private censuur’?

Mr. B. Brouwer*

170

1. Inleiding

Begin januari 2021 besloten Facebook en Twitter tot tijdelijke respectievelijk permanente schorsing van het Donald Trump-account naar aanleiding van ophitsende uitingen rondom de aanval op het Capitool.^{1,2} Sindsdien is ‘deplatforming’ onderwerp van verhit maatschappelijk debat. Regelmatig wordt daarbij het woord censuur in de mond genomen. Op zich begrijpelijk: socialemediaplatforms zoals Twitter en Facebook hebben een ongekend bereik en vormen voor velen een belangrijke, zo niet de enige manier om hun stem publiekelijk te laten horen. Verwijdering van content en verdergaande sancties, zoals het schorsen of beëindigen van gebruikersaccounts, hebben in elk geval praktisch gezien een grote impact op de uitingsvrijheid.

‘Deplatforming’ speelt niet alleen in de Verenigde Staten: in Nederland is een reeks uitspraken gedaan over verwijdering van desinformatie van socialemediaplatforms, onder andere tussen Forum voor Democratie e.a. en YouTube. Al deze zaken gaan over door de eisers gemaakte bezwaren tegen verwijdering van desinformatie over Covid-19 van hun accounts. In een kort geding tussen Kamerlid Van Haga en LinkedIn was daarnaast ook de (tijdelijke) schorsing van zijn volledige account aan de orde, omdat volgens LinkedIn de gebruikersvoorwaarden herhaaldelijk geschonden waren. Kern van de geschillen is de contractuele relatie tussen de platforms en hun gebruikers en de vraag of zij het recht hebben sancties op te leggen bij schending van door hen gepubliceerde huisregels rondom de verspreiding van desinformatie.

De vraag die speelde in al deze zaken was of eisers, veelal politici, zich tegen verwijdering konden verzetten met een beroep op het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)). Dit heeft, zowel vanuit maatschappelijk als vanuit juridisch oogpunt, besprekenswaardige rechtspraak opgeleverd over de doorwerking van grondrechten in de horizontale, privaatrechtelijke verhouding tussen burgers en socialemediaplatforms onderling.

De vraag die speelde in al deze zaken was of eisers, veelal politici, zich tegen verwijdering konden verzetten met een beroep op het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)). Dit heeft, zowel vanuit maatschappelijk als vanuit juridisch oogpunt, besprekenswaardige rechtspraak opgeleverd over de doorwerking van grondrechten in de horizontale, privaatrechtelijke verhouding tussen burgers en socialemediaplatforms onderling.

* Mr. B. Brouwer is advocaat mediarecht en intellectuele eigendom bij Walden Grene te Amsterdam.

1 Zie persbericht Twitter: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.

2 Zie persbericht Facebook: <https://about.fb.com/news/2021/06/facebook-response-to-oversight-board-recommendations-trump>.

2. Nederlandse rechtspraak

2.1 Algemeen

Pre-corona rechtszaken over uitingen op socialemediaplatforms gingen vooral over de vraag of zij verplicht waren bepaalde illegale content te verwijderen of preventief te filteren, zoals advertenties voor namaakgoederen of misleidende ‘clickbait’ advertenties met het portret van een bekende Nederlander.³ Kernvraag was of een platform zich aan aansprakelijkheid jegens derden kan onttrekken met een beroep op de *safe harbour*-bescherming voor hostingproviders van artikel 14 lid 1 van de eCommerce Richtlijn,⁴ geïmplementeerd in artikel 6:196c van het Burgerlijk Wetboek (BW). Die bescherming houdt kort gezegd in dat hostingproviders in beginsel niet aansprakelijk zijn voor de op hun platforms opgeslagen informatie die door gebruikers is geplaatst.

