

EHRC 2017/112

Recht op bescherming van reputatie, Vrijheid van meningsuiting, Positieve verplichting van de staat, Aansprakelijkheid voor user generated content, Chilling effect

GEGEVENS

Instantie Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak 07-02-2017

Publicatie EHRC 2017/112 (Sdu European Human Rights Cases), aflevering 6, 2017

Annotator mr. drs. B. van der Sloot

ECLI ECLI:CE:ECHR:2017:0207DEC007474214

Zaaknummer 74742/14

Rechtsgebied

Rubriek Ontvankelijkheidsbeslissingen EHRM

Lubarda (President)

Jäderblom

López Guerra

Keller

Vilanova

Polácková

Rechters Serghides

Pihl

tegen

Partijen Zweden

Regelgeving EVRM - 8

SAMENVATTING

Op een door een kleine stichting beheerde blog werd in 2011 een bericht geplaatst waarin werd gesteld dat klager bij een Nazipartij betrokken was. Daaronder verscheen een gebruikerscomment waarin daarenboven werd beweerd dat klager een junk was. Klager heeft gereageerd en daarbij aangegeven dat beide beweringen incorrect waren. Daarop heeft de stichting de blog en de comment verwijderd en excuses aangeboden. Klager stelde echter dat zowel de blog als de comment nog te vinden waren op het internet en stapte naar de rechter. Aanvankelijk werd de provider aansprakelijk gesteld voor beide berichten, maar in hoger

beroep werd gesteld dat het publiceren van de blog zelf onder de vrijheid van meningsuiting viel, zodat de website hier niet voor aansprakelijk kon worden gesteld. Klager ging door met een klacht over de comment. Hiervoor werd de provider ook niet aansprakelijk gesteld op nationaal niveau met een verwijzing naar een oude wet betreffende de aansprakelijkheid van bulletin boards voor user generated content. Het EHRM laat deze uitspraak in stand, nadat het de belangen van de klager onder art. 8 EVRM en de belangen van de website onder art. 10 EVRM tegen elkaar heeft afgewogen. Deze zaak is in zekere zin het vervolg op de eerdere jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in *Magyar* en met name *Delfi*, waarin de aansprakelijkheid van internet-providers voor user generated content ook centraal stond. Alhoewel het EHRM probeert een eenduidig en helder interpretatiekader onder art. 10 EVRM te ontwikkelen, is er desaniettemin een aantal punten dat nog zal moeten worden verduidelijkt in navolgende jurisprudentie.

UITSpraak

THE LAW

22. The applicant complained that his right to privacy had been violated, contrary to Article 8 of the Convention, which in the relevant parts, reads:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

23. The Court reiterates that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which extends to a number of aspects relating to personal identity, such as a person’s name or image, and furthermore includes a person’s physical and psychological integrity (see *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, § 50, ECHR 2004-VI, with further references). It has also been accepted by the Court that a person’s right to protection of his or her reputation is encompassed by Article 8 as part of the right to respect for private life (see *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, no. 22947/13, § 57, 2 February 2016, and *Pfeifer v. Austria*, no. 12556/03, § 35, ECHR 2007-XII).

24. However, in order for Article 8 to come into play, the attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see *Delfi AS v. Estonia* [GC], no. 64569/09, § 137, ECHR 2015, and *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

25. In the present case, the Court notes that the comment made about the applicant was found by the national courts to constitute defamation because of the context in which it had been made. While the Court considers that the comment, although offensive, certainly did not amount to hate speech or incitement to violence (contrast *Delfi AS*, cited above, §§ 18, 114 and 162), it accepts the national courts’ finding and, consequently, that the comment falls within the scope of Article 8.

26. The Court next observes that what is at issue in the present case is not an act by the State but the alleged inadequacy of the protection afforded by the domestic courts to the applicant's private life. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may also involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundary between the State's positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition; the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the relevant competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 98-99, ECHR 2012).

27. In this respect, as concerns competing interests under Article 8 and Article 10 of the Convention, the Court has established the following, as summarised in *Delfi AS* (cited above, § 139):

“The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who has been the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see *Axel Springer AG*, cited above, § 87, and *Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, with further references to the cases of *Hachette Filipacchi Associés*, cited above, § 41; *Timciuc v. Romania* (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see *Axel Springer AG*, cited above, § 88, and *Von Hannover (no. 2)*, cited above, § 107, with further references to *MGN Limited*, cited above, §§ 150 and 155, and *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011). In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999-III; and *Ashby Donald and Others v. France*, no. 36769/08, § 40, 10 January 2013).”

28. In making this assessment, the Court has also identified the following specific aspects of freedom of expression in terms of protagonists playing an intermediary role on internet, as being relevant for the concrete assessment of the interference in question: the context of the comments, the measures applied by the company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the company (see *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt*, cited above, § 69, with reference to *Delfi AS*, cited above, §§ 142-143).

29. The question is thus whether, in the present case, the State has achieved a fair balance between the applicant's right to respect for his private life under Article 8 and the association's right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention.

30. As regards the context of the comment, the Court notes that the underlying blog post accused the applicant, incorrectly, of being involved in a Nazi party. However, the post was removed and an apology published when the applicant notified the association of the inaccuracy of the post. The applicant sued the association in relation to this blog post before the national courts but the Court has not been informed about the outcome of these proceedings. Moreover, the Court observes that the comment about the applicant did not concern his political views and had nothing to do with the content of the blog post. It could therefore hardly have been anticipated by the association.

31. In relation thereto, the Court attaches importance to the fact that the association is a small non-profit association, unknown to the wider public, and it was thus unlikely that it would attract a large number of comments or that the comment about the applicant would be widely read (contrast *Delfi AS*, cited above, §§ 115-116). As the Court found in *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt* (cited above, § 82), expecting the association to assume that some unfiltered comments might be in breach of the law would amount to requiring excessive and impractical forethought capable of undermining the right to impart information via internet.

32. As regards the measures taken by the association to prevent or remove defamatory comments, the Court notes that the blog had a function through which the association was notified when comments were posted on it. However, it was clearly stated on the blog that the association did not check such comments before they were published and that commentators were responsible for their own statements. Commentators were also requested to display good manners and obey the law. Moreover, the Court observes that the association removed the blog post and the comment one day after being notified by the applicant that the post was incorrect and that he wanted the post and the comment removed. The association furthermore posted a new blog post with an explanation for the error and an apology. The comment had been on the blog for about nine days in total (contrast *Delfi AS*, cited above, § 19, where the clearly unlawful comments were removed only about six weeks after their publication).

