

company's freedom of expression was disproportionate on that account either.

(vi) *Conclusion*

162. Based on the concrete assessment of the above aspects, taking into account the reasoning of the Supreme Court in the present case, in particular the extreme nature of the comments in question, 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, the insufficiency of the measures taken by the applicant company to remove without delay after publication comments amounting to hate speech and speech inciting violence and to ensure a realistic prospect of the authors of such comments being held liable, and the moderate sanction imposed on the applicant company, the Court finds that the domestic courts' imposition of liability on the applicant company was based on relevant and sufficient grounds, having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State. Therefore, the measure did not constitute a disproportionate restriction on the applicant company's right to freedom of expression.

Accordingly, there has been no violation of Article 10 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

Holds, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

Noot

De zaak Delfi AS

1. In deze zaak spreekt de Grand Chamber van het Hof zich voor het eerst uit over de verantwoordelijkheid van het intermediair dat op internet openbare van derden afkomstige informatie beschikbaar maakt. Het is dus de eerste principiële beslissing van het Hof over de verantwoordelijkheden rond de vele publieksplatforms die het internet kent. Op 2 februari 2016 heeft een kamer van het Hof in de zaak *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete ('MTE') en Index vs. Hongarije* (App. 22947/13) een toepassing gegeven aan 'de beginselen' van dit arrest, zodat ik die zaak in deze annotatie zal meenemen.

2. De feiten in een casus plegen de beslissing te 'maken', daarom eerst even aandacht voor de casus. Delfi AS is één van de grootste internet news portals in Estland, dat in de betrokken periode meer dan 330 nieuwsartikelen per dag publiceerde. Aan het eind van ieder geredigeerd artikel werd het publiek uitgenodigd om te reageren, van welke uitnodiging gretig gebruik werd gemaakt. Hoe meer reacties, hoe meer bezoekers van de site. Hoe meer bezoekers, hoe meer reclame-inkomsten. Delfi AS had dus een groot economisch belang bij het commentaargedeelte van de site. Dit is het eerste essentiële element dat een rol speelt in de overwegingen van de nationale en Europese rechters. Het tweede essentiële element is de inhoud van het commen-

taar waar het in deze zaak om draait. Het ging om een commentaar dat door alle nationale en Europese rechters op het eerste gezicht als 'hate speech' werd gekwalificeerd. Het waren reacties op een op 24 januari 2006 geplaatst redactioneel artikel waarin de veerbootmaatschappij SLK ervan werd beschuldigd dat zij met haar schepen de winterse autoroutes over het dikke ijs tussen het Estlandse vasteland en de kusteilanden vernietigde. Er kwamen dadelijk veel commentaren waarvan sommige persoonlijke bedreigingen, racistische uitlatingen en schandelijke beledigingen aan het adres van de leiding van de onderneming bevatten. Het derde essentiële element is de nagenoeg ontbrekende redactionele controle door Delfi AS op de commentaren, hoewel Delfi wel 'regels voor het commentaar' op haar website publiceerde waarin dit soort commentaar werd verboden. Delfi had een automatisch filter op beledigende termen aan staan, maar dat werkte in dit geval niet goed. Op eerste aanmaning van een beledigde partij placht Delfi bij evidente onrechtmatigheid het commentaar te verwijderen, maar het nam zelf geen initiatief. Zo werden pas op een aanmaning na zes weken van de advocaat van SLK de beledigende, bedreigende en racistische commentaren verwijderd. Samenvattend: Delfi had een commercieel belang bij pittige commentaren; het commentaar waar het om draaide was op het eerste gezicht hate speech; Delfi oefende niet of nauwelijks redactionele controle op het commentaargedeelte van de site uit; pas na zes weken verwijderde zij het commentaar op aanmaning van de beledigde partij. Het liet dus een voor derden gevaarzettende situatie gedurende anderhalve maand op de door haar geëxploiteerde site voortbestaan. De vraag in Straatsburg was of Delfi als internetintermediair voor de hate speech aansprakelijk kon worden gesteld. Het Hof vindt van wel en daarbij spelen dus deze drie essentiële elementen een rol.

3. Ik druk de commentaren in de beschikbare Engelse vertaling hierbij af zodat de lezer zichzelf kan overtuigen dat het om hate speech en fysieke bedreigingen ging:

- "(1) there are currents in [V]äinameri
 (2) open water is closer to the places you referred to, and the ice is thinner.
 Proposal – let's do as in 1905, let's go to [K]uresaare with sticks and put [L.] and [Le.] in a bag
 2. bloody shithheads...
 they bathe in money anyway thanks to that monopoly and State subsidies and have now started to fear that cars may drive to the islands for a couple of days without anything filling their purses. burn in your own ship, sick Jew!
 3. good that [La.'s] initiative has not broken down the lines of the web flammers. go ahead, guys, [L.] into the oven!
 4. [little L.] go and drown yourself
 5. aha... [I] hardly believe that that happened by accident... assholes fck
 6. rascal!!! [in Russian]

7. What are you whining for, knock this bastard down once and for all [...] In future the other ones ... will know what they risk, even they will only have one little life.

