

## **EHRC 2014/14 EHRM, 10-10-2013, 64569/09**

### **Vrijheid van meningsuiting, Recht op reputatie, Aansprakelijkheid internetplatform voor onrechtmatige uitlatingen gebruikers**

**Aflevering** 2014 afl. 1

**Rubriek** Uitspraken EHRM

**College** Europees Hof voor de Rechten van de Mens

**Datum** 10 oktober 2013

**Rolnummer** 64569/09

Berro-Lefèvre (President)

Steiner

Hajiyev

**Rechter(s)** Lazarova Trajkovska

Laffranque

Turković

Dedov

Delfi AS

**Partijen** tegen

Estland

**Noot** *mr. B. van der Sloot*

**Trefwoorden** Vrijheid van meningsuiting, Recht op reputatie, Aansprakelijkheid internetplatform voor onrechtmatige uitlatingen gebruikers

EVRM - 10

**Regelgeving** EVRM - 8

e-Commerce Richtlijn - 14 en art. 15

## **» Samenvatting**

Het Estse *Nu.nl* plaatst een kritisch artikel over een bedrijf dat veerdiensten levert en L., de enige aandeelhouder. Het artikel is genuanceerd, gebalanceerd en er heeft hoor en wederhoor plaatsgevonden. De site biedt gebruikers de mogelijkheid te reageren en er volgen een kleine 200 reacties. L. schrijft de site aan om 20 van deze reacties te verwijderen en om een schadevergoeding te incasseren. De site doet het eerste, maar weigert het tweede. De vraag is: in hoeverre is de site verantwoordelijk voor de door de gebruikers geplaatste reacties, die mogelijk een onrechtmatig karakter dragen. Een langdurige nationale rechtsgang volgt waarbij op basis van diverse doctrines uitspraken en veroordelingen volgen. De uitkomst is echter dat het platform wordt veroordeeld tot het betalen van een boete. De vraag die centraal staat is een keuze tussen twee regimes. Enerzijds is er het regime voor webhosters, die informatie opslaan die door hun gebruikers worden geleverd. Zij zijn van aansprakelijkheid uitgesloten als zij niet hebben aangezet tot het plaatsen van de informatie en geen kennis hebben van het onrechtmatige karakter van de informatie. Zodra zij deze kennis wel hebben dienen zij prompt te handelen door de informatie te verwijderen. Anderzijds is er de beschermde status van een journalistiek medium onder de vrijheid van meningsuiting-doctrine. Hierbij is juist geen passiviteit, maar activiteit vereist, onder andere in verband met redactie, kwaliteitscontrole, hoor en wederhoor en de naleving van andere journalistieke principes. Zowel in de nationale procedure als bij het EHRM wordt voor het tweede regime gekozen.

Het Hof oordeelt dat ondanks het dilemma omtrent het te kiezen regime en de vaak grote onduidelijkheid omtrent de toepassing van oude regimes op de digitale wereld, het duidelijk had kunnen zijn voor het platform dat en welke plichten het in dit geval had. De vraag is hier derhalve of het platform voldoende heeft gedaan om zich van zijn zorgplicht te kwijten. In casu heeft de website in haar terms en conditions expliciet aangegeven dat er geen schadelijke content mag worden geplaatst, heeft zij een notice-and-takedownsysteem geïmplementeerd, waarbij een gebruiker kan aangeven dat bepaalde content schadelijk is en deze automatisch wordt verwijderd, heeft de site een automatisch filtersysteem geïmplementeerd waarbij berichten die bepaalde ‘verdachte’ woorden bevatten automatisch worden verwijderd en monitort ze zelf actief en handmatig de berichten zo goed en kwaad als het gaat (er worden per dag duizenden reacties geplaatst). Dit is echter niet voldoende, zo meent het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Dit leidt het Hof onder andere af uit het permanente karakter van de berichten (het ijzeren geheugen van het internet), het grote bereik van de website, het journalistieke bericht dat weliswaar gebalanceerd was, maar toch het vermoeden had moeten doen rijzen dat er boze reacties zouden kunnen volgen, het professionele karakter van de site, de technische controlemogelijkheden en het economische belang dat er met de site is gemoeid. Dat het platform wordt aangesproken en niet de gebruikers zelf heeft het platform volgens het Hof deels aan zichzelf te wijten, doordat het de gebruikers de mogelijkheid biedt om anoniem te reageren, waardoor het voor L. moeilijk was hun identiteit te achterhalen en hen direct aan te spreken.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### **Alleged violation of Article 10 of the Convention**

46. The applicant complained that holding it liable for the comments posted by the readers of its Internet news portal infringed its freedom of expression as provided in Article 10 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent states from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

47. The Government contested that argument.

### **A. Admissibility**

48. The Government pointed out that according to the applicant company it had been neither the author nor the discloser of the defamatory comments. The Government noted that if the Court shared that view, the application was incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, as the Convention did not protect the freedom of expression of a person who was neither the author nor the discloser. The applicant company could not claim to be a victim of a violation of the freedom of expression of persons whose comments had been deleted. Nevertheless, the Government were of the opinion that in fact the applicant company was the discloser of the defamatory comments.

49. The applicant company disagreed. It contended that the obligation imposed on it to maintain a preventive censorship policy over the exercise of freedom of expression of third persons also infringed its freedom of expression, that is freedom to impart information created and published by third persons.

50. The Court notes that the applicant company was sued for defamation in respect of comments posted on its Internet portal, it was deemed to be discloser (or publisher – the Estonian words *avaldama/avaldaja* mean both disclose/discloser and publish/publisher; see, for example, paragraphs 36 and 38 above) of the comments – along with their authors – and held liable for its failure to prevent the disclosure of or remove on its own initiative the unlawful comments. It was obliged by the domestic courts to pay the plaintiff compensation for non-pecuniary damage he had sustained. Thus, the applicant company was directly affected by the domestic courts' decisions. The Court considers that the applicant company's grievance relates to freedom of expression and falls within the scope of Article 10 of the Convention. Therefore, the Government's objection has to be dismissed.

51. The Court further notes that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

## **B. Merits**

### ***1. The parties' submissions***

#### ***(a) The applicant***

52. The applicant company argued that the domestic courts had interfered with its freedom of expression (right to impart information). It submitted that it had been forced to alter its business model completely and compelled to monitor every comment posted on its news portal – up to 10,000 comments a day. Although certain technical and manual procedures had already been applied prior to the Supreme Court's judgment, the scope of that activity and its legal implications had substantially changed as a result of the judgment concerned.

