

# Artikel

## Het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij desinformatie

mr. dr. S.M.A. (Sjarai) Lestrade en mr. drs. M.W. (Maartje) Kouwenberg\*

### 1. Inleiding

196

Sinds 2015 wordt binnen de EU proactief ingezet op het aanpakken van desinformatie.<sup>1</sup> Volgens de EU heeft desinformatie een sterk potentieel om democratische processen en maatschappelijke debatten negatief te beïnvloeden. Om deze effecten tegen te gaan is een gecoördineerde, gezamenlijke en duurzame aanpak nodig.<sup>2</sup> De EU dringt daarbij onder meer aan op een grotere verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van aanbieders van

digitale diensten om desinformatie te detecteren en te verwijderen. Hoewel het hierbij gaat om zelfregulerende gedragscodes, kennen sommige regels een dwingende ondertoon.<sup>3</sup> Binnen Europa voeren diverse landen voorts anti-desinformatiewetten in waarbij de naleving bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk wordt afgedwongen.<sup>4</sup>

In Nederland zijn weinig gegevens bekend over de omvang van desinformatie.<sup>5</sup> Hoewel het Rathenau Instituut in eerder onderzoek nog concludeerde dat desinformatie in Nederland geen bedreiging lijkt te vormen,<sup>6</sup> maant het in recentere rapporten tot waakzaamheid. Het instituut acht het inmiddels waarschijnlijk dat de democratie in ons land wordt bedreigd door digitale nepberichten en wijst erop dat technische beschermingsmaatregelen alleen niet voldoende zijn om misbruik tegen te gaan.<sup>7</sup> Ook het kabinet heeft zijn beleid inzake desinformatie enigszins gewijzigd. In 2018 gaf het nog aan geen regelgeving te willen opstellen tegen desinformatie, en de bestrijding ervan te willen overlaten aan journalistiek, wetenschap en internetdiensten. Vanaf 2019 stelt

\* Sjarai Lestrade is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit. Maartje Kouwenberg is docent en promovenda aan de Radboud Universiteit.

1 Het beleid van de EU past binnen een bredere trend om bepaalde uitlatingen tegen te gaan. Zie in dit kader de door de Europese Commissie ontwikkelde code tegen *hate speech* in 2016 (*Code of conduct on countering illegal hate speech online*), het voorstel tegen online terroristische uitlatingen in 2018 (*Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad ter voorkoming van de verspreiding van terroristische online-inhoud*, SEC(2018)397 final/SWD(2018)408 final/SWD(2018)409 final), de in 2020 ontwikkelde maatregelen om desinformatie over COVID-19 te bestrijden (*Gezamenlijke mededeling aan het Europees Parlement (sic), de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Desinformatie in verband met COVID-19 aanpakken: feiten onderscheiden van fictie*, JOIN(2020)8 final), en de in 2022 gepubliceerde versterkte gedragscode inzake desinformatie (*Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*) en de Digital Services Act (*Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, 2020/0361(COD)*).

2 Onder meer [https://eeas.europa.eu/sites/default/files/disinformation\\_factsheet\\_march\\_2019\\_0.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/default/files/disinformation_factsheet_march_2019_0.pdf). Zie ook het verslag van de Minister van Buitenlandse Zaken van de Informele Raad Algemene Zaken van 3 en 4 maart 2022: 'Er was grote overeenstemming onder lidstaten dat de EU moet bijdragen aan het tegengaan van desinformatie', *Kamerstukken II 2021/22, 21501-02, nr. 2473, p. 2*.

3 Zie over de verplichtingen die voortvloeien uit de DSA op het gebied van strafrecht tevens het in dit themanummer opgenomen artikel van Anna Pivaty en Pieter Wolters. Zie ook T. McGonagle, 'Free expression and internet intermediaries. The changing geometry of European regulation' in: G. Frosio (red.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford Handbooks in Law, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 467-485.

4 Voor een overzicht van anti-desinformatiewetten wereldwijd, zie [www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions](http://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions).

5 Zie voor een verkenning M. van Huijstee e.a., *Online ontspoord, Een verkenning van schadelijk en immoreel gedrag op het internet in Nederland*, Den Haag: Rathenau Instituut 2021.

6 I. van Keulen e.a., *Digitalisering van het nieuws. Online nieuwsgedrag, desinformatie en personalisatie in Nederland*, Den Haag: Rathenau Instituut 2018.

7 P. van Boheemen, G. Munnichs en E. Duijso, *Digitale dreigingen voor de democratie. Over nieuwe technologie en desinformatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2020.

het daarentegen dat wet- en regelgeving niet moeten worden geschuwd, maar dat zorgvuldigheid is geboden.<sup>8</sup> De Russische invasie in Oekraïne heeft de alertheid op de verspreiding van desinformatie bovendien doen toenemen.<sup>9</sup>

Vooralsnog bestaat in Nederland geen specifieke bepaling die desinformatie strafbaar stelt. De actieve benadering van de EU en landen binnen Europa doet evenwel de vraag rijzen in hoeverre het Nederlandse strafrecht online desinformatie reguleert of zou moeten reguleren. Gelet op de zorgen die er zijn omtrent desinformatie binnen de EU en kennelijk ook binnen Nederland, zien wij ons geconfronteerd met een dilemma. Als desinformatie onvoldoende wordt tegengegaan, blijft dit het democratische debat vervuilen en worden ‘alternatieve waarheden’ het nieuwe normaal. Overregulering kan evenwel leiden tot ongewenste vormen van (zelf)censuur waarbij het wantrouwen jegens de staat mogelijk alleen maar toeneemt.<sup>10</sup> Te strenge wetten kunnen het recht op de vrijheid van meningsuiting ernstig schaden. In deze bijdrage wordt ingegaan op dit dilemma. Bezien wordt hoe strafbaarstelling van het verspreiden van desinformatie zich verhoudt tot de vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM en de ultimatum remedium-gedachte in het strafrecht. Daartoe wordt allereerst een definitie van desinformatie geformuleerd (par. 2), vervolgens worden de huidige strafrechtelijke en (kort) civielrechtelijke en tuchtrechtelijke mogelijkheden geschetst om desinformatie in Nederland aan te pakken (par. 3), waarna een analyse van relevante rechtspraak van het EHRM inzake art. 10 EVRM plaatsvindt (par. 4) en een conclusie volgt (par. 5).

## 2. Definitie desinformatie

Hoewel er de laatste jaren meer aandacht is voor desinformatie, is het geen nieuw fenomeen. In de dertiende eeuw voor Christus presenteerde farao Ramses II zichzelf als overwinnaar van de veldslag bij Kadesh, terwijl zijn leger daar in werkelijkheid een zware nederlaag leed. Mede dankzij de desinformatiecampagne van destijds, wordt hij nog steeds gezien als een van de grootste veldheren in de geschiedenis.<sup>11</sup> In potentie heeft desinformatie tegenwoordig echter meer impact, onder andere doordat het mogelijke bereik van onjuiste informatie

groter is geworden. Werd het ‘nieuws’ van de overwinning door Ramses II nog rondgebracht door boodschappers, in de huidige tijd kunnen (social) media, maar ook de inzet van geautomatiseerde bots (onjuiste) informatie via de televisie of het internet onder een vrijwel onbeperkt aantal personen verspreiden. Er lijkt een trend zichtbaar waarbij desinformatie via deze nieuwe wegen wordt ingezet voor beïnvloeding van de publieke opinie.<sup>12</sup> Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de recente insinuaties van Tweede Kamerlid Baudet over de rekrutering van minister Kaag door een buitenlandse geheime dienst tijdens haar opleiding.<sup>13</sup> De opmerking is uitgebreid herhaald in de media en heeft vele mensen bereikt. Volgens Kaag is zij naar aanleiding van deze uitlatingen bedreigd.<sup>14</sup> In sommige gevallen gaat het echter verder dan het enkele verspreiden van valse informatie over politieke tegenstanders. Na de Amerikaanse presidentsverkiezingen in 2020 verkondigde voormalig president Trump onder meer via social media niet alleen dat de Democratische kandidaat Biden de verkiezingen zou hebben ‘gestolen’, maar riep hij ook zijn achterban ook op naar de ‘wilde protesten’ hierover te komen. Dit resulteerde in de bestorming van het Capitool.<sup>15</sup> Hoewel het internet anderzijds ook heeft gezorgd voor een ruimere informatietoegang voor burgers, waardoor zij beter in staat zijn de juistheid van ‘feiten’ na te gaan, is het soms lastig de weg te vinden in de gigantische hoeveelheden beschikbare (juiste en onjuiste) informatie.<sup>16</sup> Het is dan ook niet vreemd dat er zorgen zijn over (de omvang van) desinformatie op het internet: niet alleen in de nationale politiek,<sup>17</sup> maar ook in Europees verband,<sup>18</sup> en onder burgers.<sup>19</sup>