8. ... is goddamn right. Lynching, to warn the other [islanders] and would-be men. Then nothing like that will be done again! In any event, [L.] very much deserves that, doesn't he.

9. 'a good man lives a long time, a shitty man a day or two'

10. If there was an iceroad, [one] could easily save 500 for a full car, fcking [L.] pay for that economy, why does it take 3 [hours] for your ferries if they are such good icebreakers, go and break ice in Pärnu port ... instead, fcking monkey, I will cross [the strait] anyway and if I drown, it's your fault

11. and can't anyone defy these shits?

12. inhabitants of Saaremaa and Hiiumaa islands, do 1:0 to this dope.

13. wonder whether [L.] won't be knocked down in Saaremaa? screwing one's own folk like that.

14. The people will chatter for a couple of days on the Internet, but the crooks (and also those who are backed and whom we ourselves have elected to represent us) pocket the money and pay no attention to this flaming – no one gives a shit about this.

Once [M.] and other big crooks also used to boss around, but their greed struck back (RIP). Will also strike back for these crooks sooner or later. As they sow, so shall they reap, but they should nevertheless be contained (by lynching as the state is powerless towards them – it is really they who govern the state), because they only live for today. Tomorrow, the flood.

15. this [V.] will one day get hit with a cake by me.

damn, as soon as you put a cauldron on the fire and there is smoke rising from the chimney of the sauna, the crows from Saaremaa are there – thinking that ... a pig is going to be slaughtered. no way

16. bastards!!!! Ofelia also has an ice class, so this is no excuse why Ola was required!!!

17. Estonian state, led by scum [and] financed by scum, of course does not prevent or punish antisocial acts by scum. But well, every [L.] has his Michaelmas ... and this cannot at all be compared to a ram's Michaelmas.¹ Actually sorry for [L.] – a human, after all... :D :D :D

18. ... if after such acts [L.] should all of a sudden happen to be on sick leave and also next time the ice road is destroyed ... will he [then] dare to act like a pig for the third time? :)

1. This is an allusion to an Estonian saying, 'every ram has its Michaelmas', which historically refers to slaughtering wethers (castrated rams) in autumn around Michaelmas day (29 September) but is nowadays used to mean that one cannot escape one's fate.

19. fucking bastard, that [L.]... could have gone home with my baby soon ... anyway his company cannot guarantee a normal ferry service and the prices are such that ... real creep ... a question arises whose pockets and mouths he has filled up with money so that he's acting like a pig from year to year

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. :)"

4. Om de juridische discussie in deze zaak verder goed te begrijpen, sta ik nu eerst stil bij de twee oermodellen van verspreiding van informatie: het mediamodel tegenover het telecommunicatiemodel. In het mediamodel is er een redactie aangesteld door een uitgever die volledig verantwoordelijk is voor de inhoud van de gepubliceerde informatie. De redactie opereert onafhankelijk, maar is ondergeschikt aan de uitgever die dus alle juridische verantwoordelijkheid voor de inhoud draagt. Dit geldt ook voor de ingezonden brieven en opiniërende stukken van derden, die pas worden openbaar gemaakt na redactionele beoordeling. Weliswaar is de schrijver primair verantwoordelijk voor de opinie en de onderbouwing daarvan, maar scheldpartijen en persoonlijke aanvallen plegen niet door de redactionele controle te komen. De juridische statuten die deze openbaarmaking reguleren zijn de vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht. Het economische model is dat de productie en openbaarmaking van de informatie worden betaald door de gebruikers (auteursrecht) en/of door de adverteerders die de redactionele informatie vergezeld doen gaan van door hen betaalde reclameboodschappen. Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich het telecommunicatiemodel. De informatie wordt tussen een zender en een ontvanger getransporteerd zonder openbaarmaking. De telecommunicatieonderneming is als transporteur niet verantwoordelijk voor de inhoud en zelfs verplicht tot geheimhouding. Het is haar bovendien verboden kennis te nemen van de inhoud van de getransporteerde informatie. De juridische statuten die dit model reguleren zijn het brief- en telefoongeheim en het recht op gelijke toegang tot het net van de gebruikers (tegenwoordig aangeduid met 'netneutraliteit'). Het economische model is dat de gebruikers betalen voor het toegang en het gebruik van het netwerk en de bijbehorende telecommunicatiediensten. In het internettijdperk zijn deze twee modellen door elkaar geraakt. Dat heeft zich in Europa voor het eerst duidelijk gemanifesteerd bij de E-Commerce richtlijn (2000/31/EG). Deze richtlijn bevat enige (horizontale, dus voor ieder rechtsgebied geldende) regels over de verantwoordelijkheid van de zogenaamde Internetservice providers (ISP). Dat zijn de dienstverleners die de toegang tot het net mogelijk maken en aanvullende diensten aan de gebruikers leveren, zoals email en ter beschik-

kingstelling van plekken waar gebruikers informatie openbaar kunnen maken (ook wel aangeduid als 'hosting services'). Bij de totstandkoming van Richtlijn 2000/31/EG beriep de internetlobby zich op het telecommunicatiemodel, wat dus inhield dat ze geheel gevrijwaard moest worden voor aansprakelijkheid voor de inhoud van de informatie. Daaraan is gedeeltelijk tegemoetgekomen in de art. 12-14 van de richtlijn. Uitgezonderd van aansprakelijkheid voor de inhoud zijn drie categorieën: 'mere conduit', 'caching' en 'hosting'. De eerste categorie behoort typisch tot de handelingen van de telecommunicatietransporteur, de tweede iets minder en de laatste het minst. 'Mere conduit' ziet op de tijdelijke, dikwijls automatische opslag voor transportdoeleinden van informatie waarvan de inhoud niet door de telecommunicatieonderneming is uitgelokt. Het gaat dus om opslag *tijdens* het transport. 'Caching' ziet op tijdelijke opslag van niet door de telecommunicatieonderneming uitgelokte informatie om redenen van efficiency met het doel dat de gebruiker de door hem opgevraagde informatie zo snel mogelijk toegestuurd krijgt. Een ISP-er bewaart bijvoorbeeld op zijn lokale server webpagina's waarvan hij weet dat de gebruiker er vaak naar vraagt, zodat deze niet iedere keer van het wereldwijde web moeten worden geplukt. Het gaat dus om opslag *voor* het transport van in beginsel openbare informatie. Het is iets dat de reguliere telecommunicatieonderneming niet deed, omdat deze geen openbare informatie ter beschikking placht te stellen. 'Hosting' is verhuur van openbaar toegankelijke serverruimte om webpagina's op het internet toegankelijk te maken, en het ziet dus op het openbaar toegankelijk opslaan van informatie die door een derde ter beschikking is gesteld. Bij 'caching' en 'hosting' heeft de EG wetgever een 'passieve' redactionele regel ingevoerd die bekend staat als de 'notice-and-take-down' procedure die inhoudt dat de ISP-er op eerste aanmaning dat er een illegale activiteit of illegale informatie in cache staat of gehost wordt, deze zo snel mogelijk verwijdert, onverminderd de aansprakelijkheid van de openbaarmaker. Bij hosting is de verantwoordelijkheid iets zwaarder omdat art. 14 ook verbiedt dat de ISP-er informatie op een site zet waarvan hij weet dat deze illegaal is. Naast deze pseudoredactionele regels bevat art. 15 een telecommunicatieachtige regel die de ISP-ers een verbod oplegt de informatieactiviteiten op hun server te monitoren of op een andere manier actief achter illegale activiteiten aan te gaan. Deze regels spelen rechtstreeks in deze zaak een rol omdat Estland de richtlijn heeft geïmplementeerd in een afzonderlijke wet (de Information Society Services Act) die naast de algemene regels voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige openbare informatie wordt gehanteerd. Delfi had zich in nationale instanties op die wet beroepen, maar de nationale rechters hadden die wet niet willen toepassen omdat zij de betrokkenheid van Delfi bij het commentaargedeelte van de site te groot achtten, met name vanwege het commerciële belang bij het genereren van zoveel mogelijk bezoek. Zij waren

daarom het in Estland geldende algemene mediarechtelijke model gaan hanteren.