53. The applicant company argued that the interference with its freedom of expression had not been "prescribed by law". It argued that the civil law provisions relied on by the Supreme Court embodied a negative obligation not to publish defamatory information. In the applicant company's view there was no obligation in the domestic law for it to pre-monitor all the content posted by third persons. The domestic courts' interpretation of the pertinent legislation had not met the requirement of foreseeability. The applicant company further argued that the liability of service providers for the disclosure of third party content was

limited under the EU Directive on Electronic Commerce transposed into the Estonian legal order as the Information Society Services Act.

54. The applicant company accepted that the reputation and rights of L. had been engaged in the present case. However, it considered that the authors of the comments were liable for the possible infringement of L.'s rights. Holding the applicant company liable pursued no legitimate aim.

55. The applicant company argued that the restriction imposed on its freedom of expression was not necessary in a democratic society. It noted that the article published by it had been a balanced one, and thus the comments created and published by the commentators had not been provoked or triggered by the deeds of the applicant company. It argued that it was sufficient that the personal rights of individuals were protected by a two-limb system – firstly by the notice-and-take-down system operated by the service provider, and secondly by the possibility of bringing a claim against the authors of the comments.

56. Referring to the cases of *Google France and Google* and *L'Oréal and Others* of the Court of Justice of the European Union, the applicant company argued that it had not played an “active role” but had merely stored comments on its server, set the terms of its service, been (indirectly) remunerated for that service and provided general information to its customers (readers, commentators).

57. The applicant company further referred to the Declaration and Article 15 of the Directive on Electronic Commerce, and argued that a host was not obliged to seek or monitor the hosted material. Such an overly burdensome obligation was contrary to freedom of expression and information. The fact that the applicant company had acted diligently and implemented various technical and manual procedures to reduce the number of illegal comments from the comments area of its portal should not mean that it was liable for illegal content posted by third parties. Otherwise, hosts who took no measures whatsoever to eliminate illegal material would be encouraged, and diligent hosts punished.

58. In conclusion, the applicant company asserted that it had only played a passive role in hosting the comments; it had had no active knowledge of the illicit comments, nor had it been or should have been aware of the illicit comments before the relevant notice by L., after which the applicant company had promptly removed the comments. Thus, the applicant company had acted in accordance with the standards to be observed by a diligent economic operator, and its freedom to impart information via the commenting area of its news portal had been disproportionately interfered with.

### ***(b) The Government***

59. The Government submitted that Delfi continued to be one of the largest Internet portals in Estonia. The articles published by it were commented on extensively and people could do so without identifying themselves. Thus, the Government rejected the applicant company's argument that it had had to change its business model. Furthermore, the Government pointed out that the applicant company had also admitted monitoring comments on its own initiative on some occasions even before the proceedings giving rise to the present application.

60. The Government argued that the obligation to avoid causing harm had a clear basis in law and was confirmed by comprehensive case-law (see paragraphs 31 to 39 above). A media

publication was usually liable for what it published, and its liability could not be precluded by a disclaimer published by the applicant company, as pursuant to the Obligations Act an agreement which precluded or restricted liability for damage caused unlawfully was void. Pursuant to the domestic law authors and owners of media publications had joint and several liability.

61. The Government maintained that since the publication of comments was under the control of the applicant company and in practice Delfi also exercised partial control, it was obliged to protect the honour of other persons, and the restriction concerned had a legitimate aim with regard to the applicant company.

62. The Government contended that the restriction was necessary in a democratic society. The vulgar, insulting and degrading value judgments contained in the comments in the present case had had no reasonable factual basis. There was therefore nothing in the comments which would have required the portal administrator to do any work to check their veracity. Since Delfi had not removed the posted comments on its own initiative, and it must have been aware that they were unlawful, the Estonian courts had justly found that Delfi's omission was unlawful. The disclaimer stating that the comments were not the opinion of the applicant company and that the authors of comments were responsible for their content did not preclude the applicant company's liability.

63. The Government argued that placing the obligation to monitor the comments and notify the portal administrator of offensive comments on the possibly injured parties was neither sufficient nor justified. Such a system did not ensure sufficient protection of the rights of third parties, as proven by the circumstances of the present case. Any information communicated via the Internet spread so quickly that by the time the inappropriate comments were finally deleted the public interest in the given news and the comments posted on it had waned. Measures taken weeks or even days later for protecting a person's honour were no longer sufficient, because offensive or unlawful comments had already reached the public and done their damage. Since controlling the Internet was an impossible task for an ordinary person, the party with control over a specific portal had the duty to take action where necessary to prevent violation of personality rights.

64. The Government noted that Estonia had chosen to apply less restrictive civil – as opposed to criminal – liability in defamation cases. However, even if a court adjudicating a civil case was able to identify the IP address of a computer and the address where the computer was located, it was extremely difficult to identify the person who actually wrote the comment. Thus, as Delfi did not identify the commentators, this made it too difficult for an injured person to have recourse to the civil courts against anonymous authors of comments. Furthermore, the Government considered that the State's enacting of a regulation providing for mandatory identification of commentators on an Internet portal would constitute an excessive interference. Thus, it was more suitable and proportionate in civil proceedings to place greater liability (joint and several) for defamation on a portal owner who provided content services. The Government pointed out in this context that Delfi was a profit-oriented company which had invited visitors to its portal to comment on its articles without identifying the authors of the comments. At the same time the income it earned depended on the advertisements published on the portal, which, in turn, depended on the number of comments. The Government referred to the domestic courts' finding that Delfi had not acted with the due diligence required in commerce – it had not taken measures which would have precluded the risk of violation of other persons' rights. At the same time, the domestic courts had not

prescribed to Delfi how it should perform its duties, leaving this matter for the applicant company and considering that there were various means of doing this.