33. The Court also notes that, as concerns the alleged possibility of still being able to find the comment via search engines, the applicant is entitled to request that the search engines remove any such traces of the comment (see the Court of Justice of the European Union judgment of 13 May 2014, *Google Spain and Google*, no. C-131/12, EU:C:2014:317).

34. Turning to the liability of the originator of the comment, the Court observes that the applicant obtained the IP-address of the computer used to submit the comment. However, he has not stated that he took any further measures to try to obtain the identity of the author of the comment.

35. Furthermore, since the applicant's claim was rejected by the domestic courts, the domestic proceedings had no consequences for the association in the present case. However, the Court has previously found that liability for third-party comments may have negative consequences on the comment-related environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website (see *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt*, cited above, § 86).

36. Lastly the Court notes that the applicant's case was considered on its merits by two judicial instances at the domestic level before the Supreme Court refused leave to appeal. Moreover, the Chancellor of Justice examined that applicant's complaint under Article 8 of the Convention, referring to the Court's case-law and the need to balance the interests under Article 8 and Article 10 before finding that the case did not disclose a violation of the applicant's rights under Article 8. The Court further observes that

the scope of responsibility of those running blogs is regulated by domestic law and that, had the comment been of a different and more severe nature, the association could have been found responsible for not removing it sooner (see paragraphs 18-20 above).

37. In view of the above, and especially the fact that the comment, although offensive, did not amount to hate speech or incitement to violence and was posted on a small blog run by a non-profit association which took it down the day after the applicant's request and nine days after it had been posted, the Court finds that the domestic courts acted within their margin of appreciation and struck a fair balance between the applicant's rights under Article 8 and the association's opposing right to freedom of expression under Article 10.

38. It follows that the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court, unanimously,

Declares the application inadmissible.

NOOT

1. De zaak *Pihl* staat in een rij van recente zaken over de aansprakelijkheid van internet-intermediairs voor User Generated Content, dat wil in dit geval zeggen, berichten die gebruikers van de websites plaatsen onder stukken die door of vanwege de site worden gepubliceerd. *Delfi AS t. Estland* is door zowel de gewone kamer (EHRM 10 oktober 2013, nr. 64569/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1010JUD006456909, «EHRC» 2014/14 m.nt. Van der Sloot) als door de grote kamer van het EHRM (EHRM 16 juni 2015 (GK), «EHRC» 2015/172 m.nt. Van der Sloot) besproken. Deze veelbesproken uitspraak kreeg een vervolg in de zaak *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete en Index.HU t. Hongarije* (EHRM 2 februari 2016, nr. 22947/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, «EHRC» 2016/140 m.nt. McGonagle), gewezen door de gewone kamer. De zaak *Pihl* vormt voornamelijk het sluitstuk, door het EHRM slechts getoetst op de ontvankelijkheid, waarbij niet-ontvankelijkheid het uiteindelijke oordeel is. Toch is deze zaak, zeker in samenhang met *Magyar* en *Delfi*, van groot belang. Alhoewel het EHRM met de zaak *Delfi* heeft gepoogd enige helderheid te bieden in het domein van internetaansprakelijkheid, vaart het voornamelijk een meanderende koers waarin nog geen heldere en eenduidige lijn valt te ontwaren. Dat komt doordat de zaken zelf op een aantal essentiële punten van elkaar verschillen, maar ook omdat het EHRM steeds verschillende criteria en interpretatiewijzen naar voren brengt. Hieronder zullen de drie zaken kort naast elkaar worden gelegd.

2. De vraag is ten eerste in hoeverre het recht op vrijheid van meningsuiting in het geding is in ieder van de drie zaken. Bij *Delfi* ging het om een platform dat een artikel had geplaatst waaronder een aantal omstreden comments waren geplaatst. Daarbij stelde *Delfi* dat het niet aansprakelijk kon worden gesteld voor de comments omdat het noch de auteur daarvan was noch daar enige invloed op had. Het was naar eigen zeggen een neutraal doorgeefluik. *Estland* stelde in de procedure onder het EHRM de vraag of *Delfi*, indien deze beschrijving waarheidsgetrouw was, wel een beroep kon doen op het recht op vrijheid van meningsuiting, omdat dit recht toch veronderstelt dat er een actieve handeling wordt ondernomen. Het Hof ging daar echter nauwelijks op in en stelde slechts vast dat *Delfi* in de nationale procedure was gehouden een boete te betalen, wat had te gelden als een inperking op zijn vrijheid van meningsuiting. In de *Magyar*-zaak ging het om een gelijksoortig voorbeeld en kwam dit dilemma op een geheel andere manier aan bod. De passiviteit van de internet-intermediair maakte volgens het Hof, dat de internet-provider moeilijk

aansprakelijk kon worden gesteld: ‘Even accepting the domestic courts’ qualification of the applicants’ conduct as “disseminating” defamatory statements, the applicant’s liability is difficult to reconcile with the existing case-law according to which “punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so” (*Magyar 79*).’ De passiviteit van de internet-provider is derhalve niet van belang bij het oordeel of de site een beroep kan doen op de vrijheid van meningsuiting, maar wel bij de vraag of de intermediair aansprakelijk kan worden gesteld. In zekere zin geeft deze benadering dus het beste van beide werelden voor internet-providers. De voorliggende zaak *Pihl* wijkt van *Delfi* en *Magyar* af in die zin dat de zaak niet is aangebracht door de internet-provider die op nationaal niveau is veroordeeld voor de comments van gebruikers; de site was juist vrijgesproken. De zaak *Pihl* is aangebracht door de persoon wiens reputatie naar eigen zeggen zou zijn geschonden door de comments van de gebruikers.

3. *Pihl* claimt een recht onder art. 8 EVRM. Interessant is dat het EHRM er voor kiest te doen alsof het in deze zaak gaat om een botsing tussen twee grondrechten, in plaats van een klacht van een burger tegen de staat, namelijk het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting. Het zou gaan om een positieve verplichting van de staat om het recht op reputatie te beschermen, waarbij het Hof uiteindelijk concludeert dat van een schending van een dergelijke plicht geen sprake is. Waarom het Hof de vrijheid van meningsuiting er bij betreft wordt niet uitgelegd. Hetzelfde geldt voor de twee andere zaken, waar de internet-intermediairs in de nationale procedure wel aansprakelijk waren gesteld. Waar het in *Pihl* voor de hand had gelegen om de zaak onder art. 8 EVRM en de daarbij behorende uitzonderingsclausule te behandelen, had het Hof in de eerdere zaken er voor kunnen kiezen om de zaak slechts en alleen onder art. 10 EVRM te behandelen: (1) is hier het recht op vrijheid van meningsuiting in het geding en (2), indien dat zo is, is deze inperking voorgeschreven bij wet, noodzakelijk in een democratische samenleving en streeft de inperking een legitiem doel na, namelijk de in lid 2 van art. 10 EVRM genoemde belangen, zoals de bescherming van de eer en goede naam van derden? In plaats van het vraagstuk dus binnen het artikel zelf (recht en de beperkingsclausule) op te lossen, kiest het EHRM er voor om ieder van deze zaken neer te zetten als een conflict tussen twee private partijen met elk een conflicterend mensenrecht.