De opeenvolgende maatregelen van de overheid rondom de aanpak van het coronavirus gaven aanleiding tot een verhit – of beter gezegd: oververhit – maatschappelijk debat dat voor een belangrijk deel plaatsvond op socialemediaplatforms en waarbij de algoritmes van diezelfde platforms waarschijnlijk bijdroegen aan de totale ontsporing daarvan.⁵ Tegen de achtergrond van dit debat vond in de periode 2020-2021 een zestal kort gedingen plaats waarin juist het omgekeerde aan de orde was van de hiervoor genoemde ‘pre-corona’ rechtspraak: namelijk of bepaalde content die door de platforms wegens onwenselijke inhoud *op eigen initiatief* was verwijderd, weer teruggeplaatst zou moeten worden.⁶ Daarbij ging het dus niet om de vraag of socialemediaplatforms *verplicht* waren onrechtmatige content te verwijderen, maar om de vraag of die platforms bepaalde content rechtmatig, op eigen initiatief, *mochten* verwijderen met een beroep op de gebruikersvoorwaarden. In al die zaken ging het om uitingen over Covid-19 c.q. kritiek op overheidsbeleid rondom Covid-19 die door de platforms als desinformatie werd beschouwd. Eisers, onder wie politici zoals Thierry Baudet en Wybren van Haga, waren van mening dat die verwijdering in strijd was met de vrijheid van meningsuiting.

Anders dan de voornoemde ‘pre-corona’ rechtspraak, waarin de (niet-contractuele) relatie tussen platformprovider en gelaedeerde derde partijen aan de orde was, gaat het in deze rechtspraak primair om de contractuele rechtsverhouding tussen de platformprovider en zijn gebruikers, meer in het bijzonder over de toepassing van door het platform gehanteerd beleid om desinformatie over Covid-19 te verwijderen als onderdeel van de algemene (gebruikers)voorwaarden.

Het interessante is bovendien dat het hier niet zozeer gaat om illegale of onrechtmatige content (zoals smaad of laster, misleidende reclames of advertenties voor namaakgoederen waarmee inbreuk wordt gemaakt op intellectuele eigendomsrechten), maar om informatie die als maatschappelijk onwenselijk c.q. schadelijk voor de gezondheid van gebruikers wordt beschouwd. De voorliggende vraag is dus niet zozeer of de uitingen *als zodanig* onwettig zijn (want dat zijn ze in beginsel niet, zoals ook de voorzieningenrechter lijkt te erkennen in het hierna te bespreken kort geding FvD/Google), maar of het de platforms is toegestaan die uitingen *desondanks* te verwijderen met een beroep op door hen publiceerde huisregels om desinformatie over Covid-19 tegen te gaan.

Dit ‘Covid-beleid’ wordt aan de gebruikers opgelegd als onderdeel van de gebruikersvoorwaarden en dus als algemene voorwaarde in de zin van artikelen 6:231 e.v. BW. Bij de totstandkoming van dit beleid heeft de Europese overheid echter een belangrijke stimulerende (zo niet: dwingende) rol gespeeld.

Socialemediaplatforms zijn door de Europese Commissie als private actoren actief betrokken bij de bestrijding van desinformatie. De grootschalige blootstelling van burgers aan desinformatie wordt door de Commissie (terecht) als een bedreiging van de open democratische samenleving beschouwd. De doelstellingen van de Commissie daaromtrent zijn uitgewerkt in de mededeling ‘Tackling online disinformation: a European Approach’ van 26 april 2018⁷ en, meer specifiek, de mededeling ‘Desinformatie in verband met Covid-19’ van 10 juni 2020,⁸ waarin een versterking van de strijd tegen desinformatie over het coronavirus wordt aangekondigd. In dit beleid is de mobilisatie van de private sector als een belangrijk actiepunt genoemd. Bij de, door de Commissie geïnitieerde, EU Code of Practice on Disinformation uit 2018 zijn inmiddels alle grote platforms aangesloten.⁹ In het Actieplan tegen desinformatie¹⁰ wordt door de Commissie gewezen op de cruciale rol van de platforms bij de bestrijding van desinformatie en wordt aangekondigd dat de implementatie van de Code of Practice nauw gemonitord zal worden, onder dreiging

3 Bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415, Mediaforum 2020/3 (John de Mol/Facebook); Rb. Amsterdam (vzr.) 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2602, Mediaforum 2020/12, m.nt. Trojan (Presentator EenVandaag/Facebook); Rb. Den Haag, 17 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2422 (PVH/Facebook).

4 Richtlijn inzake elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG).

5 Zie over de rol van aanbevelingsalgoritmes bij de verspreiding van desinformatie op socialemediaplatforms en het ontstaan van ‘filterbubbels’ o.a. P. van Boheemen, G. Munnichs & E. Duijso, *Digitale dreigingen voor de democratie – Over nieuwe technologie en desinformatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2020.