65. The Government argued that the applicant company was not a hosting service provider for the purposes of the Information Society Services Act when publishing comments posted on Delfi's articles. A hosting service provider offered merely a data storage service, while the stored data, their insertion, removal and content (including ability to remove or change the stored data) remained under the control of service users. In the Delfi commenting environment those commenting lost control of their comments as soon as they had entered them, and commenters could not change or delete their comments. Thus, Delfi was not a technical intermediary in respect of comments, but a content service provider. It deleted and modified comments if needed, and had also done so prior to the Supreme Court's judgment, playing therefore an active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, the data relating to the comments to its articles. The fact that Delfi had taken measures to minimise insulting comments, for example by screening, demonstrated that Delfi had actually been aware of its liability.

66. The Government also pointed out that the comments in question had not attacked the public limited company concerned, but a member of its supervisory board personally, and could not therefore be justified by the exercise by the press of its role of a "public watchdog". The comments had resorted to offensive and intemperate language and had gone beyond a generally acceptable degree of exaggeration or provocation; they had not stimulated any reasonable public discussion.

67. Lastly, the Government considered that the sum the applicant company had been ordered to pay L. as compensation for non-pecuniary damage (corresponding to EUR 320) had not had a "chilling effect" on the freedom of expression.

## ***2. The third-party intervener's arguments***

68. The Helsinki Foundation for Human Rights in Warsaw provided an analysis of the Polish law concerning the liability related to publication of materials on the Internet. It noted that Polish case-law was inconsistent. In some cases news portals had not been held responsible for comments posted by the readers, in other cases blog-owners or forum administrators had been held responsible for third-party comments. The Helsinki Foundation reiterated that prior restraint was a particularly restrictive measure, and it also indicated a variety of problems related to the notice-and-take-down procedure which called for more precise regulation.

## ***3. The Court's assessment***

### ***(a) Existence of an interference***

69. The Court notes that the focus of the parties' arguments differed as regards the applicant company's role in the present case. The Government were of the opinion that the applicant company was to be considered the discloser of the defamatory comments, whereas the applicant company considered that the comments had been published by third parties and the applicant company's freedom to impart information had been interfered with (see paragraphs 48 and 49 above). Regardless of the exact role to be attributed to the applicant company's activities, it is not, in substance, in dispute between the parties that the domestic courts' decisions in respect of the applicant company constituted an interference with its freedom of

expression guaranteed under Article 10 of the Convention. The Court sees no reason to hold otherwise (see also paragraph 50 above).

70. Such an interference with the applicant company's right to freedom of expression must be "prescribed by law", have one or more legitimate aims in the light of paragraph 2 of Article 10, and be "necessary in a democratic society".

**(b) Lawfulness**

71. The Court reiterates that a norm cannot be regarded as a "law" within the meaning of Article 10 § 2 unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. Whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and whose interpretation and application are questions of practice (see, for example, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 41, ECHR 2007 IV)

72. The Court further reiterates that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the text in issue, the field it is designed to cover, and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July*, loc. cit., with further references to *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 35, *Reports of Judgments and Decisions* 1996 V, and *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, §§ 43-45, ECHR 2004 VI).

73. The Court notes that in the present case the parties' opinions differed as to the question whether the interference with the applicant company's freedom of expression was "prescribed by law". The applicant company argued that the domestic law did not entail a positive obligation to pre-monitor content posted by third persons, and that its liability was limited under the EU Directive on Electronic Commerce. The Government referred to the pertinent provisions of the civil law and domestic case-law, under which media publications were liable for their publications along with the authors.

74. As regards the applicant company's argument that its liability was limited under the EU Directive on Electronic Commerce and the Information Society Services Act, the Court notes that the domestic courts found that the applicant company's activities did not fall within the scope of these acts. The Court reiterates in this context that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention (see, among others, *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, 28 October 1998, § 43, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 VIII).

75. The Court further notes that pursuant to the pertinent provisions of the Constitution, the Civil Code (General Principles) Act and the Obligations Act (see paragraphs 31 to 36 above), as interpreted and applied by the domestic courts, the applicant company was deemed liable for the publication of the defamatory comments. Although these provisions are quite general and lack detail in comparison with, for example, the Information Society Services Act (see paragraph 37 above), the Court is satisfied that they, along with the pertinent case-law, made it clear that a media publisher was liable for any defamatory statements made in its media publication. The fact that in the present case publication of articles and comments on an Internet portal was also found to amount to journalistic activity and the administrator of the portal as an entrepreneur was deemed to be a publisher can be seen, in the Court's view, as application of the existing tort law to a novel area related to new technologies (compare, for example, *Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway*, no. 24117/08, § 126, 14 March 2013, where the Court saw no reason to question the domestic court's interpretation, according to which legal provisions originally conceived in respect of hard copies of documents were also deemed to apply to electronically stored documents). This does not mean that the provisions of the civil law in question did not constitute a sufficiently clear legal basis for the applicant company's liability, or that gradual clarification of legal rules was outlawed (compare, *mutatis mutandis*, *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, §§ 20 and 30, ECHR 2004 II). Indeed, general provisions of law can at times make for a better adaptation to changing circumstances than can attempts at detailed regulation (see, for comparison, *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, nos. 3002/03 and 23676/03, §§ 20, 21 and 38, ECHR 2009, where the "Internet publication rule" relied on a rule originally dating from the year 1849, and *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, §§ 60-68, ECHR 2011 (extracts), where the lack of reference to Internet publications in the otherwise quite detailed media law gave rise to an issue of lawfulness under Article 10 of the Convention).

76. The Court accordingly finds that, as a professional publisher, the applicant company must at least have been familiar with the legislation and case-law, and could also have sought legal advice. The Court observes in this context that the Delfi news portal is one of the largest in Estonia, and also that a degree of notoriety has been attributable to comments posted in its commenting area. 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 finds that the interference in issue was "prescribed by law" within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention.

### ***(c) Legitimate aim***

77. The Court considers that the restriction of the applicant company's freedom of expression pursued a legitimate aim of protecting the reputation and rights of others. The Court has taken note of the applicant company's argument about the liability of the actual authors of the comments. However, in the Court's view the fact that the actual authors were also in principle liable does not remove the legitimate aim of holding the applicant company liable for any damage to the reputation and rights of others. The question of whether the applicant company's rights under Article 10 were excessively restricted in the present case by holding it liable for comments written by third parties is a question of whether the restriction was "necessary in a democratic society", to be dealt with below.