Ofschoon de zorgen over desinformatie breed gedeeld worden, is er nog geen algemeen geaccepteerde definitie van het begrip ‘desinformatie’.<sup>20</sup> Sommige auteurs han-

8 Zie *Kamerstukken II 2017/18, 34970, A; Kamerstukken II 2017/18, 22112, nr. 2608; Kamerstukken II 2018/19, 35165, nr. 7, p. 26-27; Kamerstukken II 2018/19, 30821, nr. 51; Kamerstukken II 2019/20, 30821, nr. 91; Kamerstukken II 2020/21, 22112, nr. 3159; Kamerstukken II 2021/22, 22112, nr. 3347*. Zie ook K.M. Landman, ‘De wettelijke bestrijding van desinformatie: is het middel erger dan de kwaal?’, *NJCM-Bulletin 2019*, afl. 4, par. 5.

9 *Kamerstukken II 2021/22, 32317, nr. 746*.

10 Zie ook R. Harrison, ‘Tackling disinformation in times of crisis: The European Commission’s response to the Covid-19 infodemic and the feasibility of a consumer-centric solution’, *Utrecht Law Review 2021*, afl. 3, p. 19.

11 B. Biron, ‘Fake news in European history’, in: N. McGeorge e.a. (red.), *Proceedings 2021 IEEE International Conference on Cognitive and Computational Aspects of Situation Management (CogSIMA) Virtual Conference 14-22 May 2021*, Institute of Electrical and Electronics Engineers Inc. 2011, p. 122.

12 Zie bijvoorbeeld D. Freelon en C. Wells, ‘Disinformation as political communication’, *Political Communication 2020*, afl. 2, p. 145.

13 ‘Kabinet verlaat zaal na aantijgingen Baudet tegen Kaag’, nos.nl, 21 september 2022.

14 L. van der Storm, ‘Kaag legt link tussen complot Baudet en bedreigingen: “Dit is gevaarlijk”’, *trouw.nl*, 22 september 2022.

15 S. Holland, J. Mason en J. Landay, ‘Trump summoned supporters to “wild” protest, and told them to fight. They did’, *reuters.com*, 6 januari 2021. Trump heeft overigens, na een oproep hiertoe van Biden, via een video op Twitter aan de demonstranten gevraagd naar huis te gaan.

16 Zelfs wanneer personen worden gewezen op de onjuistheid van de informatie waarop zij hun opvattingen baseren, blijken zij die opvattingen maar moeilijk te kunnen aanpassen: J. De Keersmaecker en A. Roets, ‘Fake news’: Incorrect, but hard to correct. The role of cognitive ability on the impact of false information on social impressions’, *Intelligence 2017*, afl. 6, p. 109.

17 Zie bijvoorbeeld de motie van Tweede Kamerleden Middendorp en Verhoeven over een actieplan tegen digitale inmenging, *Kamerstukken II 2018/19, 30821, nr. 63*, en als reactie hierop de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Kamerstukken II 2019/20, 30821, nr. 91*.

18 Zie bijvoorbeeld *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, CM/Rec(2018)2, par. 3 van de preambule.

19 Commissariaat voor de Media, *Digital News Report. Nederlands 2022*, p. 35-36. Overigens lijken de zorgen onder burgers in 2022 iets te zijn afgenomen in vergelijking met 2021.

20 R.Ó. Fathaigh, N. Helberger en N. Appelmann, ‘The perils of legally defining disinformation’, *Internet Policy Review 2021*, afl. 4, p. 3-4. Zie ook E.C. Tan-

teren een brede definitie, zoals Lazer e.a., die het begrip omschrijven als 'false information that is purposely spread to deceive people'.<sup>21</sup> De belangrijkste beperking wordt hierbij gegeven door het opzet dat vereist wordt bij de bron van de desinformatie: opzettelijk verspreide desinformatie wordt doorgaans gezien als de meest schadelijke vorm van desinformatie.<sup>22</sup> Deze uitleg is voor het overige erg veelomvattend. Anderen voegen hieraan dan ook toe dat sprake moet zijn van schade aan bepaalde rechtssubjecten. Zo geven Wardle en Derakhshan aan desinformatie in hun rapport voor de Raad van Europa de volgende betekenis: 'information that is false and deliberately created to harm a person, social group, organization or country'.<sup>23</sup> Hoewel de eis dat schade ontstaat in de laatstgenoemde definitie voor enige nadere begrenzing zorgt, is ook deze definitie nog erg breed. Een dergelijke brede omschrijving is problematisch als basis voor een strafrechtelijke aanpak van desinformatie. Een te ruime strafbaarstelling kan, zoals in de inleiding reeds gezegd, immers leiden tot misbruik door de overheid, of tot (te) strenge zelfcensuur uit vrees voor strafrechtelijke consequenties.<sup>24</sup>

Met het oog op het gericht tegengaan van (enkel) onwenselijke vormen van desinformatie wordt daarom veelal geprobeerd het begrip nog verder af te bakenen. Daarbij wordt in het bijzonder beperking aangebracht door als desinformatie alleen die onjuiste informatie te beschouwen die schadelijk is voor bepaalde, concreet omschreven belangen. Zo spreekt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in deze context over 'het doelbewust, veelal heimelijk, verspreiden van misleidende informatie, met het doel om schade toe te brengen aan het publieke debat, democratische processen, de open economie of nationale veiligheid'.<sup>25</sup> De Europese Commissie spreekt op vergelijkbare wijze over 'aantoonbaar foute of misleidende informatie die wordt gecreëerd, gepresenteerd en verspreid voor economisch gewin of om het publiek opzettelijk te bedriegen, en die

schade in het publieke domein kan veroorzaken',<sup>26</sup> waarbij onder 'het publieke domein' bijvoorbeeld democratische politieke en beleidsvormingsprocessen en openbare goederen zoals de bescherming van de gezondheid van de EU-burgers, het milieu of de veiligheid moeten worden verstaan.<sup>27</sup> Deze definities hebben met elkaar gemeen dat de belangen die in gevaar moeten worden gebracht om te kunnen spreken van desinformatie, meer collectieve of publieke belangen zijn. De genoemde belangen uit het publieke domein sluiten logischerwijs aan bij de belangen waarvan wordt gevreesd dat zij in het geding (kunnen) komen door desinformatie.<sup>28</sup>

Belangrijk is wel hier op te merken dat bij deze definities lijkt te worden uitgegaan van de premisse *dat* het opzettelijk verspreiden van desinformatie schade toebrengt aan de genoemde belangen in het publieke domein, of ten minste een reëel risico daarop in het leven roept. Op dit moment lijkt die mogelijke schadelijkheid echter niet daadwerkelijk vast te staan. Neem bijvoorbeeld het publieke belang van de integriteit van 'democratische processen', welk belang in het geding kan komen door desinformatie.<sup>29</sup> In deze context spreekt Van Til over 'de rol die desinformatie sinds 2016 gespeeld zou [onze cursivering] hebben in de presidentsverkiezingen in de Verenigde Staten, het Brexitreferendum, en in verschillende nationale verkiezingen', daarmee tot uitdrukking brengend dat deze rol niet vaststaat.<sup>30</sup> Nieuwenhuis ziet evenmin direct bewijs voor grootschalige beïnvloeding van verkiezingsuitkomsten door desinformatie.<sup>31</sup> Ook Katsirea signaleert (in bredere zin) een 'bewijsvacuüm' met betrekking tot de daadwerkelijke schadelijkheid van desinformatie.<sup>32</sup> Dit hoeft er overigens niet toe te leiden

doc Jr., Z.W. Lim en R. Ling, 'Defining "Fake News": A typology of scholarly definitions', *Digital Journalism* 2018, afl. 2, p. 137-153.