6 Rb. Amsterdam (vzr.) 9 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4435 (Café Weltschmerz/YouTube); Rb. Amsterdam (vzr.) 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4966 (Stichting Viruswaarheid e.a./Facebook); Rb. Amsterdam (vzr.) 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4308 (Van Haga/YouTube); Rb. Amsterdam (vzr.) 15 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5177 (Forum voor Democratie e.a./YouTube); Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539 (Van Haga/LinkedIn); Rb. Rotterdam (vzr.), 29 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10459 (Willem Engel/Facebook).

7 COM(2018)236 final.

8 Mededeling Desinformatie in verband met Covid-19, 10 juni 2020, JOIN/2020/8 final.

9 EU Code of Practice on Disinformation 2018, inmiddels aangescherpt in The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022. Zie ook P.H. Chase, *The EU Code of Practice on Disinformation: The Difficulty of Regulating a Nebulous Problem*, Transatlantic Working Group, 29 augustus 2019.

10 Actieplan tegen desinformatie, JOIN(2018)36 final, 5 december 2018.

van verdere maatregelen (‘met inbegrip van maatregelen van regelgevende aard’) wanneer de uitvoering en het effect van de Code of Practice onbevredigend zou blijken te zijn.

Het beleid tegen desinformatie van de platforms, waaronder hun Covid-beleid, is dus een vorm van zelfregulering als alternatief voor wetgeving. Bij de beoordeling van deze zaken als zuiver privaatrechtelijke, horizontale geschillen tussen platform en burgers valt derhalve een duidelijke nuancering te plaatsen, gelet op de rol van de Europese overheid bij de totstandkoming van dit beleid. Hierna zal ik twee van de voornoemde kortgedinguitspraken uitvoerig bespreken. De uitspraken in de andere vier kort gedingen sluiten hier juridisch-inhoudelijk in grote lijnen op aan.

2.2 Kort geding Forum voor Democratie/Google

In de zaak Forum voor Democratie c.s. (FvD) tegen Google gaat het om de verwijdering van een video geplaatst op de YouTube-kanalen van FvD met een toespraak van Thierry Baudet tijdens een debat over coronamaatregelen in de Tweede Kamer.¹¹ Daarin spreekt hij onder andere over ‘lullige niet-werkende mondkappen’ en ‘die volstrekt onzinnige afstandsregels’ en bekritiseert hij het vaccinatiebeleid onder andere als volgt:

‘Dat we prima eerstelijns medicijnen, zoals ivermectine, tegenhouden, alleen om die experimentele injecties de status van “toegelaten vaccin” versneld te kunnen geven.’

Onder verwijzing naar de Servicevoorwaarden en het Covid-beleid van YouTube is de video door YouTube verwijderd. In de Servicevoorwaarden staat onder andere dat YouTube het recht heeft content te verwijderen wanneer deze content de overeenkomst tussen YouTube en de gebruikers schendt of schade kan toebrengen aan YouTube, gebruikers of derden. In het Covid-beleid van YouTube staat dat geen content wordt toegestaan die misleidende medische informatie verspreidt in strijd met de medische informatie over Covid-19 van de Wereldgezondheidsorganisatie of lokale gezondheidsautoriteiten. FvD c.s. vorderen in kort geding onder andere dat YouTube wordt geboden de video terug te plaatsen en de door YouTube uitgedeelde ‘first strike’ op het account van FvD op te heffen.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de uitspraken van Baudet in de video een duidelijke schending zijn van de Servicevoorwaarden en het Covid-beleid van YouTube. De vraag of dit beleid in strijd is met de vrijheid van meningsuiting kan niet rechtstreeks aan artikel 10 EVRM worden getoetst; aan artikel 10 EVRM komt immers geen directe horizontale werking toe nu deze bepaling zich richt tot de overheid en niet tot de burger.¹² Dit recht kan echter wel indirect doorwerken in de pri-