### ***(d) Necessary in a democratic society***



### *(i) General principles*

78. The fundamental principles concerning the question whether an interference with freedom of expression is “necessary in a democratic society” are well established in the Court’s case-law and have been summarised as follows (see, among other authorities, *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 46, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 VI; *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 87, ECHR 2005 II; *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* [GC], no. 16354/06, § 48, ECHR 2012 (extracts)); and *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no. 48876/08, § 100, 22 April 2013:

“(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which ... must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly ...

(ii) The adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ‘pressing social need’. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a ‘restriction’ is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court’s task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’.... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ....”

79. Furthermore, the Court reiterates the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest (see *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298; *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, § 37, *Reports of Judgments and Decisions* 1997 I; and *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 58, ECHR 1999 III). In addition, the Court is mindful of the fact that journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see *Prager and Oberschlick v. Austria*, 26 April 1995, § 38, Series A no. 313, and *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, § 59). The limits of permissible criticism are narrower in relation to a private citizen than in relation to politicians

or governments (see, for example, *Castells v. Spain*, 23 April 1992, § 46, Series A no. 236; *Incal v. Turkey*, 9 June 1998, § 54, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 IV; and *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 62, ECHR 2001 I).

80. The Court reiterates that the right to protection of reputation is a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life (see *Chauvy and Others*, cited above, § 70; *Pfeifer v. Austria*, no. 12556/03, § 35, 15 November 2007; and *Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain*, no. 34147/06, § 40, 21 September 2010). In order for Article 8 to come into play, however, an attack on a person's reputation must attain a certain level of seriousness and be made in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see *A. v. Norway*, no. 28070/06, § 64, 9 April 2009, and *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

81. When examining whether there is a need for an interference with freedom of expression in a democratic society in the interests of the "protection of the reputation or rights of others", the Court may be required to ascertain whether the domestic authorities have struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely on the one hand freedom of expression protected by Article 10, and on the other the right to respect for private life enshrined in Article 8 (see *Hachette Filipacchi Associés v. France*, no. 71111/01, § 43, 14 June 2007; *MGN Limited v. the United Kingdom*, no. 39401/04, § 142, 18 January 2011; and *Axel Springer AG*, cited above, § 84).

82. 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 (ICI PARIS)*, 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).

83. The Court has considered that where the right to freedom of expression is being balanced against the right to respect for private life, the relevant criteria in the balancing exercise include the following elements: contribution to a debate of general interest, how well known the person concerned is, the subject of the report, the prior conduct of the person concerned, the method of obtaining the information and its veracity, the content, form and consequences of the publication, and the severity of the sanction imposed (see *Axel Springer AG*, cited above, §§ 89-95, and *Von Hannover (no. 2)*, cited above, §§ 108-113).

#### ***(ii) Application of the principles to the present case***

84. Turning to the present case, the Court notes at the outset that there is no dispute that comments posted by readers in reaction to the news article published on the applicant company's Internet news portal were of a defamatory nature. Indeed, the applicant company promptly removed the comments once it was notified by the injured party, and described them as "infringing" and "illicit" before the Court. However, the parties' views differ as to whether the applicant company's civil liability for the defamatory comments amounted to a

disproportionate interference with its freedom of expression. In other words, the question is whether the applicant company's obligation, as established by the domestic judicial authorities, to ensure that comments posted on its Internet portal did not infringe the personality rights of third persons was in accordance with the guarantees set out in Article 10 of the Convention.

85. In order to resolve this question, the Court will proceed to analyse in turn a number of factors which it considers to be of importance in the circumstances of the present case. Firstly, the Court will examine the context of the comments, secondly, the measures applied by the applicant company in order to prevent or remove defamatory comments, thirdly, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the applicant company's liability, and fourthly the consequences of the domestic proceedings for the applicant company.

86. The Court notes that the news article published on the Delfi news portal addressed a topic of a certain degree of public interest. It discussed a shipping company's moving its ferries from one route to another and in doing so breaking the ice at potential locations of ice roads, as a result of which the opening of such roads – a cheaper and faster connection to the islands compared to the company's ferry services – was postponed for several weeks. The article itself was a balanced one, a manager of the shipping company was given the opportunity to provide explanations, and the article contained no offensive language. Indeed, the article itself gave rise to no arguments about defamation in the domestic proceedings. Nevertheless, the article dealt with the shipping company's activities that negatively affected a large number of people. 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. It also appears that the number of comments posted on the article in question was above average and indicated a great deal of interest in the matter among the readers and those who posted their comments. Thus, the Court concludes that the applicant company was expected to exercise a degree of caution in the circumstances of the present case in order to avoid being held liable for an infringement of other persons' reputations.

87. As regards the measures applied by the applicant company, the Court notes that, in addition to the disclaimer stating that the writers of the comments – and not the applicant company – were accountable for them, and that it was prohibited to post comments that were contrary to good practice or contained threats, insults, obscene expressions or vulgarities, the applicant company had two general mechanisms in operation. Firstly, it had an automatic system of deletion of comments based on stems of certain vulgar words. Secondly, it had a notice-and-take-down system in place according to which anyone could notify it of an inappropriate comment by simply clicking on a button designated for that purpose, to bring it to the attention of the portal administrators. In addition, on some occasions the administrators of the portal removed inappropriate comments on their own initiative. Thus, the Court considers that the applicant company cannot be said to have wholly neglected its duty to avoid causing harm to third parties' reputations. Nevertheless, it would appear that the automatic word-based filter used by the applicant company was relatively easy to circumvent. Although it may have prevented some of the insults or threats, it failed to do so in respect of a number of others. Thus, while there is no reason to doubt its usefulness, the Court considers

that the word-based filter as such was insufficient for preventing harm being caused to third persons.

88. The Court has further had regard to the notice-and-take-down system as used by the applicant company. Indeed, the question of whether by applying this system the applicant company had fulfilled its duty of diligence was one of the main points of disagreement between the parties in the present case. The Court firstly notes that the technical solution related to the Delfi portal's notice-and-take-down system was easily accessible and convenient for users – there was no need to take any steps other than clicking on a button provided for that purpose. There was no need to formulate reasons as to why a comment was considered inappropriate or to send a letter to the applicant company with the pertinent request. Although in the present case the interested person did not use the notice-and-take-down feature offered by the applicant company on its website, but rather relied on making his claim in writing and sending it by mail, this was his own choice, and in any event there is no dispute that the defamatory comments were removed by the applicant company without delay after receipt of the notice. Nevertheless, by that time the comments had already been accessible to the public for six weeks.