4. Tegenover het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) plaatst het hof het recht op bescherming van reputatie (art. 8 EVRM). Daarbij is het goed om te bedenken dat art. 8 EVRM is gebaseerd op een gelijksoortig artikel uit de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens. In dat laatste artikel is de privacy, het familieleven, het huis en de correspondentie beschermd en is er een belangrijke toevoeging, namelijk het recht op bescherming van de eer en goede naam. De opstellers van het EVRM hebben er voor gekozen om alle elementen over te nemen in art. 8 EVRM, behalve de bescherming van de eer en goede naam. Dit onderdeel is verwezen naar lid twee van art. 10 EVRM en was daarmee geen subjectief recht van het individu, maar één van de gronden op basis waarvan staten het recht op vrijheid van meningsuiting kunnen (en niet moeten) inperken. Lange tijd heeft het EHRM deze principiële beslissing van de verdragsopstellers gevolgd, maar in 2009 kwam daar verandering in (*A. t. Noorwegen*, EHRM 9 april 2009, nr. 28070/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0409JUD002807006, «EHRC» 2009/73). Ook het recht op de bescherming van de eer en goede naam is nu een subjectief recht waarop natuurlijke personen een beroep kunnen doen onder art. 8 EVRM. Opmerkelijk is dat dit vraagstuk in *Delfi* eigenlijk nauwelijks wordt besproken, maar voetstoots wordt aangenomen dat de persoon die in die zaak geen directe partij was (L.) een recht op reputatie toekwam, en er in *Magyar* en *Pihl* twee stappen worden gezet die dit recht potentieel verder uitbreiden. In de zaak *Magyar* ging het om een opiniestuk op twee sites, waarin beklag werd gedaan over de bedenkelijke handelswijze van een internetbedrijf, die grensde aan oplichting. De vraag was

dus of het recht op reputatie ook in kan worden geroepen door bedrijven. Daarbij moet worden bedacht dat het EHRM lange tijd heeft volgehouden dat rechtspersonen geen beroep kunnen doen op art. 8 EVRM en dat daar pas sinds 2002 (*Stes Colas Est t. Frankrijk*, EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197) een kleine opening in wordt geboden. Alhoewel het Hof in de zaak *Magyar* nog niet zover gaat om het recht op reputatie, nu als subjectief recht onder het recht op privacy, ook toe te kennen aan bedrijven, sluit het dat niet expliciet uit: 'As the Court has previously held, legal persons could not claim to be a victim of a violation of personality rights, whose holders could only be natural persons. There is a difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one's dignity, for the Court, interests of commercial reputation are devoid of that moral dimension. Moreover, the Court reiterates that there is an interest in protecting the commercial success and viability of companies, for the benefit of shareholders and employees, but also for the wider economic good. The State therefore enjoys a margin of appreciation as to the means it provides under domestic law to enable a company to challenge the truth, and limit the damage, of allegations which risk harming its reputation. However, in the present case it is not necessary to decide whether the plaintiff company could justifiably rely on its right to reputation, seen from the perspective of Article 8 of the Convention (*Magyar*, 66-67).' Het Hof redt zich er uit door een wat merkwaardige constructie toe te passen, namelijk door te stellen dat de opmerkingen over de handelswijze van het bedrijf de reputatie van de werknemers van het bedrijf schaden: 'It suffices to observe that the domestic courts found that the comments in question constituted an infringement of its personality rights. Indeed, it cannot be excluded that the impugned comments were injurious towards the natural person behind the company and that, in this sense, the decisions of the domestic courts intended to protect, in an indirect manner, that person from defamatory statements. The Court will therefore proceed under the assumption that – giving the benefit of the doubt to the domestic courts' stance identifying a valid reputational interest – there was to be a balancing between the applicants' Article 10 rights and the plaintiff's Article 8 rights (*Magyar*, 67).' In feite accepteert het dus een afgeleid recht op reputatie, wat op zichzelf een nogal revolutionaire stap is. In de zaak *Pihl* gaat het EHRM nog een stap verder. Pihl stelt namelijk niet dat de staat zijn recht op reputatie direct ofwel indirect heeft geschonden, maar dat het hier gaat om de positieve verplichting van de staat om de reputatie van zijn burgers te beschermen. Ook dat lijkt in deze zaak door het Hof te worden geaccepteerd of in elk geval niet verworpen. 'The Court next observes that what is at issue in the present case is not an act by the State but the alleged inadequacy of the protection afforded by the domestic courts to the applicant's private life. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may also involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundary between the State's positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition; the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the relevant competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (*Pihl*, 26).' In enkele jaren is de bescherming van de eer en goede naam van burgers dus veranderd van een grond op basis waarvan de staat het recht op vrijheid van meningsuiting kan beperken in een subjectief recht van de burger, van een negatieve plicht van de staat om dit nieuw erkende recht niet in te perken in een positieve plicht om dit subjectieve recht actief te beschermen en van een subjectief recht van een individuele burger in een recht dat ook in afgeleide vorm kan werken en op termijn mogelijkerwijs zelfs door rechtspersonen kan worden ingeroepen als hen oneerlijke handelspraktijken worden verweten. Het is de vraag in hoeverre het wenselijk is om zelfs het verwijt dat een bedrijf oneerlijk handelt te framen als een

mensenrechtenkwesatie. Hoe breder het mensenrechtenkader wordt geïnterpreteerd, des te meer het zijn beschermingswaardigheid verliest. Het ligt wellicht meer voor de hand om een remedie aan bedrijven toe te kennen via het privaatrecht, bijvoorbeeld middels een onrechtmatige daad.