- 21 D.M.J. Lazer e.a., 'The science of fake news. Addressing fake news requires a multidisciplinary effort', *Science* 2018, afl. 10, p. 1094.
- 22 Vgl. A.P. Engelfriet, 'Het fake news op de pijnbank van het Nederlands strafrecht', *TBS&H* 2020, afl. 2, p. 76. Overigens stellen Zimmermann en Kohring opzet niet als eis om te kunnen spreken van desinformatie, F. Zimmermann en M. Kohring, 'Aktuelle Desinformation. Definition und Einordnung einer gesellschaftlichen Herausforderung', in: R. Hohlfeld e.a. (red.), *Fake News und Desinformation. Herausforderungen für die vernetzte Gesellschaft und die empirische Forschung*, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 25.
- 23 C. Wardle en H. Derakhshan, *Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, Council of Europe report DGI(2017)09, p. 20.
- 24 A. Sardo, 'Freedom of expression, sliding-scales, and fake news', in: M. Elósegui, A. Miron en I. Motoc (red.), *The Rule of Law in Europe recent challenges and judicial responses*, Springer: Cham 2021, p. 286. Dit wordt ook wel het *chilling effect* van strafbaarstelling van desinformatie genoemd.
- 25 *Kamerstukken II 2019/20*, 30821, nr. 91, p. 3. De woorden 'veelal heimelijk' doen in deze definitie enigszins vreemd aan, omdat heimelijkheid lastig te rijmen lijkt met verspreiding. Waarschijnlijk wordt hier bedoeld op heimelijkheid ten aanzien van de misleidendheid van de informatie. Dit element van de definitie komt ook niet terug in andere definities van het begrip 'desinformatie'.

- 26 *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Bestrijding van online-desinformatie: een Europese benadering*, COM(2018)236 final, p. 4. Vgl. ook de *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende het actieplan voor Europese democratie*, COM(2020)790 final, p. 21. Naar de definitie uit dit laatste document wordt ook verwezen in *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*, p. 1.
- 27 *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Bestrijding van online-desinformatie: een Europese benadering*, COM(2018)236 final, p. 4.
- 28 Zo worden in de *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Bestrijding van online-desinformatie: een Europese benadering*, COM(2018)236 final, p. 2, specifiek de gezondheid, klimaatverandering en (binnenlandse) veiligheid genoemd als belangen ten aanzien waarvan verspreiders van desinformatie zouden kunnen willen manipuleren. In *Gezamenlijke mededeling aan het Europees Parlement (sic), de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Desinformatie in verband met COVID-19 aanpakken: feiten onderscheiden van fictie*, JOIN(2020)8 final, stond de gezondheid centraal.
- 29 Zie bijvoorbeeld *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, CM/Rec(2018)2, par. 3 van de preambule.
- 30 G. van Til, 'Zelfregulering door online platforms: een waar wondermiddel tegen desinformatie?', *Mediaforum* 2019, afl. 1, p. 2.
- 31 A.J. Nieuwenhuis, 'Fake news: een plaatsbepaling', *Mediaforum* 2018, afl. 6, p. 169.
- 32 I. Katsirea, '"Fake news": Reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty', *Journal of Media Law* 2018, afl. 2, p. 159-188.

dat deze definitie wordt verworpen – zo lang erop wordt toegezien dat aan de eis van potentiële schadelijkheid voor genoemde publieke belangen in voorliggende situaties in voldoende mate wordt voldaan.

Met die kanttekening in het achterhoofd, gaan wij in deze bijdrage uit van de door de Europese Commissie gehanteerde definitie van desinformatie. Gelet op de kritiek op versnipperd beleid in verschillende EU-lidstaten bij het tegengaan van desinformatie en de wens tot harmonisatie hiervan,<sup>33</sup> ligt het hanteren van eenzelfde aanpak en definitie binnen de EU voor de hand.

### 3. Huidige strafrechtelijke, civielrechtelijke en tuchtrechtelijke mogelijkheden tegen desinformatie

In de voorgaande paragraaf werd duidelijk dat desinformatie aantoonbaar foute of misleidende informatie betreft, die wordt gecreëerd, gepresenteerd en verspreid voor economisch gewin of om het publiek opzettelijk te bedriegen, en die schade in het publieke domein kan veroorzaken zoals op het gebied van democratische besluitvorming; de bescherming van de gezondheid, het milieu en de veiligheid.

Welke gedragingen kunnen hieronder vallen? Wij beseffen dat het geven van concrete voorbeelden enigszins gevoelig is, omdat het pretendeert dat wij weten wat waar en niet waar is. Voor het uiteenzetten van de juridische mogelijkheden tegen desinformatie is het evenwel inzichtelijker met een aantal voorbeelden te werken. Daarmee zij niet gezegd dat wij bij onderstaande gevallen zeker weten of de (veronderstelde) desinformatie daadwerkelijk schade toebrengt aan publieke belangen, of minimaal het risico op dergelijke schade in het leven roept.<sup>34</sup>

Het voorgaande in acht nemend – en gesteld dat aan het opzetvereiste en het motief is voldaan – kan gedacht

worden aan het in omloop brengen van de volgende gegevens:<sup>35</sup>

- op het gebied van de volksgezondheid: COVID-19 is slechts een griepje;<sup>36</sup> van zonnebrandcrème krijg je kanker;
- op het gebied van milieu: de RIVM-berekeningen inzake het stikstofbeleid zijn gebaseerd op onjuiste data; de opwarming van de aarde komt niet door klimaatverandering;
- op het gebied van de nationale veiligheid: 9/11 was een *inside job*; Rusland voert geen oorlog, maar brengt vrede in Oekraïne;
- op het gebied van democratische verkiezingen: de verspreiding van leugens over politieke kandidaten; de inzet van bots en trollen op social media gedurende verkiezingscampagnes.

Natuurlijk kan allereerst geprobeerd worden dergelijke, ongewenste, gedragingen op buitenjuridische wijze tegen te gaan. In de positief stimulerende sfeer kan bijvoorbeeld worden ingezet op het (financieel) ondersteunen van betrouwbare nieuwssites en op mediawijsheid. Op in ieder geval dat laatste middel zet het kabinet ook in, in de strijd tegen desinformatie. Desondanks wordt anti-desinformatiewetgeving voor de toekomst niet uitgesloten, mochten buitenjuridische mogelijkheden onvoldoende effectief blijken.<sup>37</sup>

Welke mogelijkheden biedt het strafrechtelijke kader nu al om tegen bovengenoemde voorbeelden op te treden? Allereerst kan gedacht worden aan de diverse uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht; het verspreiden van desinformatie vormt immers een uiting. In het huidige Wetboek van Strafrecht zijn reeds diverse delicten opgenomen die bepaalde uitingen wegens hun inhoud strafbaar stellen. In de meeste gevallen zijn deze delicten strafbaar omdat de betreffende uiting schade teweegbrengt aan (de eer of goede naam van) een persoon (denk aan smaad, laster en belediging, art. 261-266 Sr en mogelijk in de toekomst *doxing*<sup>38</sup>), dan wel een bepaalde groep mensen (denk aan groepsbelediging, haatzaaien

33 R.Ó. Fathaigh, N. Helberger en N. Appelman, 'The perils of legally defining disinformation', *Internet Policy Review* 2021, afl. 4, p. 18-19.

34 Vgl. A.J. Nieuwenhuis, 'Fake news: een plaatsbepaling', *Mediaforum* 2018, afl. 6, p. 168: 'Het is niet uitgesloten dat "fake news" positieve effecten kan hebben' en T. McGonagle, "'Fake news': False fears or real concerns?', *NQHR* 2017, afl. 4, p. 205.