89. The Court notes that in the interested person's opinion, shared by the domestic courts, the prior automatic filtering and notice-and-take-down system used by the applicant company did not ensure sufficient protection for the rights of third persons. The domestic courts attached importance in this context to the fact that the publication of the news articles and making public the readers' comments on these articles was part of the applicant company's professional activity. It was interested in the number of readers as well as comments, on which its advertising revenue depended. The Court considers this argument pertinent in determining the proportionality of the interference with the applicant company's freedom of expression. It also finds that publishing defamatory comments on a large Internet news portal, as in the present case, implies a wide audience for the comments. The Court further notes that the applicant company – and not a person whose reputation could be at stake – was in a position to know about an article to be published, to predict the nature of the possible comments prompted by it and, above all, to take technical or manual measures to prevent defamatory statements from being made public. Indeed, the actual writers of comments could not modify or delete their comments once posted on the Delfi news portal – only the applicant company had the technical means to do this. Thus, the Court considers that the applicant company exercised a substantial degree of control over the comments published on its portal even if it did not make as much use as it could have done of the full extent of the control at its disposal.

90. The Court has also had regard to the fact that the domestic courts did not make any orders to the applicant company as to how the latter should ensure the protection of third parties' rights, leaving the choice to the applicant company. Thus, no specific measures such as a requirement of prior registration of users before they were allowed to post comments, monitoring comments by the applicant company before making them public, or speedy review of comments after posting, to name just a few, were imposed on the applicant company. The Court considers the leeway left to the applicant company in this respect to be an important factor reducing the severity of the interference with its freedom of expression.

91. The Court has taken note of the applicant company's argument that the affected person could have brought a claim against the actual authors of the comments. It attaches more weight, however, to the Government's counter-argument that for the purposes of bringing a

civil claim it was very difficult for an individual to establish the identity of the persons to be sued. Indeed, for purely technical reasons it would appear disproportionate to put the onus of identification of the authors of defamatory comments on the injured person in a case like the present one. Keeping in mind the State's positive obligations under Article 8 that may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *Von Hannover (no. 2)*, cited above, § 98, with further references), the Court is not convinced that measures allowing an injured party to bring a claim only against the authors of defamatory comments – as the applicant company appears to suggest – would have, in the present case, guaranteed effective protection of the injured person's right to private life. It notes that it was the applicant company's choice to allow comments by non-registered users, and that by doing so it must be considered to have assumed a certain responsibility for these comments.

92. The Court is mindful, in this context, of the importance of the wishes of Internet users not to disclose their identity in exercising their freedom of expression. At the same time, the spread of the Internet and the possibility – or for some purposes the danger – that information once made public will remain public and circulate forever, calls for caution. The ease of disclosure of information on the Internet and the substantial amount of information there means that it is a difficult task to detect defamatory statements and remove them. This is so for an Internet news portal operator, as in the present case, but this is an even more onerous task for a potentially injured person, who would be less likely to possess resources for continual monitoring of the Internet. The Court considers the latter element an important factor in balancing the rights and interests at stake. It also refers, in this context, to the *Krone Verlag (no. 4)* judgment, where it found that shifting the defamed person's risk to obtain redress for defamation proceedings to the media company, 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 (see *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 4)*, no. 72331/01, § 32, 9 November 2006).

93. Lastly, the Court notes that the applicant company was obliged to pay the affected person the equivalent of EUR 320 in non-pecuniary damages. The Court is of the opinion that this sum, also taking into account that the applicant company was a professional operator of one of the largest Internet news portals in Estonia, can by no means be considered disproportionate to the breach established by the domestic courts.

94. Based on the above elements, in particular the insulting and threatening nature of the comments, the fact that the comments were posted in reaction to an article published by the applicant company in its professionally-managed news portal run on a commercial basis, the insufficiency of the measures taken by the applicant company to avoid damage being caused to other parties' reputations and to ensure a realistic possibility that the authors of the comments will be held liable, and the moderate sanction imposed on the applicant company, the Court considers that in the present case the domestic courts' finding that the applicant company was liable for the defamatory comments posted by readers on its Internet news portal was a justified and proportionate restriction on the applicant company's right to freedom of expression.

There has accordingly been no violation of Article 10 of the Convention.

**For these reasons, the Court unanimously**

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

## » Noot

1. De uitspraak van het Hof in *Delfi* is om meerdere redenen de moeite van het lezen waard. Er is reeds jaren discussie omtrent de aansprakelijkheid van internetproviders voor onrechtmatige inhoud geplaatst door hun gebruikers, omtrent de journalistieke status van zowel de online platforms als gebruikers die nieuws of reacties daarop aandragen en omtrent de te nemen maatregelen om de belangen van derden te beschermen. Steeds meer nieuwssites, maar ook fysieke kranten, journaals en andere journalistieke tv- en radioprogramma's maken gebruik van kijkers/gebruikers bij het inrichten van hun dienst. Dit kan zijn door het direct en op eigen initiatief aandragen van materiaal, bijvoorbeeld een video gemaakt met een mobiele telefoon. Het kan gaan om aangestuurde bijdragen van gebruikers, op gericht verzoek van een nieuwssite. Vaak ook gaat het om tussenvormen, waarbij de journalist het verhaal schrijft en gebruikers reacties geven ter verbetering of een foto aandragen ter illustratie van de geschreven tekst. Er zijn globaal twee redenen waarom nieuwsmedia burgerparticipatie op prijs stellen. Ten eerste om de kwaliteit, kwantiteit en snelheid waarmee het nieuws wordt gebracht te verhogen. Ten tweede om betrokkenheid en binding tussen het medium en de gebruiker te bewerkstelligen (Esmeijer et al., 'Making User Created News Work', [http://www.ivir.nl/publications/helberger/Making\\_User\\_Created\\_News\\_Work.pdf](http://www.ivir.nl/publications/helberger/Making_User_Created_News_Work.pdf)).