5. Het EHRM stelt dat 'user-generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression.' Het verwijst daarvoor naar zijn beslissingen in de zaken *Times Newspapers* en *Yildirim* (EHRM 10 maart 2009, Appl. 3002/03, NJ 2010/109, m.nt. E.J. Dommering, EHRM 18 december 2012, Appl. 3111/10, NJ 2014/320, m.nt. E.J. Dommering). Maar tegelijkertijd, zo stelt het in overweging 110 vast, is het een medium dat hate speech en oproepen die aanzetten tot geweld in een paar seconden wereldwijd kan verspreiden. Dat risico is groter dan bij de Pers en daarom kan het web daarmee niet zonder meer op één lijn worden gesteld. Het Hof (overweging 112) vindt met de hoogste rechter in Estland dat Delfi AS meer de kant op valt van een Publisher dan een 'hoster': haar redactionele artikelen lokken de commentaren uit, die bezoek stimuleren waar ze reclamegeld aan verdient. Dat is in lijn met de definities van de richtlijn. Het is naar mijn mening volstrekt duidelijk (een 'acte clair') dat Delfi geen hoster in de zin van de richtlijn is, dus dat het niet gaat om toepassing en uitlegging van de richtlijn. Ik zeg dit expliciet omdat in sommige commentaren op dit arrest wordt gesuggereerd dat dit arrest in strijd met het EU recht zou zijn (oa. Dirk Voorhoof, 'De aansprakelijkheid van online nieuwsplatforms na Delfi', in: *Mediaforum* 2015-6, p. 194-204). Het Hof neemt in overweging 113 wel de aanbeveling van de Raad van Europa over internetaansprakelijkheden over (CM/Rec- 2011-7, geciteerd in paragraaf 46 van het arrest). Deze beveelt aan een 'differentiated and graduated approach', zodat iedere actor "whose services are identified as media or as an intermediary or auxiliary activity benefit from both the appropriate form (differentiated) and the appropriate level (graduated) of protection and that responsibility also be delimited in conformity with article 10 (...). Therefore, the Court considers that because of the particular nature of internet the 'duties and responsibilities' that are to be conferred to an internet news portal for the purposes of Article 10 may differ from those of the traditional publisher, as regards third-party content." Dit introduceert dus een glijdende schaal van verantwoordelijkheid waarmee de twee oermodellen die ik in punt 3 schetste als twee waterverfvlekken door elkaar raken. Ik acht dit een verkeerde, althans onduidelijke aanpak; ik kom er hierna op terug. Als twee indicatoren voor graduele en gedifferentieerde benadering noemt het Hof in de overwegingen 114 en 117 dat het ging om evidente hate speech en in de overwegingen 115 en 116 dat Delfi een professionele op commerciële basis gerunde news portal is, waardoor het verschilt (overweging 116) van een discussieforum, een bulletinboard of sociale media: 'where users can freely set out their ideas on any topics without the discussion being channelled by any input from the forum's manager; or a social media platform where the platform provider does not offer and where the content

provider may be a private person running the website or a blog as a hobby.'

6. De slotsom is dat Delfi niet kan volstaan met de notice-and-take-down procedure maar de geplaatste commentaren zodanig moet monitoren dat evidente hate speech en uitlokken tot geweld onmiddellijk worden verwijderd. Dat overweegt het nog eens expliciet in overweging 159: Notice-and-take-down kan volstaan indien vergezeld van effectieve procedures, maar '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 (...) the Court considers that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on internet news portals, (...) if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties.' Ik wijs nog maar even op de casus: Delfi had de in 3 geciteerde commentaren, evident in strijd met haar eigen commentaar regels, maar liefst zes weken laten staan zonder zelf enige actie te nemen.

De zaak MTE en Index vs Hongarije

7. Op 2 februari 2016 deed het Hof uitspraak in de zaak *MTE en Index vs. Hongarije* (App. 22947/13), waarin een kleine kamer toepassing gaf aan de 'Del-fibeginselen'. Het ging ditmaal over de site MTE door het Hof gekarakteriseerd als een 'self-regulatory body of Hungarian Internet content providers, monitoring the implementation of a professional code of Internet content providing and a code of ethics, as well as operating an arbitration commission whose decision are binding on its eleven members.' De tweede klager Index.hu Zrt (Index) is 'a company limited by shares, seated in Budapest. It is the owner of one of the major Internet news portals in Hungary'. Beide lieten commentaar van derden op hun sites toe zonder het vooraf te beoordelen of te monitoren. Beide kenden een notice-and-take down procedure. Naar aanleiding daarvan werden de commentaren beoordeeld en eventueel verwijderd. Beide plaatsten op hun site de mededeling dat de commentaren van derden niet voor hun rekening kwamen. De sites vermelden ook dat commentaren die persoonlijkheidsrechten van derden schaden niet konden worden geplaatst. Index hanteerde bovendien de volgende op haar site gepubliceerde commentaarregels en kende een moderatorregeling:

"Especially forbidden are:

1. comments that, at the time of their posting, infringe the laws of Hungary, indicate or incite to crime or any other unlawful act...
3. vulgar, aggressive, threatening comments. What is vulgar, aggressive or threatening has to be decided by the moderators, in the light of the given topic..."

8. MTE publiceerde een opinie over misleidende reclame activiteiten op een site van een fi-

nanciële dienstverlener. Dit lokte een commentaar uit:

"Is this not that Benkő-Sándor-sort-of sly, rubbish, mug company 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."

De opinie werd overgenomen door een andere website onder de titel 'Another mug (bedriegers) scandal?' en in de consumentenrubriek van Index werd op de zaak gereageerd hetgeen op die site het anonieme commentaar uitlokte:

"People like this should go and shit a hedgehog and spend all their money on their mothers' tombs until they drop dead."

Hierna worden MTE en Index voor de rechter gedaagd omdat de initiële door MTE geplaatste opinie feitelijk onjuist was en de reputatie van de financiële dienstverleners had beschadigd. Zowel MTE als Index verwijderden de defamerende commentaren onmiddellijk nadat zij van de juridische actie hadden vernomen. In de procedure beriepen zij zich op de Hongaarse implementatie van de E-Commercerichtlijn en hielden staande dat zij niet aansprakelijk gesteld konden worden voor de commentaren van derden. De rechter in eerste instantie oordeelde dat de initieel door MTE geplaatste opinie niet de grenzen te buiten ging van de vrijheid van meningsuiting en had bijgedragen aan het publieke debat, maar verwierp de exceptie dat MTE en Index niet aansprakelijk waren voor het commentaar van derden als intermediaire openbaarmakers. In de samenvatting van het Hof:

"The court rejected the applicants' argument that they were only intermediaries and their sole obligation was to remove certain contents, in case of a complaint. It found that the comments constituted edited content, fell in the same category as readers' letters and the respondents were liable for enabling their publication, notwithstanding the fact that later on they had removed them."

Deze beslissing werd door de Hongaarse Hoge Raad overgenomen en door het Constitutionele Hof (in een niet erg heldere beslissing) bevestigd. Het EHRM neemt in zijn beslissing de overwegingen 44-58 uit Delfi als uitgangspunt.

9. In Straatsburg was dus weer de kwestie van de intermediaire aansprakelijkheid aan de orde. Die vraag bekijkt het Hof eerst onder de gezichtshoek van de vraag of de Hongaarse beperking wel 'prescribed by law' was. Het oordeelt bevestigend. Hoewel het enige bedenkingen bij de argumentatie van het Constitutionele Hof heeft over de uitleg van de Hongaarse implementatie van de E-Commerce richtlijn, vindt het het Hongaarse uitgangspunt dat MTE en Index geen 'hosters' in de zin van de richtlijn waren terecht. Overweging 51:

"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 run-

ning 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. 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 (see *mutatis mutandis*, *Delfi AS*, cited above, §§ 125 to 129)."

10. Na de bekende uitvoerige recapitulaties over wat het recht van vrijheid van meningsuiting en het recht van reputatie allemaal inhouden, komt het Hof in de overwegingen 61 e.v. to the point:

"The Court notes that both the first applicant, as a self-regulatory body of internet service providers, and the second applicant, as a large news portal, provided forum for the exercise of expression rights, enabling the public to impart information and ideas. Thus, the Court shares the Constitutional Court's view according to which the applicants' conduct must be assessed in the light of the principles applicable to the press. The Court reiterates in this regard that although not publishers of the comments in the traditional sense, Internet news portals must, in principle, assume duties and responsibilities. Because of the particular nature of the Internet, those duties and responsibilities may differ to some degree from those of a traditional publisher, notably as regards third-party contents (see *Delfi AS*, cited above, § 113)."

Wat daarna volgt is in mijn ogen een verwarring van argumenten die enerzijds zien op intermediaire aansprakelijkheid en de rechtvaardiging daarvan en anderzijds op de inhoud van de gewraakte uitingen zelf. De slotsom daarvan is dat de intermediairs door de Hongaarse rechters ten onrechte aansprakelijk zijn gehouden. Ten aanzien van de intermediaire aansprakelijkheid vinden we nu het aanvullende argument (voor zover ik kan zien niet in *Delfi AS* gehanteerd) dat de beschadigde partij niet eerst heeft geprobeerd de schrijvers van de commentaren aan te pakken en dat deze niet eerst de notice-and-take-down procedure heeft proberen toe te passen. Het herhaalt het onderscheid tussen commerciële niet-commerciële sites en oordeelt dat de Hongaarse rechters hebben verzuimd dat toe te passen (MTE was niet-commercieel en Index wel).

11. De argumentatie dat de intermediairs ten onrechte aansprakelijk zijn gehouden, is toch voornamelijk gebaseerd op de inhoud van de geplaatste commentaren. Het Hof plaatst zijn eigen afweging in de plaats van die van de Hongaarse rechters. In dat verband introduceert het een, nieuwe, internet-norm:

"Without losing sight of the effects of defamation on the Internet, especially given the ease,

scope and speed of the dissemination of information (see *Delfi AS*, cited above, § 147), the Court also considers that regard must be had to the specificities of the style of communication on certain Internet portals. For the Court, the expressions used in the comments, albeit belonging to a low register of style, are common in communication on many Internet portals – a consideration that reduces the impact that can be attributed to those expressions."

Het gaat om journalistieke sites, maar daar moeten andere maatstaven op worden toegepast. Erg duidelijk is het niet, want vervolgens stelt het Hof de site ineens gelijk aan een journalist. Het verwacht daarbij het intermediair dat niet of nauwelijks iets te maken heeft met de uitlatingen met een journalist die in een door hem gemaakt nieuwsitem beledigingen van een geïnterviewde of derde opneemt:

"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 (see *Delfi AS*, cited above, §§ 112-13). 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' (see *Jersild*, cited above, § 35; *Thoma v. Luxembourg*, no. 38432/97, § 62, ECHR 2001-III; and, *mutatis mutandis*, *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, no. 76918/01, § 31, 14 December 2006, *Print Zeitungsverlag GmbH v. Austria*, no. 26547/07, § 39, 10 October 2013; and *Delfi AS*, cited above, § 135)."

Maar het beslissende punt is toch wel dat het geen hate speech betrof. Dat staat in de concluderende overweging:

"However, in the case of *Delfi AS*, the Court found that if accompanied by effective procedures allowing for rapid response, the notice-and-take-down-system could function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved. The Court sees no reason to hold that such a system could not have provided a viable avenue to protect the commercial reputation of the plaintiff. It is true that, in cases where third-party user comments take the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, the rights and interests of others and of the society as a whole might entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals if they failed to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties (see *Delfi AS*,

cited above, § 159). However, the present case did not involve such utterances.”

Waarom Delfi AS de verkeerde benadering is en hoe nu verder?

12. Ik heb veel bezwaren tegen de Delfi benadering. Mijn eerste bezwaar is dat het Hof de inhoud van de uiting verwacht met de criteria van de aansprakelijkheid van het intermediair. Niet alleen dat het een categorale vergissing is, het scheidt veel rechtsonzekerheid en is dus bepaald niet een bij wet voorzienbare beperking. Is het werkelijk zo duidelijk? In de Hongaarse zaak was het hate speech zegt het Hof en in de zaak uit Estland wel. Dat oordeel is arbitrair want het commentaar in de Hongaarse zaak: ‘People like this should go and shit a hedgehog and spend all their money on their mothers’ tombs until they drop dead’ had ook wel in het hiervoor geciteerde *Delfi*-rijtje kunnen staan. Mijn tweede bezwaar is dat het de monitor verplichting van het intermediair niet vermindert. Wie snel moet kunnen reageren op hate speech om die te kunnen verwijderen, moet alle commentaren constant monitoren. Mijn derde bezwaar is dat de graduele en gedifferentieerde benadering die het Hof van de Raad van Europa overneemt onvoorspelbaar is en de duidelijke klassieke modellen die ik in punt 4 tegenover elkaar plaatste onnodig en zelfs ontoelaatbaar verwatert. Het Hof zwalkt heen en weer tussen commerciële en niet-commerciële sites (wat is de legitimatie voor het verschil?), ingezonden brieven en uitlatingen van derden in reportages van journalisten (niet vergelijkbaar), en vulgaire uitlatingen die ‘eigen’ zouden zijn aan internetsites en niet aan de klassieke media, waarmee het een dubbele moraal in het recht van vrijheid van meningsuiting introduceert. Daarbij merk ik op dat het in dit verband niet alleen gaat om een vormkwestie, maar ook om de feitelijke inhoud: welke kwaliteitsmaatstaven mag en moet je stellen aan de factfinding bij internet media?

13. Inmiddels heeft de EU commissie zich het onderwerp aangetrokken. De regels in de E-Commerce richtlijn zijn uit een ander tijdperk, maar wat moet het dan wel worden? In dit jaar wordt een consultatieronde afgerond (Public consultation on the regulatory environment for platforms, on line intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy), waarvan de commissie de eerste preliminaire resultaten in januari 2016 heeft gepubliceerd (<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>).

Het bezwaar van deze consultatie is dat de EU Commissie alle platforms op één hoop gooit (zie Natali Helberger, ‘Enige reflecties op de Europese platform consultatie’, *Mediaforum* 2016-1, p. 1) en het begrip ‘platform’ niet definieert. We kunnen vaststellen dat het begrip ‘hosting’ zoals het in de richtlijn staat inmiddels is geëvolueerd. Er zijn inmiddels zoekmachines, discussieplatforms en sociale media

bijgekomen. De juridische status van deze platforms is volop in discussie (zie voor een goede samenvatting, *Making User created News Work*, TNO report, Delft: TNO 2012 R11277 en Natali Helberger, Katharina Kleinen-von Königslöw & Rob van der Noll, ‘Regulating the new information intermediaries as gatekeepers of information diversity’, in: *SAGE* 2015 (50), Vol. 17, nr. 6, p. 50-71).

14. De hostingregel in de richtlijn is naar mijn mening een nuttige correctie op het telecommunicatiemodel, temeer daar deze vergezeld gaat van het monitorverbod. Daardoor is een evenwicht bereikt tussen vrije toegankelijkheid van meningen tot het internet en de noodzaak van correctie *achteraf* op openbaargemaakte onrechtmatige informatie. Ik denk dat daarom het uitgangspunt van de E-Commerce richtlijn met de notice-and-take-down procedure niet verkeerd was, omdat daarmee de mogelijke negatieve externe effecten van openbare informatie kunnen worden afgewogen tegen het positieve belang van verspreiding van openbare informatie. In wezen is dit ook wat het HvJ EU in de *Google/Spain* (13 mei 2014, zaak C-131/12) heeft gedaan. Zoekresultaten kunnen bepaalde openbare negatieve externe effecten hebben waarvoor de zoekmachine verantwoordelijk kan worden gesteld, maar deze notice-and-take-down moet worden afgewogen tegen de positieve informatievoorziening van de zoekmachine. Zo pakt het in de rechtspraak tot dusver ook uit. Bij platforms kan je een onderscheid kunnen maken op basis van het richtlijn-criterium of het specifiek commentaar van de derde door het platform is uitgelokt. Dat zijn redactionele platforms, die je kunt onderscheiden van sociaal-organisatorische platforms, waar het informatie-uitwisselingsproces als geheel wel is uitgelokt, maar niet de specifieke uiting. Bij deze platforms passen algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsverplichtingen (crowd control, waarschuwing voor risico's, regulering van schadelijke gedragingen, ingrijpen bij gevaarzetzende situaties, enz.).

15. Ik ben tegen het introduceren van graduele en gedifferentieerde redactionele maatstaven op het internet. Zoals ik al aangaf gaat het hier niet alleen om een kwestie van de vorm van de meningen. In de waakhondleer van het Hof genieten de reguliere media allerlei voordelen bij de bewijsvoering en de feitenverzameling. Ze mogen eerder publiceren als het gaat over een maatschappelijke misstand en ze mogen hun bronnen geheim houden. Het Hof verbindt daaraan wel de consequentie dat journalisten te goeder trouw volgens hun beroepsregels moeten handelen (o.a. de zaak *Stoll*, EHRM 25 april 2006, 10 december 2007 NJ 2007/127 en NJ 2008/236, m.nt. E.J. Dommering). Het verwateren van de verantwoordelijkheidsregels in het mediamodel met telecommunicatie-achtige elementen betekent in mijn ogen de uiteindelijke ondergang van het mediamodel op het internet. In het arrest, de concurring en dissenting opinions en de kritische reactie op het arrest van Dirk Voorhoof (*Mediaforum* 2015-6, p. 204) wordt die vraag niet aan de orde gesteld. Voorhoof

trekt wel terecht in twijfel of het onderscheid in verantwoordelijkheid tussen een commerciële en niet-commerciële site houdbaar is, maar niet of het onderscheid in redactionele verantwoordelijkheid tussen de reguliere media en geredigeerde internet platforms dat ook is. Dissenters en commentator lijken allemaal in de semantische val (het frame) te lopen dat 'controle vooraf van informatie' altijd verwerpelijke censuur is, terwijl het toch ook de kern is van redactionele verantwoordelijkheid van degene die beslist of een publicatie van een mening van een derde goed is voor de inhoud en de kwaliteit van het openbare debat. Wat ik mis in de kritiek is de rechts-economische vraag of een aansprakelijkheidsregel niet ook een schadebeperkend effect kan hebben, omdat het portals dwingt de kwaliteit te bewaken. We kunnen wel vrome woorden spreken over hoe mooi het is dat er allerlei publieksplatforms zijn waar 'een robuust maatschappelijk debat' kan worden gevoerd, maar uiteindelijk draait het om geld, zeker bij de sites die met een minimum aan kosten een maximum aan reclameopbrengst genereren. Maar voor de democratie draait het om de kwaliteit van het debat op internet.

E.J. Dommering

NJ 2016/458

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

28 april 2016, nr. 20106/13
(G. Yudkivska, A. Nußberger, K. Hajiyev, A.Potocki, F. Vehabović, Y. Grozev, C. Ranzoni)
m.nt. S.F.M. Wortmann

Art. 8 EVRM

RFR 2016/92
ECLI:CE:ECHR:2016:0428JUD002010613

Familie recht. Omgang. Positieve verplichtingen. Duitse rechter ontzegt juridische vader omgang met dochter voor onbepaalde tijd. Naar Duits recht dient na het opleggen van een dergelijke maatregel regelmatig een ambtshalve rechterlijke herbeoordeling plaats te vinden om te bezien of de maatregel nog in het belang van het kind is. In het onderhavige geval bestaat deze herbeoordeling twee jaar na het opleggen van de maatregel slechts uit een aantekening op het dossier dat geen verdere actie vereist is. Vader klaagt in Straatsburg dat zowel het opleggen van de maatregel als het niet herbeoordelen ervan in strijd is met zijn rechten uit art. 8 EVRM. Het EHRM oordeelt dat zowel het opleggen van de maatregel als de rechterlijke herbeoordeling geen strijd opleveren met de procedurele waarborgen in art. 8 EVRM. Geen schending.

Casusbeschrijving

Klager is op 29 juni 2003 vader geworden van een dochter, H. Klager en de moeder van zijn kind hebben een affectieve relatie gehad, maar zijn niet gehuwd. Kort na de geboorte van het kind wordt deze relatie verbroken. H. verblijft sindsdien bij haar moeder, die als enige het ouderlijk gezag heeft. Aan het einde van 2003 ontstaat er een conflict tussen klager en de moeder over zijn recht op omgang. Na tussenkomst van de familierechter in 2004 heeft omgang plaatsgevonden tussen klager en zijn dochter tussen juni en oktober 2004. De moeder heeft zich vervolgens verzet tegen verdere omgang tussen vader en dochter. De vader heeft zich hierop weer tot de familierechter gewend en verzocht de moeder te verplichten mee te werken aan het uitvoeren van de tussen partijen geldende omgangsregeling. De rechter heeft dit verzoek toegewezen en een deskundige benoemd om partijen te begeleiden bij de uitvoering van de omgangsregeling, deze is vervolgens regelmatig uitgevoerd tot mei 2007. Op 8 mei heeft de vader de rechtbank verzocht de omgangsregeling uit te breiden, een bijzonder curator te benoemen en de moeder een dwangsom op te leggen. De moeder heeft in reactie hierop de rechter verzocht de vader de omgang te ontzeggen voor een periode van 2 jaar. Op 22 december 2008 heeft de familierechter de omgangsregeling geschorst tot 31 december 2009. De vader heeft op 22 januari 2010 een verzoek ingediend tot vaststelling van een nieuwe omgangsregeling. De familierechter heeft na het kind gehoord te hebben een omgangsregeling van eenmaal per twee weken vastgesteld. Deze regeling is nooit uitgevoerd. Op verzoek van de moeder heeft de rechtbank vervolgens op 2 september 2010 de omgangsregeling geschorst tot definitief beslist zou worden op het verzoek van de vader tot vaststelling van een omgangsregeling. Op 15 april 2011 zijn de ouders, het kind, de bijzonder curator en een psychiater gehoord door de rechtbank en hierop is een omgangsregeling van twee uur per twee weken vastgesteld. De moeder heeft hoger beroep ingesteld van deze uitspraak. Het hof heeft vervolgens een aanvullend deskundigenbericht laten opmaken. De psychiater adviseerde hierin dat een schorsing van de omgangsregeling de beste maatregel zou zijn gezien vanuit het belang van het kind omdat hoewel de omgang met haar vader niet schadelijk was voor het kind, de conflicten tussen de ouders bij de uitvoering van de omgangsregeling wel schadelijk waren voor het kind omdat zij hierdoor in een loyaliteitsconflict was geraakt ('klemcriterium'). Bij uitspraak van 19 oktober 2012 heeft het Oberlandesgericht vervolgens de vader de omgang ontzegt voor onbepaalde tijd. De klacht van de vader bij het Bundesverfassungsgericht is op 6 februari 2013 afgewezen. Naar Duits recht dient een maatregel waarbij de omgang voor lange of onbepaalde tijd geschorst wordt regelmatig opnieuw beoordeeld te worden om te onderzoeken of deze nog in het belang van het kind is. Dit is op 18 juli 2014 gebeurd; de rechter aan wie het dossier werd toegevoerd, heeft zonder nader onderzoek vastgesteld dat geen verdere actie vereist was en dat het dossier gearchiveerd kon worden. In de procedure bij het EHRM stelt klager zich