vaatrechtelijke verhouding door de invulling van privaatrechtelijke open normen, waaronder de verplichting te handelen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, en de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Binnen die normen moet dan een afweging plaatsvinden tussen de uitingenvrijheid enerzijds en het eigendomsrecht¹³ en de vrijheid van ondernemerschap¹⁴ van YouTube anderzijds, op grond waarvan YouTube niet alles op haar platform hoeft te dulden (r.o. 4.4-4.6).¹⁵ Daarbij is volgens de voorzieningenrechter van belang dat YouTube met dit beleid overheidsrichtlijnen volgt en het Covid-beleid mede baseert op de hiervoor genoemde Code of Practice en de mededeling ‘Desinformatie in verband met Covid-19’ van de Europese Unie. Daaruit volgt dat YouTube niet onredelijk handelt, en evenmin ‘in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Integendeel (r.o. 4.6). De rechter onderkent het grote belang van YouTube voor het ventileren van een politieke boodschap, maar concludeert dat YouTube desondanks geen *must-carry*-verplichting heeft voor kritische geluiden, gelet op rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), waaruit volgt dat de lat voor overheidsingrijpen in de vrijheid van internetplatforms (zeer) hoog ligt. Daarbij gaat het om het hierna nog te bespreken Appleby-arrest (r.o. 4.8).

2.3 Kort geding Van Haga/LinkedIn

In het kort geding Van Haga/LinkedIn¹⁶ lijkt de rechtbank Noord-Holland een wat andere insteek te kiezen. In Van Haga/LinkedIn was aan de orde dat LinkedIn niet alleen negen berichten van Kamerlid Van Haga had verwijderd, maar ook zijn volledige profiel wegens desinformatie over Covid-19. Van Haga vorderde terugplaatsing van zijn profiel inclusief de negen verwijderde berichten op basis van onrechtmatige daad.

De voorzieningenrechter overweegt ook hier dat artikel 10 EVRM geen directe horizontale werking heeft, maar vervolgens lijkt toch een (semi-)rechtstreekse toetsing aan dit artikel plaats te vinden. Daarbij moet volgens de voorzieningenrechter worden meegewogen dat het door LinkedIn en andere platforms gehanteerde Covid-beleid zich richt naar aansporingen die van de overheid afkomstig zijn en dus een beperking is van de uitingenvrijheid ‘op instigatie van de overheid’. De rechter lijkt daarmee het strikt privaatrechtelijke karakter van de verhouding tussen de platforms en de gebruikers te nuanceren (r.o. 4.5-4.8) en onderkent expliciet het grote maatschappelijke belang van socialemediaplatforms voor het ventileren van kritische geluiden. Ook wordt verwezen naar het Europese voorstel voor de Wet

11 Rb. Amsterdam (vzr.) 15 september 2021 (Forum voor Democratie e.a./YouTube).

12 Dit was in eerdere uitspraken al overwogen: Rb. Amsterdam 13 oktober 2020 (Stichting Viruswaarheid e.a./Facebook), r.o. 4.15 e.v.; Rb. Amsterdam (vzr.) 18 augustus 2021 (Van Haga/YouTube), r.o. 4.9.

13 Het recht van eigendom is als grondrecht vastgelegd in art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

14 Als grondrecht vastgelegd in art. 16 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

15 Zie over de doorwerking van grondrechten in het contractenrecht via de open norm van de redelijkheid en billijkheid o.a. Ch. Mak, Grondrechten en Europees contractenrecht - Over de rechtspolitieke achtergrond van contractenrechtelijke uitspraken, NJCM-Bulletin 2008/6.

16 Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021 (Van Haga/LinkedIn).

inzake digitale diensten (de Digital Services Act (DSA)) als toekomstig recht,¹⁷ waarin inhoudsmoderatie door grote onlineplatforms gereguleerd gaat worden. Onlineplatforms worden dan onder andere verplicht om transparant te zijn over ongewenste informatie en de manier waarop inhoudsmoderatie plaatsvindt (artikel 12 DSA), om besluiten tot verwijdering van gebruikerscontent inhoudelijk te motiveren (artikel 15 DSA) en te voorzien in een interne procedure voor de afhandeling van klachten tegen besluiten tot verwijdering van informatie of opschorting van accounts (artikel 17 DSA). In de DSA staat ook een expliciete verplichting om rekening te houden met de rechten en gewettigde belangen van de afnemers van de online dienst, waaronder ‘in het Handvest verankerde grondrechten’ (artikel 12 lid 2 DSA).

Ondanks het zwaardere gewicht dat toegekend lijkt te worden aan artikel 10 EVRM oordeelt ook deze voorzieningenrechter dat platforms in beginsel mogen optreden tegen verspreiding van misinformatie. Volgens de rechter is beleid van platforms om desinformatie over Covid-19 tegen te gaan over het algemeen redelijk te achten, mede gelet op het feit dat ‘de Covid-19 pandemie de eerste pandemie in de geschiedenis is waarbij technologie op grote schaal wordt gebruikt om informatie uit te wisselen’.

Aan LinkedIn wordt echter verweten dat zij haar coronabeleid (anders dan YouTube; red.) nauwelijks heeft uitgeschreven en Van Haga geen notificatie had ontvangen over eerdere verwijdering van berichten. Volledige opschorting van zijn account als verdergaande sanctie wegens herhaalde overtreding kon hij daardoor niet zien aankomen. Ook na bezwaar door Van Haga heeft LinkedIn niet inhoudelijk aangegeven waarom de berichten werden beschouwd als desinformatie. LinkedIn heeft daarmee volgens de voorzieningenrechter in strijd gehandeld met de zorgvuldigheid, en om die reden wordt volledige opschorting als een te zware sanctie beschouwd. De verwijderde berichten hoeven niet te worden teruggeplaatst; deze bevatten volgens de rechter schadelijke misinformatie, waaronder beweringen dat jonge mensen niets te vrezen hebben van Covid-19, dat Ivermectine een effectief middel is voor behandeling van Covid-19 en dat de vaccins experimentele injecties zouden zijn.

Een interessante overweging in het vonnis is de vaststelling van de rechter dat de gebruikersovereenkomst tussen Van Haga en LinkedIn is te beschouwen als een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd, die voorziet in een regeling van opzegging waarbij iedere partij in beginsel op elk gewenst moment kan opzeggen. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad in de uitspraak Goglio/SMQ wordt overwogen dat ook in dat geval uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW kan voortvloeien

dat aan die opzegging nadere eisen worden gesteld.¹⁸ Volgens de voorzieningenrechter doen die omstandigheden zich hier voor: ‘Gelet op de zeer ruime opzeggingsmogelijkheden in het contract en het wezenlijke karakter van de toegang tot socialemediaplatforms als middel om de vrijheid van meningsuiting effectief te kunnen maken, is daarvoor ook aanleiding.’ Daarmee werd dus geoordeeld dat LinkedIn het account van Van Haga in elk geval niet zomaar, zonder nadere voorwaarden, kon beëindigen, gelet op omstandigheden direct samenhangend met de effectieve uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting. Ook op dit punt biedt de hier besproken ‘verwijderingsrechtspraak’ buitengewoon interessante en relevante voorbeelden van de doorwerking van grondrechten in de contractuele verhouding via de redelijkheid en billijkheid.

Het argument van LinkedIn dat in dit geval (desondanks) op lichtere gronden opgezegd moet kunnen worden omdat sprake is van gratis dienstverlening, wordt, terecht, van tafel geveegd door de voorzieningenrechter. Door gebruikers wordt immers wel degelijk met hun ‘data’ (lees: persoonsgegevens) voor de diensten betaald en dus kan niet van gratis dienstverlening worden gesproken (r.o. 4.16).¹⁹

3. Horizontale werking van grondrechten

Artikel 10 EVRM richt zich tot de overheid, met als gevolg dat alleen het handelen of nalaten van overheden bij het EHRM aan artikel 10 getoetst kan worden. De verdragstekst is duidelijk: artikel 10 garandeert het recht op vrijheid van meningsuiting *zonder inmenging van enig openbaar gezag* en beschermt dus in beginsel niet tegen inmenging door private partijen.²⁰ Wel heeft het EHRM erkend dat de grondrechten uit het EVRM een mate van indirecte horizontale werking kunnen hebben door middel van *positieve verplichtingen* van de staten.²¹ Dit houdt in dat de staat onder sommige omstandigheden gedwongen kan zijn om in te grijpen tegen rechtenbeperkende maatregelen van anderen. In dat geval worden de maatregelen niet integraal getoetst aan artikel 10

17 Voorstel voor een EU-verordening van 15 december 2020 (Digital Services Act), COM(2020)825 final; over de DSA is op 23 april 2022 politieke overeenstemming bereikt; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2545.

18 HR 2 februari 2018, ECL1:NL:HR:2018, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ). Hier wordt door de Hoge Raad onder verwijzing naar eerdere arresten aangegeven hoe de opzegbaarheid van duurovereenkomsten moet worden beoordeeld.

19 Ook de ACM is van mening dat een dienst niet als ‘gratis’ kan worden beschouwd wanneer het verdienmodel is gelegen in het verzamelen en verkopen van persoonsgegevens. Zie de Leidraad Bescherming van de online consument van de ACM. Daarin wordt het aanbieden van een product als ‘gratis’ beschouwd als oneerlijke handelspraktijk wanneer het bedrijf vooral geld verdient met het verzamelen en verkopen van persoonlijke data.

20 R. Broekstra, *Private communicatiemachthebbers en onze uitingsvrijheid*, Mediaforum 2015/1, p. 2-11.

21 Bijv. EHRM 17 september 2009, appl.nr. 13936/02 (Manole and others/Moldova), Mediaforum 2009/10, p. 367, r.o. 100. Moldavische zaak waarbij aan de orde was dat oppositiepartijen (in tegenstelling tot de regerende partij) niet of nauwelijks in beeld gebracht werden op de enige landelijke televisiezender; de uitingsvrijheid en de democratie kwamen daardoor in gevaar.

EVRM, zoals bij overheidsmaatregelen, maar juist marginaal en terughoudend.²² Tegenover de schending van de uitingsvrijheid door een privaat platform staat het grondrecht van eigendom, waaruit voortvloeit dat een platform in beginsel zelf mag bepalen welke uitingen op het platform geduld worden.

De Amsterdamse voorzieningenrechter verwijst in de zaken Van Haga/YouTube en FvD/YouTube naar het Appleby-arrest van het EHRM van 6 april 2003²³ om te beoordelen of op de platforms een zogenoemde *must-carry*-verplichting rust voor politieke uitingen of kritische geluiden. In die zaak was aan de orde of de exploitant van een Brits winkelcomplex verplicht had moeten worden te dulden dat in het complex een demonstratie werd gehouden. De klacht hierover werd door het EHRM afgewezen, omdat de actievoerders ook elders campagne hadden kunnen voeren. De voorzieningenrechter leidt hieruit af dat de lat voor overheidsingrijpen in de vrijheid van internetplatforms om content te modereren hoog ligt en dat de overheid(srechter) alleen tot ingrijpen verplicht is wanneer de belemmeringen ‘any effective exercise’ van de vrijheid van meningsuiting onmogelijk maken, of als ‘the essence of the right has been destroyed’.²⁴ Volgens de voorzieningenrechter wordt die hoge lat niet gehaald omdat Van Haga en FvD c.s. hun mening via tal van andere kanalen onder de aandacht kunnen brengen. In FvD/YouTube wordt daarbij expliciet verwezen naar de partijwebsite van FvD, de eigen FvD-app en de andere socialemediaplatforms waarop zij actief zijn. Ook al beschikt Baudet over politieke immuniteit en mag hij in de Tweede Kamer als volksvertegenwoordiger in beginsel alles zeggen, dan nog is YouTube niet verplicht om te dienen als ‘megafoon’ voor uitingen die strijdig zijn met haar beleid (r.o. 4.9). De voorzieningenrechter wijst er, op zichzelf terecht, ook nog op dat in de DSA ook geen *must-carry*-verplichting staat.

De redenering is op zichzelf te volgen, maar roept wel de vraag op of anders zou worden geoordeeld wanneer dezelfde, als desinformatie gekwalificeerde uitingen op alle grote platforms worden geweerd, waardoor een politicus voor wat betreft het bereik van zijn uitingen op grote achterstand komt te staan. Heeft dan het ‘laatste’ platform dat de uiting verwijdert alsnog een *must-carry*-verplichting omdat er daarna geen platform van betekenis meer over is om de effectieve uitoefening van de vrijheid van meningsuiting mogelijk te maken? Interessant is bovendien dat de voorzieningenrechter, met de stelling dat Baudet c.s. nog elders terecht kunnen, in wezen erkent dat de uitingen als zodanig niet onwettig of onrechtmatig zijn (want ze kunnen volgens hem immers elders nog gedaan worden), maar dat enkel de vraag is of het YouTube is toegestaan de verspreiding daarvan op haar platform desondanks te verbieden.

4. Afronding

De hiervoor besproken ‘verwijderingsrechtspraak’ vormt een interessante illustratie van de indirecte doorwerking van artikel 10 EVRM bij private censuur in een historisch ongekende context. Het samenspel van de pandemische situatie en de stortvloed aan desinformatie die via de algoritmes van de socialemediaplatforms met enorme snelheid wordt verspreid, heeft geleid tot een noodzaak tot ingrijpen om maatschappelijke ontwrichting te voorkomen. Onder druk van de Europese overheid is door socialemediaplatforms beleid ingevoerd om desinformatie over Covid-19 van de platforms te weren. Dit beleid is in de algemene voorwaarden van de platforms vastgelegd en daardoor contractueel bindend. De vraag is of de gebruikers desondanks bezwaar kunnen maken tegen de verwijdering van content en verdergaande sancties (zoals de opschorting van hun account) met een beroep op de vrijheid van meningsuiting, die via de open normen van het privaatrecht alsnog in de contractuele relatie doorwerkt.

Daarbij gaat het dan met name om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Het oordeel dat het verwijderen van desinformatie op grond van door de platforms gehanteerd Covid-beleid niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, is mijns inziens juist. Dit beleid en ook de toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden worden gerechtvaardigd, enerzijds door het schadelijke karakter van de op de accounts geplaatste informatie, en anderzijds omdat dit beleid niet alleen in lijn is met overheidsinformatie, maar zelfs op instigatie van de overheid is ingevoerd.

In de kort gedingen bij de rechtbank Amsterdam is een bestendige lijn ontwikkeld waarbij binnen die normen een afweging wordt gemaakt tussen het recht op vrijheid van meningsuiting enerzijds en anderzijds het eigendomsrecht en het recht op vrijheid van ondernemerschap van de platforms, op grond waarvan zij vrij zijn te bepalen welke informatie op het platform wordt geduld. Onder verwijzing naar het Appleby-arrest van het EHRM wordt de lat voor overheidsingrijpen vervolgens hoog gelegd: alleen als iedere effectieve uitoefening van de vrijheid van meningsuiting feitelijk onmogelijk is gemaakt, kan er een *must-carry*-verplichting bestaan voor de platforms ten aanzien van kritische politieke geluiden.

Hoewel ik me in de uitkomst van de kort gedingen kan vinden, lijkt mij een nuance hier op zijn plaats: het Appleby-arrest is gewezen in een volstrekt andere context, namelijk de verspreiding van politieke pamfletten in een winkelcomplex. Toegang tot de grote socialemediaplatforms is in het huidige publieke debat bijna onmisbaar, juist als het gaat om politieke tegengeluiden die in de mainstream media minder aandacht krijgen of zelfs genegeerd worden. Censuur door deze platforms heeft daardoor een enorme impact. Tegelijkertijd is de verspreiding van desinformatie op de platforms maat-

22 P.J. Leerssen bij Van Haga/LinkedIn, Computerrecht 2022/97, p. 228.

23 EHRM 6 mei 2003, appl.nr. 44306/98 (Appleby and Others/the United Kingdom).

24 Appleby-arrest, r.o. 47.

schappelijk ontwrichtend, juist omdat zij als megafoon functioneren en gebruikers in beginsel alles kunnen *posten*, zonder kwaliteitsfilter of redactionele toetsing vooraf. Op de platforms rust daarom een grote verantwoordelijkheid om zorgvuldig om te gaan met iedere vorm van contentmoderatie, die ook in het (Europese) voorstel voor de Wet inzake digitale diensten (de Digital Services Act) is onderkend en waarin zelfs een expliciete verplichting is neergelegd om de grondrechten van gebruikers mee te wegen. Deze context is historisch uniek en niet zonder meer vergelijkbaar met het Appleby-arrest.

Wanneer de lijn van het Appleby-arrest zou worden gevolgd, is iedere vorm van censuur door socialemedia-platforms in beginsel toegestaan, aangezien er altijd andere (online) kanalen zijn om de betreffende uitingen te verspreiden, ook al zijn die minder effectief. Dit lijkt mij onwenselijk en potentieel ondermijnend voor het publieke debat in de democratische samenleving.

Ook het feit dat het Covid-beleid van de platforms de uitwerking vormt van zelfregulering onder druk van de Europese overheid maakt de context anders. Van een zuiver horizontale verhouding is daardoor geen sprake meer. Een zwaardere, althans minder marginale toets aan artikel 10 EVRM is mijns inziens ook daarom gerechtvaardigd.