2. In casu ging het om de minst vergaande vorm van gebruikersparticipatie, namelijk om de reacties onder de door journalisten geschreven online-artikelen. Dat wil nog wel eens uitlopen op sluikeclame, seksisme of racisme en xenofobie. Dit keer viel het mee. Op de site was een bericht geplaatst over de handelwijze van een bedrijf dat veerdiensten levert en L., enig aandeelhouder van het bedrijf. Van de bijna 200 berichten die op de plaatsing van het artikel volgden waren er ongeveer 20 die L. tegen de borst stuitten, waarvan enkele ernstig ("Proposal – let's do as in 1905, let's go to [K]uressaare with sticks and put [L.] and [Le.] in bag" en "a good man lives [long,] a shitty man [a day or two]"), een aantal schofferend, vaak nogal kinderlijk ("I pee into the [L.'s] ear and then I also shit onto his head.:" en "fucking shitheads...") en sommige volstrekt onschuldig ("aha... [I] hardly believe that that [happened] by accident... assholes fck" en "rascal!!!"). Alhoewel zelfs van deze 20 reacties dus slechts een deel problematisch is in juridische zin stelt het EHRM dat deze reacties de reputatie van L. schaden.

3. Wie is er verantwoordelijk voor deze reacties? L. besluit het platform aan te schrijven en vraagt de reacties te verwijderen en een schadevergoeding te betalen. Het eerste geschiedt, het tweede niet. Een nationale rechtsgang volgt, waaruit reeds duidelijk is wat een complex vraagstuk dit verantwoordelijkheidsprobleem is. 25 juni 2007: De rechtbank in eerste aanleg spreekt het platform vrij omdat het een internethoster is en onder de Information Society Services Act niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor de reacties van gebruikers, die zelfstandig werden geüpload zonder tussenkomst of bemoeienis van het platform. 22 oktober 2007: in beroep verklaart het hof dat de rechtbank heeft gedwaald door het platform te kwalificeren als webhoster en verwijst de zaak terug. 27 juni 2008: Een rechtbank verklaart dat het platform niet als webhoster maar als publicist van de reacties moet worden beschouwd en dat het onvoldoende heeft gedaan om schade aan derden, *in casu* L., te voorkomen. 16

december 2008: het gerechtshof stelt in beroep dat het platform geen preventieve controle hoeft uit te voeren op de reacties, maar dat het wel een effectiever systeem had moeten implementeren om de onrechtmatige opmerkingen te verwijderen en dat het niet als passieve webhoster dient te worden gezien. 10 juni 2009: het hooggerechtshof bevestigt deze uitspraak, ontzegt het platform een beroep op de hoster-status, zegt dat het technische controlemogelijkheden had en dat het als de uitgever van de reacties dient te worden gezien. Er was bovendien een economisch belang bij het onderhouden van de website en het platform heeft nagelaten de reacties op eigen initiatief te verwijderen. Een boete volgt en het platform stapt naar het EHRM.

4. Uit deze rechtsgang blijken reeds de verschillende dilemma's die bij dit vraagstuk een rol spelen. De belangrijkste is of een dergelijke website als webhoster of als journalistiek medium wordt gekwalificeerd (zie ook: B. van der Sloot, 'WikiLeaks: te actief voor een webhoster, te passief voor een journalistiek medium', *NJB*, 2011-12). De Information Society Services Act vormt een implementatie van de e-Commerce Richtlijn van de EU. Hierin staan uitzonderingen voor aansprakelijkheid voor internetintermediairs. Art. 14 stelt ten aanzien van hostdiensten, die door gebruikers aangeleverd materiaal opslaan, dat zij niet aansprakelijk zijn als zij geen kennis hebben van de onwettige activiteit of informatie of als zij dat wel hebben, prompt handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Art. 15 vervolgt dat er geen algemene verplichting op de webhosters mag rusten om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Voor uitsluiting van aansprakelijkheid is een passieve status nodig; de webhoster wordt uitgesloten van aansprakelijkheid als hij slechts berichten opslaat of publiceert die hij niet zelf heeft gemaakt, geïntieerd of waarmee hij enige andere bemoeienis heeft gehad. Aan de andere kant zou een dergelijk platform een beroep kunnen doen op de status van journalist; hiervoor is echter juist actieve bemoeienis nodig en controle over de inhoud van de geplaatste stukken, onder andere in verband met redactie, kwaliteitscontrole en het naleven van de diverse journalistieke standaarden. Dit is het eeuwige dilemma voor dergelijke websites. Als ze niets doen dan blijven ze passief en kunnen ze (wellicht) als webhoster worden gekwalificeerd, maar voldoen ze niet aan de zorgplichten als journalist. Als ze actieve bemoeienis hebben met betrekking tot de User Generated Content, dan krijgen ze controle en zeggenschap over de inhoud en kunnen ze (wellicht) als journalistiek medium gekwalificeerd worden, maar verliezen zij hun status als passieve webhoster en daarmee hun uitsluiting van aansprakelijkheid voor wat betreft de gebruikersreacties. Ten aanzien van de zelfgeplaatste berichten is het platform, ook *in casu*, duidelijk een journalistiek medium, maar hoe staat het met de door de gebruikers geplaatste berichten? Aanvankelijk lijkt de site voornamelijk een beroep te doen op de status als webhoster en wordt deze ook toegekend door de lagere rechter, maar al gauw wordt dit hem ontzegd door de rechters in hoger beroep. Dan rest nog slechts het beroep op de vrijheid van meningsuiting en de speciale bescherming die journalisten onder deze doctrine genieten. Ook het EHRM behandelt deze zaak onder art. 10 EVRM; daarmee is reeds de keuze gemaakt om het platform uitsluiting van aansprakelijkheid te ontzeggen als een passieve webhoster. Dit is opmerkelijk omdat de berichten van de gebruikers automatisch werden geüpload, zonder dat de website hen daartoe had opgeroepen of op enige andere wijze actieve bemoeienis had gehad. Nog interessanter is het preliminaire verweer van de Estse overheid, namelijk dat als het klopt dat, zoals het platform zegt, het geen actieve bemoeienis en verantwoordelijkheid had met betrekking tot de geplaatste reacties, het dan ook geen beroep kan doen op art. 10 EVRM, dat immers gaat om het actief verspreiden van informatie. Het EHRM negeert dit interessante verweer en stelt simpelweg dat het platform in de nationale procedure wel verantwoordelijk is gehouden voor de reacties

en dat dit dus als een inmenging in de vrijheid van meningsuiting moet worden gekwalificeerd.