5. Bij de botsing van art. 8 EVRM en art. 10 EVRM is het nog van belang of de sites te zien zijn als journalistieke organisaties en/of het oorspronkelijke artikel dat door of vanwege de site is gepubliceerd moet worden gekwalificeerd als journalistiek product. Bij *Delfi* was dat inderdaad het geval. Daar ging het om een genuanceerd en objectief bericht over een bedrijf dat van plan was eeuwenoude ijswegen te doorbreken ten behoeve van een veerdienst. Er was hoor en wederhoor toegepast en ook aan andere journalistieke standaarden was voldaan. In *Magyar* ging het om een opiniestuk, maar meende het EHRM desalniettemin dat hier toch sprake was van een journalistieke bijdrage (wat zoals eerder bleek ook invloed heeft op de aansprakelijkheid van het platform). Sterker nog, het Hof vond dat het bericht een publiek belang diende: ‘As regards the context of the comments, the Court notes that the underlying article concerned the business practice of two large real estate websites, which was deemed misleading and injurious to their clients, thus there was a public interest in ensuring an informed public debate over a matter concerning many consumers and Internet users. The conduct in question had already generated numerous complaints to the consumer protection organs and prompted various procedures against the company concerned (see paragraph 16 above). The Court is therefore satisfied that the comments triggered by the article can be regarded as going to a matter of public interest (*Magyar*, 72).’ In de zaak *Pihl* ging het echter niet om een journalistiek platform of een journalistiek artikel. Het artikel was een nogal smadelijk en naar bleek incorrect stuk waarin werd beweerd dat Pihl betrokken was bij een nazipartij.

6. Hieraan gekoppeld is de vraag in hoeverre de platforms verantwoordelijkheid dragen voor de comments van de gebruikers. In *Delfi* vergeleek rechter Zupancic in zijn concurring opinion de comments op het internet met de traditionele ‘letters to the editor’ in de krant, terwijl andere rechters in hun dissenting opinion juist wijzen op het verschil in karakter tussen beledigingen en dreigementen in de analoge en de digitale wereld (Sajó and Tsotsoria, punt 14). Alhoewel de Grote Kamer van het Hof in *Delfi* in haar eerste overwegingen opmerkt dat er andere regels moeten gelden voor internetdiensten dan voor andere media, waarbij rekening wordt gehouden met de verschillende karakters en de aard van hun diensten, hun functioneren en hun invloed, lijkt het Hof in het vervolg van zijn uitspraak eigenlijk precies dezelfde standaarden toe te passen op *Delfi* als op traditionele media. Zo hanteert het dezelfde standaarden aangaande de rechten en plichten van journalisten voor *Delfi* als voor traditionele media, hanteert het dezelfde criteria voor smaad en laster op het internet als in de fysieke wereld en vereist het van *Delfi* nagenoeg dezelfde controle als traditionele media hebben over de berichten die via hun medium worden gepubliceerd. In *Magyar* komt deze discussie ook naar voren daar een nationale rechter de vergelijking maakt tussen de internet comments en ingezonden krantenberichten, terwijl een nationaal hof in hoger beroep juist expliciet wijst op de significante verschillen. Het EHRM doet hier geen expliciete uitspraak over, maar, met een referentie naar *Delfi*, stelt het wel: ‘For the Court, the conduct of the applicants providing platform for third-parties to exercise their freedom of expression by posting comments is a journalistic activity of a particular nature (*Magyar*, 79).’ Opmerkelijk is dus dat het aanbieden van platforms voor discussie als zodanig ook als journalistieke activiteit heeft te gelden. Dit wordt echter niet bevestigd in *Pihl*. De site krijgt alleen een beroep op het recht op vrijheid van meningsuiting toegekend en niet de geprivilegieerde status van journalistiek medium, ondanks het feit dat ook die site discussieruimte bood aan gebruikers. Wat er dus van de rechtsregel uit *Magyar* overeind blijft, is onduidelijk en zal wellicht in latere jurisprudentie worden uitgewerkt.

7. Als de vraag of er *in casu* een mensenrecht in het geding is positief wordt beantwoord, is de vraag of er een inperking is geweest die is voorgeschreven bij wet. Deze vraag wordt verschillend behandeld in de drie zaken. In *Pihl* komt deze vraag eigenlijk nauwelijks aan bod omdat de zaak in wezen gaat om een positieve verplichting van de staat, namelijk om wetgeving aan te passen en/of nieuwe wetgeving aan te nemen zodat de online reputatie van personen goed wordt beschermd. Een oude wet uit 1998 over de aansprakelijkheid van Bulletin Boards werd van toepassing verklaard op de site in kwestie, waardoor de site aansprakelijkheid ontliet. Bij *Delfi* ging het met name om de vraag of nu het regime van de EU e-Commerce Richtlijn of de nationale implementatie daarvan van toepassing moest zijn, waardoor neutrale internet-intermediairs uitsluiting van aansprakelijkheid toekomt als zij zich houden aan de daarin genoemde voorwaarden, zoals de notice-and-take-down-verplichting voor hostingproviders, of het vrijheid van meningsuitingsregime onder het EVRM, waardoor de internet-providers weliswaar rechten toekomen, maar zij ook extra plichten hebben. De nationale rechters in de zaak meenden soms dat het ene regime van toepassing was en soms dat het andere regime van toepassing moest worden geacht. Niet geheel onbegrijpelijk klaagde Delfi dan ook over rechtsonzekerheid en over het feit dat haar veroordeling niet ‘prescribed by law’ was, in die zin dat de veroordeling niet ‘reasonable foreseeable’ was. Het EHRM oordeelde echter anders: ‘The Court accordingly finds that, as a professional publisher, the applicant company should have been familiar with the legislation and case-law, and could also have sought legal advice. [...] Thus, the Court considers that the applicant company was in a position to assess the risks related to its activities and that it must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail. It therefore concludes that the interference in issue was “prescribed by law” within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention (*Delfi*, 129).’ In de zaak *Magyar* was de zaak nog iets complexer. Daar ging het om een nationale implementatie van de e-Commerce Richtlijn, waarbij volgens de nationale rechter geen beroep kon worden gedaan op de uitsluiting van aansprakelijkheid als de opmerkingen van de gebruikers een privé-karakter hadden. De internetsites klaagden over rechtsonzekerheid, nu de e-Commerce Richtlijn zelf een dergelijke interpretatie niet lijkt te suggereren. Ook daarin oordeelde het EHRM echter anders: ‘The Court notes that the *Kúria* did not embark on an explanation whether and how Directive 2000/31/EC was taken into account when interpreting section 2(1c) of Act no. CVIII of 2001 and arriving to the conclusion that the applicants were not intermediaries in terms of that provision, despite the applicants’ suggestion that the correct application of the EU law should have exculpated them in the circumstances. Nonetheless, the Court is satisfied on the facts of this case that the provisions of the Civil Code made it foreseeable for a media publisher running a large Internet news portal for an economic purpose and for a self-regulatory body of Internet content providers, that they could, in principle, be held liable under domestic law for unlawful comments of third-parties. Thus, the Court considers that the applicants was in a position to assess the risks related to their activities and that they must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail (*Magyar*, 50-51).’ De vraag of Pihl redelijkerwijs had kunnen voorzien dat hij de internetdienst niet aansprakelijk kon stellen, wordt niet besproken door het EHRM.