35 Zie over de achtergrond van het fenomeen van eventuele complottheorieën het in dit themanummer opgenomen artikel van Masja van Meeteren, en over de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij desinformatie de in dit themanummer opgenomen artikelen van Jelle Cnossen en Robbert-Jan Verkes.

36 Overigens kan onderscheid gemaakt worden tussen 'schadelijke desinformatie' in de vorm van een COVID-19-complottheorie, en 'illegale informatie', bijvoorbeeld oplichting met een wondermiddel tegen het coronavirus. Zie ook R. Harrison, 'Tackling disinformation in times of crisis: The European Commission's response to the Covid-19 infodemic and the feasibility of a consumer-centric solution', *Utrecht Law Review* 2021, afl. 3.

37 *Kamerstukken II* 2018/19, 22112, nr. 2786, p. 21 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35165, nr. 7, p. 26-27; *Kamerstukken II* 2018/19, 30821, nr. 51; *Kamerstukken II* 2019/20, 30821, nr. 91; *Kamerstukken II* 2020/21, 22112, nr. 3159; *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3347. Zie voorts K.M. Landman, 'De wettelijke bestrijding van desinformatie: is het middel erger dan de kwaal?', *NJCM-Bulletin* 2019, afl. 4, par. 5.

38 Bij *doxing* gaat het niet per se om onjuiste informatie, het betreft het publiceren van (in dit geval privé)gegevens omdat de bekendmaking schadelijk zou zijn voor de personen over wie die gegevens worden gepubliceerd. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36171, nrs. 1-3.

en discriminatie, art. 137c-137e Sr).<sup>39</sup> Desinformatie kan bepaalde personen of groepen raken, maar dit is niet altijd het geval. De schade kan ook een breder maatschappelijk belang treffen, zoals bij de voorbeelden hierboven de volksgezondheid, het milieu, de nationale veiligheid of de democratie. Binnen de uitingsdelicten zou dan nog gedacht kunnen worden aan opruiing (art. 131 e.v. Sr). Hiervoor is evenwel nodig dat wordt aangezet tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag. Ook daarvan is bij desinformatie niet altijd sprake. Voorts kunnen delicten inzake het verspreiden van aanstootgevende geschriften in aanmerking worden genomen (art. 240 e.v. Sr). Deze delicten beschermen de seksuele moraal. De bescherming van de seksuele eerbaarheid staat echter niet voorop bij het bestrijden van desinformatie.

Buiten de uitingsdelicten kunnen nog andere strafbare feiten in overweging worden genomen zoals bedrog bij verkiezingen (art. 127 Sr), valsheid in geschrifte (art. 225 Sr), afpersing (art. 317 Sr), oplichting (art. 326 Sr) en leugenachtige berichtgeving (art. 334 Sr). Deze delicten kennen evenwel diverse begrenzingswaarde door zij het verspreiden van desinformatie in den brede niet omvatten. De delictomschrijving inzake bedrog bij verkiezingen is beperkt tot het beïnvloeden van iemands stem bij verkiezingen. De hiervoor weergegeven voorbeelden waarin leugens worden verspreid over politieke kandidaten, of de inzet van bots en trolls gedurende verkiezingscampagnes om invloed uit te oefenen, vallen hier niet (per se) onder. Valsheid in geschrifte lijkt in eerste instantie een breed vangnet te bieden, maar het vereiste dat het geschrift moet zijn ‘bestemd tot bewijs van enig feit’ beperkt de omvang van de delictomschrijving aanzienlijk.<sup>40</sup> Geen van de hierboven weergegeven gedragingen zou derhalve onder de huidige delictomschrijving van art. 225 Sr kunnen worden gebracht. Bij afpersing en oplichting wordt een ander persoon bewogen tot een gedraging, en de delicten kennen met het bestanddeel ‘oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling’ een belangrijke beperking. Het verspreiden van desinformatie is niet altijd gericht op bevoordeling en er wordt ook niet (per se) gebruikgemaakt van een ander persoon. Tot slot heeft de leugenachtige berichtgeving enkel betrekking op het verspreiden van leugenachtige berichten om de prijs van goederen of aandelen te doen stijgen of dalen. De vormen van desinformatie die geen specifieke personen of groepen raken, maar op breder vlak – verondersteld – meer collectief schade teweegbrengen aan

publieke belangen, zijn naar huidig strafrecht aldus niet strafbaar.

De inzet van het strafrecht is evenwel niet de enige manier om desinformatie juridisch aan te pakken. Vanuit de ultimatum remedium-gedachte is het strafrecht bovendien niet de eerst aangewezen route. Ook het civiele recht en het tuchtrecht kennen mogelijkheden om de verspreiding van desinformatie tegen te gaan. Zoals reeds vermeld in de inleiding wordt dan ook binnen de EU aangestuurd op een grotere verantwoordelijkheid voor en aansprakelijkheid van aanbieders van digitale diensten om desinformatie op internet te detecteren en te verwijderen. De *Digital Services Act* is bij uitstek een voorbeeld waarbij private partijen worden aangespoord of in bepaalde gevallen verplicht om maatregelen te treffen tegen *online illegal content*.<sup>41</sup>

In Nederland kan op het gebied van het civiele recht voorts worden gedacht aan het instellen van een onrechtmatiggedaadprocedure vanwege reputatieschade. In de hierboven weergegeven voorbeelden zou de zonnebrandindustrie bij de uitlating ‘van zonnebrand krijg je kanker’ mogelijk kunnen claimen dat de eer of goede naam van de producent van zonnebrandcrème wordt aangetast. Bij een uitlating over het RIVM dat ‘het leugens verspreidt’, kan het RIVM mogelijk stellen dat de goede naam van het instituut schade wordt toegebracht. Het is bij een dergelijke procedure evenwel van belang dat een concrete benadeelde kan worden aangewezen. Zodra het desinformatie betreft die niet direct een instituut, persoon of organisatie raakt, of die in elk geval geen afbreuk doet aan de reputatie van iets of iemand, biedt deze procedure geen soelaas.<sup>42</sup>

Verder zijn er tuchtrechtelijke mogelijkheden om desinformatie te bestrijden. Journalisten dienen zich bijvoorbeeld te houden aan journalistieke codes. Indien zij dit niet doen, kunnen zij vanuit de interne beroepsgroep een boete opgelegd krijgen. Een voorbeeld betreft de recent opgelegde boete door NPO aan Ongehoord Nederland wegens het ‘stelselmatig’ niet naleven van de journalistieke code.<sup>43</sup> De schending van de code betrof onder meer de betrouwbaarheid en waarheidsgetrouwheid door het (passief en actief) bijdragen aan verspreiding van aantoonbaar onjuiste informatie, het niet corrigeren van onjuiste informatie en het niet of onvoldoende scheiden van meningen van feitelijke informatie. Desinformatie wordt echter niet altijd verspreid door journalisten, maar ook door burgers. In dat geval biedt het tuchtrecht geen uitweg.

39 Vgl. A.P. Engelfriet, ‘Het fake news op de pijnbank van het Nederlands strafrecht’, *TBS&H* 2020, afl. 2, p. 76.

40 Daarbij geldt met betrekking tot de bewijsbestemming de in het maatschappelijk verkeer gebezigde betekenis voor het bewijs van enig feit (o.a. HR 14 mei 1957, ECLI:NL:HR:1957,NJ 1957/472, m.nt. Röling). In de rechtspraak is hieronder bijvoorbeeld geschaard: een gemeenteobligatie, verzekeringpolis, werkgeversverklaring, loonstaat, uittreksel uit bevolkingsregister, werkinstructie, handtekeningenkaart openbare bankregistratie, schadeaangifte en reisdeclaratie, zie J.M. Verheul/J.P. Cnossen, commentaar op art. 225 Sr, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Tekst & Commentaar Strafrecht*, art. 225 Sr, aant. 16.

41 Zie over de verplichtingen die voortvloeien uit de DSA op het gebied van privaats-publieke handhaving van het strafrecht tevens het in dit themanummer opgenomen artikel van Anna Pivaty en Pieter Wolters.