5. De vraag komt nu aan de orde of het medium als journalist genoeg doet om controle uit te oefenen over de door de gebruikers geplaatste content. *In casu* heeft de website in haar terms en conditions expliciet aangegeven dat er geen schadelijke content mag worden geplaatst, heeft zij een notice-and-takedownsysteem geïmplementeerd, waarbij een gebruiker kan aangeven dat bepaalde content schadelijk is en deze automatisch wordt verwijderd, heeft de site een automatisch filtersysteem geïmplementeerd waarbij berichten die bepaalde ‘verdachte’ woorden bevatten automatisch worden verwijderd en monitort ze zelf actief en handmatig de berichten zo goed en kwaad als het gaat (er worden per dag duizenden comments geplaatst). Dit lijkt een zeer zorgvuldige manier van handelen en het platform doet zeker meer dan de meeste vergelijkbare Nederlandse sites wat dit betreft. Het EHRM vindt het echter niet genoeg. De site had zich bewust moeten zijn van het feit dat het geplaatste bericht boze reacties had kunnen oproepen. Dit gaat erg ver; het artikel zelf, zo erkent ook het EHRM, was namelijk gebalanceerd en er had hoor en wederhoor plaatsgevonden. Het is een artikel van maatschappelijk belang, het betrof de routekeuze van een veerdienst waardoor zogenoemde ijswegen werden vernietigd of gehinderd in de vorming, maar zeker niet één dat nu direct aanleiding gaf, in vergelijking met andere berichten, om meer dan normaal (boze) reacties te verwachten. Daarnaast stelt het Hof ook dat het automatische detectiesysteem makkelijk te omzeilen is omdat niet alle vulgare woorden of alternatieven daarvoor worden geblokkeerd. Dit is uiteraard het geval, maar de vraag is hier hoe ver zo’n automatisch detectiesysteem moet gaan; meer woorden en dus berichten blokkeren kan niet alleen gebruiksonvriendelijk zijn, het kan gebruikers beperken in hun reacties en kan een dergelijk systeem overgevoelig maken. Doordat het vaak de context is waarin bepaalde woorden een positieve of negatieve lading krijgen, worden door een uitgebreid detectiesysteem veel berichten geblokkeerd die geen onrechtmatige uitlatingen bevatten (bijvoorbeeld: ‘Zeggen dat L. een hufter is en dood moet gaan veel te ver’. Hierbij zou het bericht kunnen worden geblokkeerd omdat het de woorden ‘hufter’ en ‘dood’ bevat, terwijl het een positieve opmerking betreft en de mogelijkheid behelst van het ‘zelfreinigend vermogen’ van blogs en nieuwssites met gebruikersreacties). Een uitbreiding van dit detectiesysteem kan dus zowel leiden tot een beknotting van de vrijheid van meningsuiting van de gebruikers als tot een beperking van de mogelijkheid van het platform om informatie te verspreiden.

6. Ook ten aanzien van het aansprakelijkheidsvraagstuk kiest het EHRM een opmerkelijke lijn. De eerste en belangrijkste aansprakelijken lijken immers de gebruikers die de gewraakte passages hebben geplaatst. Toch kiest het EHRM ervoor om ook de aansprakelijkheid van het platform voor deze uitlatingen te beoordelen. Dit past in een bredere tendens waarbij de verantwoordelijkheid steeds verder wordt doorgeschoven, bijvoorbeeld bij filesharingsites zoals Pirate Bay (zie ook: B. van der Sloot, ‘De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP op de stoel van de rechter’, *Tijdschrift voor Internetrecht*, 2011-5; B. van der Sloot, ‘De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP als verlengstuk van de overheid’, *Mediaforum*, 2010-5). Aanvankelijk werden gebruikers aangesproken die onrechtmatig materiaal (bijvoorbeeld in verband met intellectueel eigendom) uploaden. Toen dat geen succes opleverde werden de filesharingsites aangesproken. Toen ook dat niet afdoende bleek om onrechtmatig verspreide informatie te blokkeren werden webhosters, die materiaal opslaan, aansprakelijk gesteld. Vervolgens, toen bleek dat ook dit niet het gewenste resultaat opleverde, werden zoekmachines gevraagd om bepaalde sites onvindbaar te maken voor het grote publiek. Toen bleek dat ook dat niet werkte werden acces providers, die voor een aansluiting op en toegang tot het internet zorgen, via de rechter gedwongen om niet langer toegang te verschaffen tot



bepaalde sites. Per stap wordt weliswaar de effectiviteit van de blokkade vergroot, maar de verantwoordelijkheid wordt steeds verder verschoven, zodat deze steeds minder te maken krijgt met de handeling en de geleverde dienst van de provider. Access providers, vergelijkbaar met gewone postdiensten, worden nu mede verantwoordelijk gemaakt voor de inhoud van het verzonden materiaal. Bovendien wordt met elke stap de beperking op vrijheid van gebruikers groter. Filesharingsites worden gebruikt voor tal van zaken, ook voor legale praktijken. Door gebruikers überhaupt geen toegang te verlenen tot dergelijke sites wordt hun ook deze mogelijkheid ontzegd (zie ook: B. van der Sloot, 'Three strikes you're out. De bescherming van auteursrecht op het internet', *AMI*, 2011-3). *In casu* is er ook sprake van een dergelijke verantwoordelijkheidsverschuiving. De legitimatie hiervoor vindt het EHRM in het feit dat de gebruikers op het platform anoniem konden reageren en dat het dus lastig was voor L. om hen aansprakelijk te stellen. Dit is opmerkelijk om twee redenen. Ten eerste dreigt hiermee een zeer waardevol onderdeel van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting, namelijk het anoniem kunnen reageren, te worden beknot. Ten tweede lijkt het Hof de mogelijkheid te negeren een zogenoemd NAW-verzoek [Naam Adres Woonplaats] te doen. Webhosters houden doorgaans namelijk bij welke IP-adressen er worden gebruikt; deze kunnen worden herleid tot bepaalde gebruikers. Zodoende hadden de gebruikers, zelfs als zij anoniem reageerden, toch aansprakelijk kunnen worden gesteld en had dit niet hoeven te worden afgeschoven op de verantwoordelijkheid van het platform.