8. Dan is er de aard van de gewraakte comments. In *Delfi* is daar een complexe discussie over gevoerd. Het ging om een door de website geplaatst stuk waaronder zo’n 200 comments waren geplaatst, waarvan er 20 door de persoon in kwestie, de eigenaar van de gewraakte veerdienst, als onrechtmatig werden bestempeld. Opmerkelijk is dat het EHRM in deze zaak geen zelfstandig onderzoek deed naar de aard en het karakter van de reacties; het stelde simpelweg dat het duidelijk was dat de opmerkingen ‘manifestly unlawful’ waren. Dat was enigszins opmerkelijk, omdat zeker de helft van deze opmerkingen eerder kinderachtig dan onrechtmatig waren. Een paar voorbeelden: Opmerking 5 ‘aha... [I] hardly believe that that happened by accident... assholes fck’, opmerking 6 ‘rascal!!!’, opmerking 11 ‘and can’t anyone defy these shits?’, opmerking 16 ‘bastards!!!! Ofelia also has an ice class, so this is no excuse why Ola was required!!!!’ en opmerking 20 ‘you can’t make bread from shit; and paper and internet can

stand everything; and just for my own fun (really the state and [L.] do not care about the people's opinion) ... just for fun, with no greed for money – I pee into [L.'s] ear and then I also shit onto his head. :)'. De andere helft had evenwel een iets kwalijker karakter. Een paar voorbeelden: Opmerking 1 (deels) 'Proposal – let's do as in 1905, let's go to [K]juessaare with sticks and put [L.] and [Lc.] in a bag', opmerking 2 (deels) 'burn in your own ship, sick Jew!', opmerking 3 'good that [La.'s] initiative has not broken down the lines of the web flammers. go ahead, guys, [L.] into the oven!', opmerking 4 '[little L.] go and drown yourself', opmerking 7 (deels) 'What are you whining for, knock this bastard down once and for all'. Als deze opmerkingen al als onrechtmatig moeten worden bestempeld, dan is dat vooral omdat het hier gaat om het verstoren van de openbare orde, het oproepen tot geweld en het haat zaaien. Er lijkt door de hele uitspraak dan ook verwarring over de aard en de kwalificatie van deze opmerkingen, zo stellen ook rechters Sajó en Tsotsoria in hun dissenting opinion. 'The Supreme Court of Estonia has its own interpretation: it refers to "insult in order to degrade" and "degrade human dignity and ridicule a person," and finds Delfi liable for disrespecting the honour and good name of the person concerned. According to paragraph 117 of the present judgment, "the impugned comments ... mainly constituted hate speech and speech that directly advocated acts of violence" (see also paragraph 140). However, according to paragraph 130 ("the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others"), the offence at issue concerned the reputation and unspecified rights of others (dissenting opinion, 12).' Alhoewel de 10 laatstgenoemde opmerkingen vooral de openbare orde lijken te schaden of zijn te kwalificeren als haat zaaien of oproepen tot geweld, kiest het EHRM er uiteindelijk voor om de inperkingen te kwalificeren als een inbreuk op de rechten van anderen, namelijk de eer en goede naam. Juist daarom is het opmerkelijk dat deze keuze in de zaken *Magyar* en *Pihl* weer anders wordt gememoreerd. In *Magyar* wordt met een verwijzing naar *Delfi* het volgende gesteld: 'However, the present case is different. Although offensive and vulgar (see paragraphs 12 and 14 above), the incriminated comments did not constitute clearly unlawful speech; and they certainly did not amount to hate speech or incitement to violence (*Magyar*, 64).' en 'These latter criteria were established so as to assess the liability of large Internet news portals for not having removed from their websites, without delay after publication, comments that amounted to hate speech and incitement to violence. However, for the Court, they are also relevant for the assessment of the proportionality of the interference in the present case, free of the pivotal element of hate speech (*Magyar*, 70).' Evenzo in *Pihl*: 'In the present case, the Court notes that the comment made about the applicant was found by the national courts to constitute defamation because of the context in which it had been made. While the Court considers that the comment, although offensive, certainly did not amount to hate speech or incitement to violence (contrast *Delfi AS*, cited above, par. 18, 114 and 162), it accepts the national courts' finding and, consequently, that the comment falls within the scope of Article 8 (*Pihl*, 25).' Met terugwerkende kracht wordt *Delfi* geherinterpreteerd als een zaak die draait om *hate speech* en aanzetten tot geweld, wat juist wordt afgezet tegen *Magyar* en *Pihl* die wel om de bescherming van de eer en goede naam zouden gaan.

9. Daarbij is het van belang ook te wijzen om het verschil in karakter en het aantal van de comments in de zaken *Magyar* en *Pihl*. In *Delfi* ging het zoals gezegd om 20 comments die als kwalijk werden gekwalificeerd. In *Magyar* ging het in feite om drie gewraakte uitlatingen, waarvan niet op voorhand duidelijk is waarom zij een mensenrecht zouden schenden: (1) "They have talked about these two rubbish real estate websites ("két szemét ingatlanos oldalról") a thousand times already." (2) "Is this not that Benkő-Sándor-sort-of sly, rubbish, mug company ("benkősándoros sunyi szemét lehúzó cég") again? I ran into it two years ago, since then they have kept sending me emails about my overdue debts and this and that. I am above 100,000 [Hungarian forints] now. I have not paid and I am not going to. That's it." (3) "People like this should go and shit a hedgehog and spend all their money on their mothers' tombs until they drop dead." Bij *Pihl* ging het om één specifieke comment, waarin de persoon in kwestie werd weggezet als junkie: "that guy pihl is also a real hash-junkie according to several people I have spoken to". Als het

gaat om de vraag welke 'legitimate aim' in de drie zaken speelt is er dus een verschil. Bij *Delfi* gaat het ofwel om de openbare orde en het tegengaan van criminele handelingen ofwel om het recht op reputatie, bij *Magyar* gaat het om het recht op reputatie, waarschijnlijk van de mensen achter het bedrijf in kwestie, en in *Pihl* gaat het om de bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting van de provider, alhoewel daarbij moet worden opgemerkt dat die nu juist niet is beperkt door de nationale rechters. Daarover merkt het EHRM het volgende op: 'since the applicant's claim was rejected by the domestic courts, the domestic proceedings had no consequences for the association in the present case. However, the Court has previously found that liability for third-party comments may have negative consequences on the comment-related environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website (*Pihl*, 35).'

10. Dan de vraag of de inperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Zoals gezegd framed het Hof dit als een zaak van het afwegen van belangen, namelijk die onder art. 8 EVRM en art. 10 EVRM. Daarbij ontwikkelt het Hof in de zaak *Delfi* 4 criteria om deze belangenafweging te voltrekken: (1) de context van de uitlatingen, (2) de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke schrijvers van de tekst, (3) de maatregelen genomen door *Delfi* om onrechtmatige uitlatingen tegen te gaan en (4) de impact van de beslissing van het hoger gerechtshof. Niet duidelijk wordt waarom het Hof deze criteria kiest en niet andere. Bij *Magyar* wordt opmerkelijk genoeg, met verwijzing naar *Delfi*, een extra criterium toegevoegd, namelijk de '(v) Consequences of the comments for the injured party'. Alhoewel juist dit criterium in *Pihl* van toepassing lijkt te zijn, omdat er geen impact is van de beslissing van de nationale rechter op de internet-intermediar, laat het EHRM dit criterium weer vallen en richt het zich op 'the consequences of the domestic proceeding for the company', interessant genoeg met een verwijzing naar *Magyar*. Ook bij de invulling van de diverse criteria is er verschil.

11. De context van de uitlatingen is zoals gesteld erg verschillend. In *Pihl* was het artikel zelf foutief en smadelijk, terwijl het in *Delfi* ging om een journalistiek en afgewogen stuk en bij *Magyar* om een opiniestuk, dat evenwel een maatschappelijk probleem aan de orde stelde. Een van de kernvragen is of en in hoeverre de site had mogen verwachten dat er negatieve comments werden geplaatst door gebruikers. Terwijl het bij *Delfi* ging om een journalistiek artikel stelt het EHRM in de gewone kamer: 'Therefore, the Court considers that the applicant company, by publishing the article in question, could have realised that it might cause negative reactions against the shipping company and its managers and that, considering the general reputation of comments on the *Delfi* news portal, there was a higher-than-average risk that the negative comments could go beyond the boundaries of acceptable criticism and reach the level of gratuitous insult or hate speech (*Delfi*, 86).' Dit werd ook door de grote kamer bevestigd. Opmerkelijk is dat in *Pihl* juist een tegenovergestelde conclusie wordt getrokken. 'Moreover, the Court observes that the comment about the applicant did not concern his political views and had nothing to do with the content of the blog post. It could therefore hardly have been anticipated by the association (*Pihl*, 30).' Onder een foutief artikel over dat *Pihl* betrokken zou zijn bij een nazipartij had de site dus niet kunnen voorzien dat er negatieve berichten werden geplaatst, of althans, geen berichten over het vermeende drugsgebruik van *Pihl*. In *Magyar*, waarbij de comments wellicht nog het meest direct met het oorspronkelijke stuk te maken hadden was het Hof opmerkelijk genoeg het stelligst: 'The domestic courts held that, by allowing unfiltered comments, the applicants should have expected that some of those might be in breach of the law. For the Court, this amounts to requiring excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet (*Magyar*, 82).'

12. Dan speelt nog het al dan niet professionele karakter van de site mee in de beoordeling van de aansprakelijkheid, alsmede de al dan niet commerciële bedoelingen van de site. In *Delfi* stelde het EHRM dat het ‘attaches particular weight, in this context, to the nature of the Delfi news portal. It reiterates that Delfi was a professionally managed Internet news portal run on a commercial basis which sought to attract a large number of comments on news articles published by it (*Delfi*, 144)’ en concludeerde het dat Delfi inderdaad aansprakelijk kon worden gesteld voor de gewraakte comments, onder meer gelet op ‘the fact that the comments were posted in reaction to an article published by the applicant company on its professionally managed news portal run on a commercial basis (*Delfi*,162).’ Bij *Magyar* gold hetzelfde voor één van de internetsites, maar niet voor de tweede internetsite: ‘The Court attaches importance to the fact that the second applicant is the owner of a large news portal, run on a commercial basis and obviously attracting a large number of comments. On the contrary, there is no appearance that the situation of the first applicant, the self-regulatory association of Internet content providers, was in any manner similar; indeed, the latter’s publication of contents of predominantly professional nature was unlikely to provoke heated discussions on the Internet (*Magyar*, 73).’ En in *Pihl* lijkt met name de niet-commerciële aard van de internetsite van doorslaggevend belang: ‘In relation thereto, the Court attaches importance to the fact that the association is a small non-profit association, unknown to the wider public, and it was thus unlikely that it would attract a large number of comments or that the comment about the applicant would be widely read (contrast *Delfi AS*, cited above, par. 115-116). As the Court found in *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt* (cited above, par. 82), expecting the association to assume that some unfiltered comments might be in breach of the law would amount to requiring excessive and impractical forethought capable of undermining the right to impart information via internet (*Pihl*, 31)’. Ook het feit dat de site slechts een klein publiek bereikte was dus van belang.

13. Dan is de vraag wat de internet-provider heeft gedaan om de gewraakte comments tegen te gaan. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen preventieve maatregelen en reactieve maatregelen. Bij de preventieve maatregelen moet worden opgemerkt dat met name Delfi een flink aantal stappen had gezet. Ten eerste had ze in haar terms en conditions vermeld dat er geen smadelijke of andere onrechtmatige opmerkingen mochten worden geplaatst. Ten tweede had het een filtersysteem, waarbij berichten bevattende bepaalde woorden en/of zinsconstructies automatisch werden geblokkeerd. Ten derde had het een aantal moderatoren in dienst, die handmatig problematische opmerkingen konden verwijderen. Ten vierde en tot slot had het een notice-and-takedown-regime geïmplementeerd, waarbij een derde onrechtmatige content kon signaleren en Delfi prompt daarop actie ondernam door bijvoorbeeld het gewraakte materiaal te verwijderen. Toch was dit volgens het EHRM niet voldoende. Met name het filtersysteem had niet effectief gewerkt – dit is opmerkelijk, omdat het automatisch blokkeren van woorden als ‘klootzak’ ook zinnen als ‘B. wordt in de media afgeschilderd als een klootzak, maar dat is het in geen geval omdat...’ onmogelijk maakt. Terwijl het EHRM in *Magyar* en *Pihl* wijst op het *chilling effect* van mogelijke verplichtingen lijkt nu juist een filtersysteem een grote impact te hebben op de vrijheid van meningsuiting (vergelijk ook: *Mosley t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 mei 2011, nr. 48009/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0510JUD00480090810/05/2011, «EHRC» 2011/108 m.nt. Hins). Bij *Magyar* was er ook een notice-and-takedown-systeem en hadden de sites in de terms and conditions duidelijk gemaakt dat gebruikers geen onrechtmatige content mochten verspreiden via de sites, maar had geen van beide sites een filtersysteem en had slechts de professionele nieuwssite een aantal moderatoren in dienst, de andere niet. Desalniettemin vond het EHRM de maatregelen in deze zaak afdoende. Bij *Pihl* ging het om wel zeer minimale preventieve maatregelen, die desalniettemin als afdoende werden gekwalificeerd door het EHRM. ‘As regards the measures taken by the association to prevent or remove defamatory comments, the Court notes that the blog had a function through which the association was notified when comments were posted on it. However, it was clearly stated on the blog that the association did not check such comments before they were published and that

commentators were responsible for their own statements. Commentators were also requested to display good manners and obey the law (*Phil*, 30).’

14. Dan de reactieve maatregelen. Daar lijkt een aantal zaken een rol bij te spelen. In *Delfi* werd er door de site op gewezen dat het een effectief notice-and-takedown-systeem had geïmplementeerd en dat de comments vrijwel direct naar de ‘notice’ waren verwijderd. Toch vond het Hof dat niet afdoende, omdat ‘in cases such as the present one, where third-party user comments are in the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, as understood in the Court’s case-law, the Court considers, as stated, that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties (*Delfi*, 159).’ De site had dus op eigen initiatief de comments moeten verwijderen. Opmerkelijk is hoe dit in *Pihl* wordt geherinterpreteerd: ‘the Court observes that the association removed the blog post and the comment one day after being notified by the applicant that the post was incorrect and that he wanted the post and the comment removed. The association furthermore posted a new blog post with an explanation for the error and an apology. The comment had been on the blog for about nine days in total (contrast *Delfi AS*, cited above, par. 19, where the clearly unlawful comments were removed only about six weeks after their publication) (*Pihl*, 32).’ Het verschil is dat de site in *Pihl* wel een e-mail had ontvangen met een klacht, en daarop actie had ondernomen, terwijl bij *Delfi* een dergelijk klacht of opmerking pas veel later kwam. Bij *Magyar* lijkt het Hof nog verder te gaan: ‘both applicants had a notice-and-take-down system in place, whereby anybody could indicate unlawful comments to the service provider so that they be removed. The moderators and the service providers could remove comments deemed unlawful at their discretion. The domestic courts held that, by allowing unfiltered comments, the applicants should have expected that some of those might be in breach of the law. For the Court, this amounts to requiring excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet. The Court also observes that the injured company never requested the applicants to remove the comments but opted to seek justice directly in court – an element that did not attract any attention in the domestic evaluation of the circumstances (*Magyar*, 81-83)’. Hierbij wordt dus ook verwezen naar het feit dat de persoon in kwestie niet heeft gevraagd de gewraakte comments te verwijderen. Bij *Pihl* wordt er juist nadruk gelegd op de excuses die publiekelijk zijn gemaakt, wat evenwel voor de hand lag gezien het feit dat het oorspronkelijke artikel foutief en smadelijk was.

15. De vervolgvraag is of niet de auteurs van de comments konden of moesten worden aangesproken, in plaats van de internet-intermediair. Ook hieromtrent bestaat geen eenduidigheid in de benadering van het EHRM. In alle drie de zaken ging het om gebruikers die anoniem of onder een pseudoniem konden reageren. Opmerkelijk is daarbij dat bij *Delfi* nog een discussie is over of de IP-adressen van de bewuste gebruikers zijn te achterhalen en of via de IP-adressen de identiteit van de gebruikers is vast te stellen. ‘The Court considers that the uncertain effectiveness of measures allowing the identity of the authors of the comments to be established, coupled with the lack of instruments put in place by the applicant company for the same purpose with a view to making it possible for a victim of hate speech to effectively bring a claim against the authors of the comments, are factors that support a finding that the Supreme Court based its judgment on relevant and sufficient grounds. The Court also refers, in this context, to the *Krone Verlag (no. 4)* judgment, where it found that shifting the risk of the defamed person obtaining redress in defamation proceedings to the media company, which was usually in a better financial position than the defamer, was not as such a disproportionate interference with the media company’s right to freedom of expression (*Delfi*, 151)’. In *Magyar* wordt in dit verband juist gesteld dat internet-providers in principe niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de opmerkingen van

derden. Waar in *Delfi* de nationale rechters er nog op hadden gewezen dat het identificeren van internet-gebruikers via het IP-adres in sommige gevallen wel en in andere gevallen niet mogelijk was, hebben de nationale rechts in *Magyar* een dergelijke overweging achterwege gelaten. Dat vindt het EHRM laakbaar, te meer daar het als uitgangspunt geeft dat journalisten in principe niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de mening van derden die zij verspreiden. In *Pihl* tot slot is het IP-adres van de gebruiker van de gewraakte comment wel vastgesteld, maar is hierop geen verder actie ondernomen. ‘Turning to the liability of the originator of the comment, the Court observes that the applicant obtained the IP-address of the computer used to submit the comment. However, he has not stated that he took any further measures to try to obtain the identity of the author of the comment (*Pihl*, 34)’. Hier lijkt het er dus op dat het aan de internet-intermediair zelf is om de identiteit van de gebruiker vast te stellen. Er wordt daarbij ook expliciet verwezen naar de *Google Spain*-uitspraak van het Europees Hof van Justie: ‘The Court also notes that, as concerns the alleged possibility of still being able to find the comment via search engines, the applicant is entitled to request that the search engines remove any such traces of the comment (see the Court of Justice of the European Union judgment of 13 May 2014, *Google Spain and Google*, no. C-131/12, EU:C:2014:317) (*Pihl*, 33)’. Zelfs als het dus mogelijk was om de gebruiker aansprakelijk te stellen, zo lijkt het EHRM hier te suggereren, dan nog heeft de internet-intermediair een eigen verantwoordelijkheid waarvoor zij aansprakelijk kan worden gesteld.

16. In *Magyar* wordt nog een nieuw criterium besproken, namelijk de consequenties voor de benadeelde partij. Alhoewel het EHRM met een merkwaardige constructie de drie opmerkingen in kwestie als schadelijk voor de reputatie van de mensen achter het bedrijf kwalificeert, merkt het later juist op dat de schade aan de reputatie voor het bedrijf (en dus niet de personen achter het bedrijf) minimaal is: ‘the Court is not convinced that the comments in question were capable of making any additional and significant impact on the attitude of the consumers concerned. However, the domestic courts do not appear to have evaluated whether the comments reached the requisite level of seriousness and whether they were made in a manner actually causing prejudice to a legal person’s right to professional reputation (*Magyar*, 85)’. In *Pihl* wordt dit vraagstuk niet expliciet behandeld als apart criterium, maar wordt slechts gesteld dat de gewraakte opmerking als schadelijk voor de reputatie van de persoon in kwestie moet worden gezien.

17. Tot slot de consequenties voor de internet-intermediair. In *Pihl* wordt, zoals eerder besproken, voornamelijk gesteld dat aansprakelijkheid van internet-intermediars op nationaal niveau een *chilling effect* kan hebben op de vrijheid van meningsuiting. In *Magyar* werd dat ook expliciet benadrukt en werd gesteld dat dit met name schadelijk is voor niet-commerciële partijen: ‘For the Court, these consequences may have, directly or indirectly, a chilling effect on the freedom of expression on the Internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website such as the first applicant (*Magyar*, 86)’. Opmerkelijk is daarbij dat het Hof in deze zinsnede niet stelt dat dergelijke aansprakelijkheid extra schadelijk is voor journalistieke ondernemingen. Toch komt het daar later wel op terug: ‘However, the Court cannot but observe that the Hungarian courts paid no heed to what was at stake for the applicants as protagonists of the free electronic media. They did not embark on any assessment of how the application of civil-law liability to a news portal operator will affect freedom of expression on the Internet. Indeed, when allocating liability in the case, those courts did not perform any balancing at all between this interest and that of the plaintiff. This fact alone calls into question the adequacy of the protection of the applicants’ freedom-of-expression rights on the domestic level (*Magyar*, 88)’. In *Pihl* wordt weer met name het niet-commerciële karakter van de site benadrukt: ‘However, the Court has previously found that liability for third-party comments may have negative consequences on the comment-related environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly

detrimental for a non-commercial website (*Pihl*, 35).’ In *Delfi* gaat de grote kamer van het Hof met name in op het commerciële karakter van de website en merkt het op dat er geen grote negatieve gevolgen waren naar aanleiding van de *Delfi*-uitspraak door de gewone kamer, waarin de veroordeling van Delfi in stand werd gelaten en het EHRM Delfi had meegegeven verdere maatregelen te treffen om de verspreiding van onrechtmatige content op zijn site tegen te gaan: ‘The Court also observes that it does not appear that the applicant company had to change its business model as a result of the domestic proceedings. According to the information available, the Delfi news portal has continued to be one of Estonia’s largest Internet publications and by far the most popular for posting comments, the number of which has continued to increase. Anonymous comments – now existing alongside the possibility of posting registered comments, which are displayed to readers first – are still predominant and the applicant company has set up a team of moderators carrying out follow-up moderation of comments posted on the portal (see paragraphs 32 and 83 above). In these circumstances, the Court cannot conclude that the interference with the applicant company’s freedom of expression was disproportionate on that account either (*Delfi*, 161).’

18. Kortom, alhoewel de *Delfi*-uitspraak heeft gepoogd om helderheid te bieden in de aansprakelijkheid van internet-intermediairs voor comments van gebruikers is dat nochtans slechts ten dele gelukt. De *Delfi*-uitspraak zelf bevatte reeds een aantal onduidelijkheden en interne tegenstrijdigdheden en dit diffuse beeld is nog geschakeerder geworden door de uitspraken in *Magyar* en *Pihl*. Ook de uitkomst is anders. In *Delfi* was de internet-provider op nationaal niveau veroordeeld en werd dat in stand gelaten door het EHRM, in *Magyar* was de internet-provider op nationaal niveau veroordeeld, maar werd dat gezien als een schending van art. 10 EVRM, en in *Pihl* was de internetsite op nationaal niveau niet veroordeeld en werd dat niet gezien als een schending van art. 8 EVRM. Hieronder nog kort een aantal punten op een rij.

Delfi

Magyar

Pihl

Zaak aangebracht door

Veroordeelde provider

Veroordeelde provider

Persoon die meent dat zijn reputatie is geschonden door comments

Wijze van behandelen

Botsing van Artikel 8 EVRM en 10 EVRM

Botsing van Artikel 8 EVRM en 10 EVRM

Botsing van Artikel 8 EVRM en 10 EVRM

Criteria

(1) de context van de uitlatingen, (2) de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke schrijvers van de tekst, (3) de maatregelen genomen door Delfi om onrechtmatige uitlatingen tegen te gaan en (4) de impact van de beslissing van het hoger gerechtshof

(1) de context van de uitlatingen, (2) de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke schrijvers van de tekst, (3) de maatregelen genomen door Delfi om onrechtmatige uitlatingen tegen te gaan, (4) de impact van de beslissing van het hoger gerechtshof en (5) schade van comments aan benadeelde partij

(1) de context van de uitlatingen, (2) de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke schrijvers van de tekst, (3) de maatregelen genomen door Delfi om onrechtmatige uitlatingen tegen te gaan en (4) de impact van de beslissing van het hoger gerechtshof

Vrijheid van meningsuiting

Ja

Ja, aanbieden discussieplatform is op zichzelf beschermd

Ja

Persvrijheid

Ja

Ja, is zelfs een reden om terughoudend te zijn met aansprakelijkheid

Nee

Type internet-intermediair

Commercieel en professioneel

Neutrale internet-provider en commerciële nieuwssite

Noch commercieel noch professioneel

Bereik internet-intermediair

Groot

Eén beperkt, de ander groot

Beperkt

Aard oorspronkelijk artikel

Genuanceerd journalistiek product

Opiniestuk met publiek belang

Foutief en smadelijk bericht

Aard comments

Beledigend of aanzetten tot haat en geweld?

Kritisch over de handelingswijze van dubieuze internetsites

Belediging

Aantal comments

20

3

1

Aantal dagen online

6 weken

?

9 dagen

Had site de comments redelijkerwijs kunnen verwachten

Ja

Nee

Nee

Geschonden recht

Recht op reputatie of openbare orde?

Recht op reputatie van de mensen achter het bedrijf dat werd bekritiseerd

Positieve verplichting van de staat om het recht op reputatie te beschermen

Preventieve maatregelen

(1) terms and conditions, (2) filtersysteem

(1) terms and conditions

(1) terms and conditions

Reactieve maatregelen

(1) Moderatoren, (2) notice-and-takedown

(1) Eén site met moderatoren, (2) beide een notice-and-takedown

(1) Excuus geplaatst, (2) gereageerd op e-mail en daarop comment verwijderd

Voorgeschreven bij wet

Ja

Ja

Positieve verplichting

Hadden gebruikers aansprakelijk kunnen worden gesteld

Onduidelijk

Niet gepoogd en niet beoordeeld door nationale rechter

Nee, maar internet-intermediair heeft zelfstandige plicht

Uitspraak EHRM

Veroordeling internet-intermediair in stand gelaten

Veroordeling internet-intermediair schending 10 EVRM

Vrijspraak internet-intermediair in stand gelaten

mr. drs. B. van der Sloot, Senior Researcher, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Tilburg University

Copyright 2017 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.