42 Recent is in Boek 6 van het BW een regeling opgenomen die het (laten) plaatsen van valse consumentenbeoordelingen bij webwinkels en digitale platforms aan banden legt, zie *Kamerstukken II 2021/22, 35940*, nrs. 1-3. De regels dienen ter bescherming van consumenten, en helpen niet tegen valse informatie die schadelijk is voor de publieke sector.

43 ‘NPO legt sanctie op aan Ongehoord Nederland’, *NPO* 7 juli 2022, te raadplegen via <https://pers.npo.nl/persberichten/npo-legt-sanctie-op-aan-ongehoord-nederland>.

## 4. Strafbaarstelling van desinformatie in het licht van artikel 10 EVRM

Uit voorgaande paragrafen blijkt dat het verspreiden van desinformatie naar huidig strafrecht doorgaans niet strafbaar is, terwijl er wel behoefte kan bestaan aan strafbaarstelling. De vraag is evenwel of een dergelijke strafbaarstelling een toelaatbare beperking zou vormen van de vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM. Het EHRM ziet het recht op vrijheid van meningsuiting als een noodzakelijke voorwaarde voor het functioneren van een democratie en voor de uitvoering van een effectief systeem van mensenrechten. Zonder een pluralistische, tolerante en ruimdenkende samenleving kan een democratie niet bestaan.<sup>44</sup> Burgers moeten het recht hebben hun mening te uiten en de regering te bekritisseren zonder gecensureerd te worden. Dit recht is echter niet absoluut. Beperkingen op de uitingsvrijheid zijn ingevolge artikel 10 lid 2 EVRM toegestaan indien zij bij wet zijn voorzien en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving met het oog op de in de bepaling genoemde belangen.<sup>45</sup>

Een eventuele strafbaarstelling van desinformatie brengt een beperking van de uitingsvrijheid met zich. Tegelijkertijd kan worden betoogd dat het tegengaan van desinformatie noodzakelijk is, juist om de vrijheid van meningsuiting te waarborgen. Valse berichtgeving zorgt er immers voor dat burgers worden beïnvloed waardoor zij niet vrijelijk hun mening kunnen vormen over bijvoorbeeld verkiezingen, gezondheidskwesties of veiligheidsissues. De persoonlijke autonomie kan hierdoor onder druk komen te staan.<sup>46</sup> De motivatie vanuit de EU om desinformatie aan te pakken, is dat schade wordt veroorzaakt aan het publieke domein vanwege bedreigingen voor democratische politieke en beleidsvormingsprocessen, de gezondheid, het milieu of de veiligheid. Als deze veronderstelling juist is, kan strafbaarstelling van desinformatie worden gerechtvaardigd vanuit de wens tot bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting zelf (in plaats van deze te zien als een inperking van het recht). In de jurisprudentie van het EHRM zien we deze redenering evenwel niet zo sterk terug. De verplichting desinformatie te verwijderen, beschouwen wij voornamelijk dan ook als een aantasting van het recht op de vrijheid van meningsuiting.

44 Zie onder meer EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), par. 48-49; EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens t. Oostenrijk*), par. 41; EHRM 23 mei 1991, nr. 11662/85 (*Oberschlick t. Oostenrijk*), par. 57; EHRM 29 maart 2016, nr. 56925/08 (*Bédat t. Zwitserland*), par. 48; EHRM 27 juni 2017, nr. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy t. Finland*), par. 124.

45 Deze voorwaarden moeten strikt worden uitgelegd en de noodzaak van eventuele beperkingen moet overtuigend worden aangetoond. Zie bijvoorbeeld EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer & Guardian t. Verenigd Koninkrijk*), par. 59.

46 Vgl. K.M. Landman, 'De wettelijke bestrijding van desinformatie: is het middel erger dan de kwaal?', *NJCM-Bulletin* 2019, afl. 4, p. 419.

De vraag is dan in hoeverre strafbaarstelling van het plaatsen van (online) desinformatie toelaatbaar is voor het EHRM. Hoewel desinformatie geen nieuw verschijnsel is, is de trend waarbij het fenomeen aan banden wordt gelegd en bijvoorbeeld internetplatforms worden verplicht bepaalde content weg te halen nieuw.<sup>47</sup> Over deze ontwikkelingen heeft het EHRM nog geen uitgebreide jurisprudentielijn ontwikkeld. Desalniettemin kunnen uit de casuïstische rechtspraak vanuit Straatsburg enkele richtsnoeren worden afgeleid die van belang zijn bij de waardering van anti-desinformatiewetgeving.<sup>48</sup> In het navolgende worden deze richtsnoeren aan de hand van vier onderwerpen besproken, te weten 1) het verschil tussen feiten en waardeoordelen, 2) het belang van het publieke debat, 3) het belang van journalistiek, en 4) de functie van internet.

### 1) Feiten en waardeoordelen

Het EHRM maakt in de zaak *Lingens* een scherp onderscheid tussen feiten en waardeoordelen. Als iemand een uiting presenteert als feit, kan van diegene worden verwacht dat hij daarvoor bewijs levert. De plicht tot onderbouwing alvorens de uiting te mogen doen, wordt dan niet als een schending van artikel 10 EVRM beschouwd. De waarheid van waardeoordelen of meningen is daarentegen niet voor bewijs vatbaar.<sup>49</sup> Dit verschil heeft het EHRM in latere jurisprudentie wat genuanceerd. Als een mening op geen enkele manier een feitelijke basis heeft, kan de uiting excessief zijn als deze een ander schaad. In die gevallen kan van de persoon die de uitlating doet, worden verlangd dat hij of zij enige feitelijke onderbouwing aandraagt.<sup>50</sup> Als sterk wordt vermoed dat informatie niet waarheidsgetrouw is, hoeft dat echter niet aan bescherming van de uitingsvrijheid in de weg te staan. In de zaak *Salov* werden in de aanloop naar de Oekraïense presidentsverkiezingen vijf exemplaren van een landelijke krant verspreid waarin valselijk stond vermeld dat de president van Oekraïne dood zou zijn en hij werd vervangen door een stroman. Het betrof in casu derhal-

47 Vgl. T. McGonagle, 'De Raad van Europa en online desinformatie: lavenen tussen zorgen en zorgplichten?', *Mediaforum* 2018, afl. 6, p. 183 en G. van Til, 'Zelfregulering door online platforms: een waar wondermiddel tegen desinformatie?', *Mediaforum* 2019, afl. 1.

48 Bij het selecteren van uitspraken is onder meer gebruikgemaakt van het commentaar van J.H. Gerards in *Sdu Commentaar EVRM* inzake art. 10 EVRM en van de jurisprudentie die is genoemd in het commentaar bij art. 10 EVRM door E. Thomas in *Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*. Verder zijn in het onderzoek betrokken de in het voetnotenapparaat vermelde literatuur met betrekking tot desinformatie en de uitspraken van het EHRM die aldaar zijn genoemd. Voorts is gebruikgemaakt van de verwijzingen van het EHRM zelf naar eerdere uitspraken. Daarnaast is nog een zoekslag gemaakt op de zoekmachine HUDOC, waarbij onder meer is gezocht op de termen 'misinformation', 'desinformation' en 'fake news' in combinatie met art. 10 EVRM.

49 EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens t. Oostenrijk*), par. 46.

50 EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92 (*De Haes & Gijssels t. België*), par. 47; EHRM 27 februari 2001, nr. 26958/95 (*Jerusalem t. Oostenrijk*), par. 43; EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03 (*Pfeifer t. Oostenrijk*), par. 48; EHRM 26 februari 2002, nr. 29271/95 (*Dichand e.a. t. Oostenrijk*), par. 43. Zie in dit kader eveneens EHRM 18 maart 2019, nr. 38450/12 (E.S. t. Oostenrijk), par. 48. Zie ook M. van Noorloos in haar noot bij EHRM 25 oktober 2018, nr. 38450/12 (E.S. t. Oostenrijk), *Mediaforum* 2019, afl. 2.

ve evident feitelijk onjuiste (!) informatie. Salov werd vervolgens in Oekraïne veroordeeld voor het beïnvloeden van de verkiezingen. Het EHRM acht die beperking van de vrijheid van meningsuiting desalniettemin niet gerechtvaardigd.<sup>51</sup> Het betreft hierbij dat het gaat om een relatief beperkt aantal kranten, dat het nieuws niet door Salov zelf is opgesteld maar een weergave betreft van informatie die hij van anderen heeft ontvangen en dat bovendien niet kon worden vastgesteld dat Salov opzettelijk andere kiezers probeerde te misleiden dan wel hun stemrecht te belemmeren. Interessant in dit kader is de *partly concurring opinion* van rechter Mularoni. Salov had in haar ogen eerst moeten nagaan of de informatie waar was voordat hij de krant uitgaf. Zij vindt dat de vrijheid van meningsuiting niet eveneens het recht inhoudt om valse informatie te verspreiden, mogelijk met het doel een presidentskandidaat te bevoordelen. Indien zelfs bij een waardeoordeel de bescherming van artikel 10 EVRM ontbreekt wanneer dit oordeel geen feitelijke basis heeft, zou het verspreiden van valse feiten volgens haar al helemaal niet onder de bescherming van artikel 10 EVRM moeten vallen.

Waar het EHRM aldus in eerste instantie een sterk onderscheid maakte tussen feiten en meningen en dit bepalend was voor het al dan niet aannemen van een schending van artikel 10 EVRM, nuanceert het Hof dit in latere jurisprudentie, en lijkt dit slechts een van de factoren te zijn die meewegen bij de beoordeling. Bovendien betreft het een factor die het EHRM niet stevast zelfstandig beoordeelt. In de zaak *Kurski* wil het EHRM niet ingaan op de vraag of de uitlating een feit of waardeoordeel betreft, maar stelt het dat nationale autoriteiten beter in staat zijn dit te beoordelen.<sup>52</sup> In eerdere zaken achtte het EHRM zichzelf hiertoe wel voldoende geëquipeerd.<sup>53</sup> De uitspraak in *Kurski* lijkt in een bredere trend te passen waarin het EHRM meer neigt naar een procedurele toetsing van nationale rechtspraak. In zaken waarin nationale rechters de Straatsburgse jurisprudentie duidelijk bij de toetsing hebben betrokken, is het EHRM minder snel geneigd van die beoordeling af te wijken.<sup>54</sup> Daarbij is alleen niet duidelijk wanneer het EHRM kiest voor een procedurele toetsing dan wel voor een meer zelfstandige inhoudelijke beoordeling.

## 2) Het belang van het publieke debat

Het EHRM hecht waarde aan een vrij verkeer van informatie over onderwerpen die spelen in het publieke debat. In het algemeen is er daarom weinig ruimte voor de beperking van uitingen die het algemeen belang betreffen.<sup>55</sup> Met name in de periode rondom verkiezingen acht het EHRM het bijvoorbeeld van belang dat allerhande meningen en informatie vrij kunnen circuleren.<sup>56</sup> Zolang het niet gaat om *hate speech* of het aanzetten tot geweld, mogen verdragsstaten geen beperkingen stellen aan het recht van het publiek om geïnformeerd te worden. Van dergelijke *hate speech* was bijvoorbeeld sprake bij de Belgische parlementariër Féret wegens zijn typing van immigranten als een ‘criminogeen milieu’ en ‘profiteurs van voorzieningen’. De strafrechtelijke veroordeling hiervoor in België leverde geen ontoelaatbare beperking op van de vrijheid van meningsuiting.<sup>57</sup> Zie evenwel ook de *dissenting opinion* in deze zaak van rechters Sajó, Zagrebelsky en Tsotsoria. Zij betogen dat de ‘mogelijke’ impact die de politieke uitspraken hebben, onvoldoende is om de uitspraken te verbieden. Féret zette niet concreet aan tot geweld, en er stond niet vast dat zijn uitspraken direct invloed zouden hebben op de rechten van anderen of de openbare orde. De *dissenters* vrezen juist dat het verbieden van dergelijke xenofobe uitlatingen tot een verdergaande censuur van het debat zal leiden. De opinie brengt aldus het gevaar van het begrenzen van het publieke debat helder onder woorden.

Zelfs in tijden van een door de staat uitgeroepen noodsituatie, mag het publieke debat niet snel worden beperkt. In de zaak *Dareskizb LTD* had de Armeense overheid ter voorkoming van dreigend gevaar voor de constitutionele orde in de Republiek Armenië en ter bescherming van de rechten en wettelijke belangen van de bevolking de noodtoestand in Jerevan uitgeroepen voor twintig dagen. In een decreet werd opgenomen dat massamedia-kanalen gedurende deze noodtoestand uitsluitend informatie over de staat en binnenlandse aangelegenheden mochten verstrekken binnen de ‘perimeters van de officiële informatie die door staatsorganen werd verstrekt’.<sup>58</sup> De *Media Legal Defence Initiative* heeft geïnterfereerd in deze zaak en betoogde dat het EHRM dergelijke verbodsbepalingen van ‘valse informatie’ in zijn algemeenheid onverenigbaar dient te verklaren met artikel 10 EVRM.<sup>59</sup> Zo ver wil het EHRM echter niet gaan. Het stapt over de vraag heen of een eventueel verbod voorzien is bij wet, dan wel ten dienste kan staan van de

51 EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01 (*Salov t. Oekraïne*), par. 113-117. Vgl. met de meer recente zaak *Staniszewski*: hierin was de sanctie tegen een journalist voor het publiceren van *fake news* over een verkiezingskandidaat niet in strijd met art. 10 EVRM. Het EHRM betreft hierin tevens de noodzaak om de reputatie van kandidaten te beschermen. Zie EHRM 14 oktober 2021, nr. 20422/15 (*Staniszewski t. Polen*), par. 47.

52 EHRM 5 juli 2016, nr. 26115/10 (*Kurski t. Polen*). Zie evenzo EHRM 25 juli 2019, nr. 47542/07 (*Brzeziński t. Polen*), par. 56.

53 Zie bijvoorbeeld EHRM 12 juli 2001, nr. 29032/95 (*Feldek t. Slowakije*) en EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92 (*De Haes & Gijssels t. België*). Zie ook de noot van T.D. Geldof bij EHRM 5 juli 2016, nr. 26115/10 (*Kurski t. Polen*), EHRC 2017/2 onder punt 7.

54 Zie de noot van T.D. Geldof bij EHRM 5 juli 2016, nr. 26115/10 (*Kurski t. Polen*), EHRC 2017/2 onder punt 12 en J.H. Gerards, ‘6. Procedural review by the ECtHR. A typology’, in: J.H. Gerards en E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, par. 6.4.2.

55 Zie bijvoorbeeld EHRM 12 juli 2001, nr. 29032/95 (*Feldek t. Slowakije*), par. 74; EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95 (*Sürek t. Turkije*), par. 61; EHRM 7 oktober 2021, nr. 9626/14 (*Hasanov & Majidli t. Azerbeidzjan*), par. 54. Vgl. G. van Til, ‘Zelfregulering door online platforms: een waar wondermiddel tegen desinformatie?’, *Mediaforum* 2019, afl. 1, p. 8.

56 EHRM 19 februari 1998, nr. 24839/94 (*Bowman t. Verenigd Koninkrijk*), par. 42.

57 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07 (*Féret t. België*).

58 EHRM 21 september 2021, nr. 61737/08 (*Dareskizb LTD t. Armenië*), par. 11.

59 Te raadplegen via <https://inform.org/wp-content/uploads/2012/03/mdli-submission-final-as-sent.pdf>. Zie hierover ook K.M. Landman, ‘De wettelijke bestrijding van desinformatie: is het middel erger dan de kwaal?’, *NJCM-Bulletin* 2019, afl. 4, par. 5.

in lid 2 EVRM gestelde doelen. In dit concrete geval acht het EHRM het verbod tegen de uitgever om te berichten over conflicten en spanningen rondom de presidentsverkiezingen niet noodzakelijk en derhalve in strijd met artikel 10 EVRM. Het bestaan van een ‘noodsituatie die het leven van de natie bedreigt’, mocht hier niet als voorwendsel dienen om de vrijheid van het politieke debat te begrenzen.<sup>60</sup>

### 3) Het belang van journalistiek

De cruciale rol van de media bij het vergemakkelijken en bevorderen van het recht van het publiek om informatie en ideeën te ontvangen en door te geven, is herhaaldelijk erkend door het Straatsburgse Hof. Niet alleen heeft de pers de taak om dergelijke informatie en ideeën door te geven; het publiek heeft óók het recht om die te ontvangen. Algemene uitgangspunten inzake artikel 10 EVRM en het recht op vrijheid van pers formuleerde het EHRM onder meer in *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy t. Finland*.<sup>61</sup> Hoewel de pers bepaalde grenzen niet mag overschrijden, met name wat betreft de bescherming van de reputatie en rechten van anderen op grond van artikel 8 EVRM, is het haar taak om informatie en ideeën te verstrekken over alle aangelegenheden van openbaar belang. Verder acht het EHRM het niet aan hem of aan de nationale rechterlijke instanties om de eigen opvattingen in de plaats te stellen van die van de pers over welke berichtgevingstechnieken in een bepaald geval moeten worden toegepast.<sup>62</sup> Het EHRM is zich ervan bewust dat journalistieke vrijheid ook de eventuele toevlucht tot enige mate van overdrijving of zelfs provocatie omvat.<sup>63</sup> De taak van het verstrekken van informatie omvat echter noodzakelijkerwijs ook plichten en verantwoordelijkheden, evenals grenzen die de pers zichzelf uit eigen beweging moet opleggen.<sup>64</sup> In dit licht is de recente uitspraak in de zaak *NIT S.R.L.* interessant. Daarin acht het EHRM de intrekking van de licentievergunning van een sterk communistisch georiënteerd tv-kanaal door de Moldavische overheid níet in strijd met artikel 10 EVRM. Die intrekking is in dit geval legitiem en proportioneel juist om een gebalanceerde programmering en toegang van burgers tot onafhankelijke en betrouwbare berichtgeving te waarborgen.<sup>65</sup> In *Axel Springer* vat het EHRM algemene uitgangspunten samen met betrekking tot de *margin of appreciation* die staten toekomt inzake de afweging tussen het recht op vrijheid aan de ene kant en het recht op respect voor het

privéleven aan de andere kant.<sup>66</sup> In principe verdienen beide rechten evenveel respect, en is de beoordelingsruimte van beide rechten dezelfde. Criteria die hierbij van belang zijn, betreffen het type bijdrage (algemeen belang of privékwesitie), de bekendheid van de betrokkene en het onderwerp van de uiting (particulier of publiek figuur, handelend in publieke of privécontext), het gedrag van de betrokkenen voorafgaand aan de publicatie (informatie en/of foto's die reeds bekend zijn/naar buiten zijn gebracht), de methode om de informatie te verkrijgen (te goeder trouw handelend, betrouwbare en nauwkeurige informatie), de inhoud, vorm en gevolgen van de publicatie (wijze van publiceren foto of reportage, grote of beperkte verspreiding publicatie) en de ernst van de opgelegde sanctie (hoogte straf/boete voor betrokken persoon of organisatie).

### 4) De functie van internet

Het EHRM ziet een belangrijke rol voor het internet om de toegang tot nieuws voor het publiek te verbeteren en de verspreiding van informatie in het algemeen te vergemakkelijken.<sup>67</sup> De functie van bloggers en populaire gebruikers van social media kan onder omstandigheden gelijk worden gesteld met die van de reguliere pers en aan hen komt in die zin ook bescherming toe onder artikel 10 EVRM.<sup>68</sup> De essentiële rol die de gedrukte pers heeft, en de overwegingen die het EHRM hieromtrent heeft geformuleerd, zijn wat dat betreft ook van toepassing op de audiovisuele media.<sup>69</sup> Voorts is artikel 10 EVRM van toepassing op de eigenaar van een website die niet zelf bepaalde informatie of uitingen heeft geplaatst, maar het plaatsen daarvan alleen maar faciliteert. In de zaak *Delfi* laat het EHRM zich uit over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een online nieuwsplatform vanwege zeer beledigende reacties op het platform die zijn gepost door gebruikers. Het EHRM benadrukt het belang van internet en de ruime uitingen- en verspreidingsmogelijkheden die het web biedt, maar signaleert tegelijkertijd het gevaar van een snelle verspreiding van *hate speech* en vormen van opruiing tot geweld welke een schending van artikel 8 EVRM met zich kunnen brengen.<sup>70</sup> In casu acht het EHRM de veroordeling van *Delfi* (de exploitant van de nieuwswebsite) vanwege beledigende reacties op het forum gerechtvaardigd gelet op: 1) de inhoud van de uitlatingen en de context waarin de opmerkingen zijn geplaatst; 2) de onmogelijkheid om de eigenlijke auteurs van de

60 EHRM 21 september 2021, nr. 61737/08 (*Dareskizb LTD t. Armenië*), par. 76-79.

61 EHRM 27 juni 2017, nr. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy t. Finland*), par. 125-128.

62 Zie ook EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild t. Denemarken*), par. 31 en EHRM 10 december 2007, nr. 69698/01 (*Stoll t. Zwitserland*), par. 146.

63 Zie onder meer EHRM 26 april 1995, nr. 15974/90 (*Prager & Oberschlick t. Oostenrijk*), par. 38.

64 Zie ook EHRM 10 november 2015, nr. 40454/07 (*Couderc & Hachette Filipacchi Associés t. Frankrijk*), par. 89; en EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08 (*Von Hannover t. Duitsland*), par. 102.

65 EHRM 5 april 2022, nr. 28470/12 (*NIT S.R.L. t. Moldavië*), par. 173-230.

66 EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08 (*Axel Springer AG t. Duitsland*), par. 85-95.

67 EHRM 10 maart 2009, nrs. 3002/03 en 23676/03 (*Times Newspapers LTD t. Verenigd Koninkrijk*), par. 27 en EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi t. Estland*), par. 133.

68 EHRM 16 november 2016, nr. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), par. 168.

69 EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild t. Denemarken*), par. 31, en EHRM 24 februari 2015, nr. 21830/09 (*Haldimann e.a. t. Zwitserland*), par. 45.

70 EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi t. Estland*), par. 110. Vgl. A. Sardo, 'Freedom of expression, sliding-scales, and fake news', in: M. Elósegui, A. Miron en I. Motoc (red.), *The Rule of Law in Europe recent challenges and judicial responses*, Springer: Cham 2021, p. 279.



opmerkingen aansprakelijk te stellen (de gebruikers konden anoniem reacties plaatsen); 3) de maatregelen genomen door het nieuwsplatform (Delfi had onvoldoende gedaan om de publicatie van onrechtmatige uitingen te voorkomen); en 4) de gevolgen voor het nieuwsplatform (in casu achtte het EHRM de aansprakelijkheid van Delfi voor de onrechtmatige uitingen niet disproportioneel).<sup>71</sup> De Grote Kamer benadrukt dat deze beoordeling betrekking heeft op aanbieders van een nieuwsplatform en niet ziet op internetfora waarop zonder tussenkomst van redactie of webbeheer berichten kunnen worden geplaatst.<sup>72</sup> Voorts gaat het in deze zaak om *hate speech* of oproepen tot geweld. In die gevallen kan aan een nieuwswebsite de verplichting worden opgelegd om een systeem te ontwikkelen dat dergelijke schadelijke uitingen filtert en tijdig verwijdert. In dat geval kan bovendien het enkel werken met een ‘notice and take down’-systeem, waarbij met het weghalen van de uitingen wordt gewacht tot iemand klaagt, onvoldoende zijn.

Waar het EHRM in *Delfi* oordeelde dat een platform aansprakelijk kan worden gehouden voor *hate speech*, ontbrak deze aansprakelijkheid in *MTE*. Anders dan in *Delfi* ging het in deze zaak niet om overduidelijk illegale uitingen.<sup>73</sup> Het Straatsburgse hof beoordeelt iedere zaak aldus op grond van zijn eigen merites, waarbij het Hof rekening houdt met de impact van het forum, de omvang van de schade van de uitingen en de eisen die redelijkerwijs kunnen worden gesteld aan een website-beheerder.

### Tussenconclusie naar aanleiding van artikel 10 EVRM

Bovenstaande analyse van de rechtspraak inzake het recht op vrijheid van meningsuiting toont allereerst dat het EHRM zich niet per definitie keert tegen een verbod op het verspreiden van desinformatie. Tegelijkertijd zal in een concrete zaak de noodzaak van een eventueel verbod moeten blijken. In dit verband hecht het EHRM waarde aan het bestaan van een pluriform bestel binnen een democratische rechtsstaat, onderstreept het het belang van vrije journalistiek, erkent het de positieve functie van internet om de toegang tot nieuws te versterken, maar ziet het ook de gevaarlijke keerzijde daarvan.

Het EHRM heeft vooralsnog dus geen algemeen kader uiteengezet inzake regelgeving die het verspreiden dan wel faciliteren van desinformatie strafbaar stelt en de verhouding tot artikel 10 EVRM. Niettemin kunnen uit de jurisprudentie van het EHRM in zaken waarin het on-

der meer ging om het aanpakken van laster, smaad en *hate speech* diverse relevante factoren worden gedestilleerd, die onzes inziens ook in aanmerking kunnen worden genomen bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van strafrechtelijke bestrijding van gevallen van desinformatie. Daarbij gaat het om antwoorden op vragen zoals:

- Betreft het gegeven (de desinformatie) een feit of een waardeoordeel?
- Op welke manier is de desinformatie verkregen; is te goeder trouw gehandeld?
- Wie brengt de desinformatie naar buiten; in welke hoedanigheid? Is alleen gehandeld of in samenwerkingsverband?
- Wat is de inhoud en de vorm van de publicatie van desinformatie? Is gebruikgemaakt van artificial intelligence (AI)?
- Wat is de omvang van het bereik bij het publiek van de publicatie van desinformatie?
- Wat zijn de gevolgen van de publicatie van desinformatie; wie ondervindt die gevolgen?
- Wat is het doel van de verspreider/faciliteerder?
- Wat is de ernst van de opgelegde sanctie voor de verspreider/faciliteerder?

Het valt op dat het EHRM gevoelig is voor eventuele schadelijke gevolgen voor betrokkenen. Indien desinformatie schade berokkent aan de naam of goede eer van een ander, kan beperking van de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd zijn, mede in het licht van artikel 8 EVRM. Hetzelfde geldt, naar valt aan te nemen, voor desinformatie die een bedreiging voor het leven vormt, gelet op de verplichtingen onder artikel 2 EVRM. Als de schade niet ‘hard’ kan worden gemaakt, is de noodzaak van beperking van de uitingsvrijheid minder evident. De zaak *Salov* kan in dit licht goed worden geëvalueerd. Weliswaar ging het om het verspreiden van feitelijk onjuiste informatie, maar het betrof slechts vijf kranten. De daadwerkelijke ‘schade’ die met een dergelijke publicatie is aangericht, is te verwaarlozen. Ook de zaak *Dareskizb LTD* is hiervoor illustratief. De beperking van uitingsvrijheid kon hier niet door de beugel, omdat de regering onvoldoende had aangetoond dat het verbod op het verspreiden van nieuws werkelijk een bedreiging vormde voor de constitutionele orde in Armenië.

## 5. Slot

Binnen de EU en binnen Nederland wordt de verspreiding van desinformatie steeds sterker beschouwd als een bedreiging van het publieke domein waartegen moet worden opgetreden. De eventuele strafbaarstelling van het verspreiden van desinformatie is niet per

71 EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi t. Estland*), par. 140-162.

72 EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi t. Estland*), par. 115-116.

73 EHRM 2 februari 2016, nr. 22947/13 (*Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete & Index.hu ZRT t. Hongarije*), par. 63-64. Zie ook G. van Til, ‘Zelfregulering door online platforms: een waar wondermiddel tegen desinformatie?’, *Mediaforum* 2019, afl. 1, p. 10 en A. Sardo, ‘Freedom of expression, sliding-scales, and fake news’, in: M. Elósegui, A. Miron en I. Motoc (red.), *The Rule of Law in Europe recent challenges and judicial responses*, Springer: Cham 2021, p. 282.

definitie onverenigbaar met artikel 10 EVRM, maar kan in het concrete geval wel degelijk in strijd zijn met het recht op vrijheid van meningsuiting.

Allereerst kan een te ruime of vage strafbaarstelling van desinformatie leiden tot misbruik en (zelf)censuur.<sup>74</sup> Een verbod op desinformatie kan ervoor zorgen dat gebruikers het delen van potentieel objectieve of nieuwswaardige inhoud (evenals meningen) achterwege laten, omdat de informatie niet onafhankelijk of betrouwbaar kan worden geverifieerd.<sup>75</sup> Bovendien kan een eventuele strafbaarstelling een valse oplossing zijn en zelfs tot meer consensus leiden bij *disbelievers* over het fenomeen dat wordt betwist.<sup>76</sup> Een ruim geformuleerd verbod strookt derhalve sowieso niet met het recht op vrijheid van meningsuiting en de ultimatum-remedium-gedachte in het strafrecht.

Onzes inziens is in eerste instantie meer duidelijkheid nodig over de vraag in hoeverre desinformatie schadelijk is, of ten minste een reëel risico daarop in het leven roept voor het publieke debat, voor democratische processen, voor de gezondheid, het milieu en of de nationale veiligheid. De assumptie van collectieve schade is niet voldoende om over te gaan tot een verbod op desinformatie gelet op het grote belang van het recht op vrijheid van meningsuiting in een democratische rechtsstaat.

Nader onderzoek zal moeten aantonen welke vormen van valse informatie evident een bedreiging vormen voor onze samenleving. Mogelijk dient in het licht daarvan onderscheid te worden gemaakt tussen diverse vormen van desinformatie. Schade aan het publieke debat is niet per se hetzelfde als schade aan de gezondheid (of schade voor het leven), schade aan het milieu, of schade aan de nationale veiligheid. Desinformatie die door één persoon eenmalig wordt verspreid, is niet van dezelfde orde als desinformatie die in georganiseerd verband of met behulp van geavanceerde technieken wordt gecreëerd.

Als blijkt dat bepaalde vormen van desinformatie inderdaad (collectieve) schade teweegbrengen of in elk geval een reëel risico op schade vormen, kan een verbod op verspreiding mogelijk zijn gerechtvaardigd. Zowel in het licht van artikel 10 EVRM als vanuit de ultimatum-remedium-gedachte van het strafrecht zal dan evenwel in eerste instantie moeten worden bezien in hoeverre de inzet op mediawijsheid, tuchtrechtelijke mogelijkheden en civielrechtelijke mogelijkheden een antwoord biedt tegen bedreigingen. Als laatste optie kan dan worden gedacht aan het vestigen van strafrechtelijke aanspra-

kelijkheid. Indien blijkt dat de inzet van strafrecht nodig is, zal met een sterk afgebakende delictsomschrijving moeten worden gewerkt opdat het recht op vrijheid van meningsuiting zo min mogelijk geweld wordt aangedaan.

74 Vgl. A. Sardo, 'Freedom of expression, sliding-scales, and fake news', in: M. Elósegui, A. Miron en I. Motoc (red.), *The Rule of Law in Europe recent challenges and judicial responses*, Springer: Cham 2021, p. 286.

75 Vgl. J. Pielemeier, 'Disentangling disinformation: What makes regulating disinformation so difficult?', *Utah Law Review* 2020, afl. 4, p. 6.

76 E. Fronza, *Memory and punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, Den Haag: Springer 2018, p. 170. Vgl. S. Engesser, N. Fawsi en A.O. Larsson, 'Populist online communication. Introduction to the special issue', *Information, Communication and Society* 2017, afl. 9, p. 1279-1281.