7. Nu het Hof ervoor heeft gekozen om het nieuwsplatform zelf aansprakelijk te stellen rijst ten eerste de vraag of de provider de verantwoordelijkheid en de daarbij behorende zorgplicht had kunnen voorzien. Reeds uit de opsomming van de nationale rechtsgang bleek dat er weinig consistentie was in de uitspraken van de rechters. Als het reeds voor de rechters ingewikkeld is om te beoordelen of het platform verantwoordelijk was, en zo ja in hoeverre en onder welk regime (webhoster of vrijheid van meningsuiting) de zaak moet worden beoordeeld, kan men zich afvragen of een platform dat wel zou moeten kunnen voorzien. Daarbij komt dat het platform nu onder een algemeen onrechtmatige daad-achtige doctrine is veroordeeld, die in de jurisprudentie voornamelijk is uitgewerkt aan de hand van offline situaties. Hoe deze precies moet worden toegepast op digitale situaties is vaak onduidelijk. Ook de derde partij die advies geeft in deze zaak, de Helsinki Foundation for Human Rights, geeft aan dat er geen enkele consistentie was in de Estse jurisprudentie omtrent de vraag hoe dergelijke doctrines moeten worden toegepast op online situaties, online bloggers en webhosters. Wederom kan men zich afvragen of het platform hier redelijkerwijs had kunnen voorzien of en zo ja welke verplichtingen het had ten aanzien van de gewraakte gebruikersreacties. Het EHRM is hier echter wederom stellig en stelt dat 'as a professional publisher, the applicant company must at least have been familiar with the legislation and case-law, and could also have sought legal advice. The Court observes in this context that the Delfi news portal is one of the largest in Estonia, and also that a degree of notoriety has been attributable to comments posted in its commenting area. 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 finds that the interference in issue was "prescribed by law" within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention.'

8. Keer op keer kiest het EHRM derhalve voor een conservatieve lijn. Het platform kan geen beroep doen op de uitsluiting van aansprakelijkheid voor webhosters. De gebruikersreacties worden ondanks hun veelal onschuldige karakter als onrechtmatig gekwalificeerd. Het Hof accepteert dat het platform direct aansprakelijk kan worden gesteld in plaats van de schrijvers van de gewraakte stukken zelf. Het Hof vindt dat, ondanks de expliciete verboden in de terms

and conditions, het notice-and-takedownsysteem, het automatische detectiesysteem en de handmatige controle, het platform te weinig heeft gedaan om schadelijke content te verwijderen. Het EHRM meent dat ondanks de onduidelijkheid omtrent het te kiezen juridische kader, de onduidelijkheid omtrent de verantwoordelijkheidsverdeling en de toepassing van oude doctrines op de digitale wereld, het platform redelijkerwijs zijn plichten had kunnen voorzien. Daarbij voegt het Hof dat het platform had moeten weten dat het stuk veel negatieve reacties zou oproepen, het feit dat het platform een groot bereik heeft, dat zij technische controlemogelijkheden had en dat het platform een professionele bedrijfsactiviteit verricht. Het eerste argument, zoals reeds gezegd, is zeer dubieus, aangezien het om een zeer gebalanceerd stuk ging dat aan alle journalistieke vereisten voldeed en het onderwerp nauwelijks explosief te noemen was. Het tweede neemt het Hof mee en koppelt dit aan de vrees van wat wel het ijzeren geheugen van het internet wordt genoemd (zie ook: W. Hins, 'Het ijzeren geheugen van internet', *Ars Aequi*, 2008-07/08); de angst dat wat eenmaal op internet staat er niet meer vanaf gaat. Nog los van het feit dat dit vaak een onterechte vrees is, is het een eigenschap die het platform zelf nauwelijks kan worden aangerekend. Hierbij zijn het de gebruikers die ervoor kiezen om hun mening op een online omgeving te delen, niet het platform dat hen hiertoe aanzet. Het derde punt koppelt het Hof aan het feit dat gebruikers, éénmaal hun reactie geplaatst hebbend, deze niet meer kunnen verwijderen of aanpassen. Ook hierbij kan men zich afvragen of het niet primair de verantwoordelijkheid van de schrijvers van de reacties is om eerst na te denken voordat ze wat schrijven, in plaats van andersom. De reden dat veel websites gebruikers de mogelijkheid ontzeggen om reacties te verwijderen of te wijzigen is dat er vaak een discussie ontstaat naar aanleiding van de reacties. Deze naderhand verwijderen of wijzigen betekent ook dat de (vaak) waardevolle discussie haar coherentie en chronologie verliest. Het argument, tot slot, dat het gaat om een professionele bedrijfsactiviteit ziet op het zogenoemde *cuius commoda eius et incommoda*-argument (zie ook: B. van der Sloot, 'Annotatie bij Rb. Milaan 24 februari 2010 (De Leon & Vivi Down / Google)', *Mediaforum*, 2010-7/8, nr. 23). Kort gezegd, wie geld verdient aan een bepaalde activiteit moet ook op de blaren zitten. Ook dit argument, alhoewel niet onredelijk, ziet niet op de relatie tussen de geleverde dienst en de daaraan verbonden verantwoordelijkheid van het platform, maar eerder op de vraag wie het gemakkelijkst met de verantwoordelijkheid en bijbehorende plichten kan worden belast.

9. Tot slot vraagt het EHRM zich af of de opgelegde sanctie negatieve consequenties zal hebben. Ook dit wordt genuanceerd. Alhoewel de mogelijkheid om anoniem te reageren onder druk komt te staan, stelt het Hof dat het niet noodzakelijkerwijs volgt uit de uitspraak dat deze mogelijkheid moet komen te vervallen. Het wijst er vervolgens op dat de nationale rechters het platform vrij hebben gelaten in de keuze omtrent welke maatregelen dienen te worden getroffen om in het vervolg verdere schade aan derden te voorkomen. Alhoewel dit inderdaad als minder belastend en stringent kan worden gekwalificeerd, draagt dit wel bij aan een reeds eerder genoemd probleem, namelijk dat van rechtsonzekerheid. Door deze openheid is het voor dit platform en andere internetfora onduidelijk welke maatregelen voldoende zijn om zich van hun zorgplicht te kwijten. Het platform had *in casu* reeds een viertal maatregelen getroffen om schade te voorkomen, maar dat mocht niet baten. Welke maatregelen wel als afdoende hebben te gelden blijft vooralsnog onduidelijk.

B. van der Sloot

mr. B. van der Sloot, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam