



Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens 16 juni 2015 (Delfi AS / Estland), *European Human Rights Cases*, 2015-9, nr. 172.

Mr. B. van der Sloot

1. De uitspraak van de gewone kamer van het EHRM in de zaak *Delfi* is met een storm van kritiek ontvangen (zie ook de eerdere [noot](#) in «EHRC» 2014/14). Daarin werd de uitspraak van de Estse hoogste rechter in stand gelaten en geoordeeld dat die uitspraak wel een beperking op, maar geen schending van de vrijheid van meningsuiting onder art. 10 EVRM met zich meebracht. Dit werd door velen uit de wereld van nieuwe media en het informatierecht gezien als een onredelijke beperking op de werkwijze van moderne internetdiensten die werken met User Generated Content. De hoop was dat de Grote Kamer van het EHRM een genuanceerdere uitspraak zou doen en wellicht zelfs het oordeel van de gewone kamer zou herzien. Niets is echter minder waar. De uitspraak van de Grote Kamer is in velerlei opzicht nog ongenueanceerder en eenzijdiger dan de aanvankelijke uitspraak. Daarbij valt ook op dat slechts 2 van de 17 rechters het niet eens zijn met de veroordeling van Delfi. Hiermee wordt duidelijk hoe twee werelden, die van de mensenrechten en die van het informatierecht, steeds meer van elkaar verwijderd raken. Wat daarbij met name steekt, is dat de Grote Kamer tal van stellingen en wetmatigheden debiteert over een onderwerp dat zeer complex is en waaromtrent zeer veel discussie bestaat. Het is dan ook niet zozeer problematisch dat het EHRM uiteindelijk een keuze maakt ten aanzien van deze lastige vraagstukken, maar wel dat het daarbij geen oog lijkt te hebben voor de complexiteit van veel van de problematiek.

2. Het eerste punt waar dit uit blijkt, is bij de waardering van de feiten en de aanleiding van de zaak, namelijk de opmerkingen van de lezers onder een stuk van Delfi. Dit stuk is één van de vele stukken die Delfi heeft geplaatst; het is op zichzelf genuanceerd en objectief en Delfi heeft zich gekweten van zijn journalistieke plichten. Op de site van Delfi verschijnen vele duizenden comments van gebruikers; onder dit specifieke stuk zo'n 200. Van deze 200 is veruit de meerderheid onproblematisch; slechts 20 worden aangemerkt als potentieel onrechtmatig door L. Opmerkelijk is dat de Grote Kamer geen onderzoek verricht naar de interpretatie en kwalificatie van deze 20 comments. Het neemt voetstoots aan dat deze 20 opmerkingen inderdaad als onrechtmatig moeten worden beschouwd en merkt meermaals op dat dit volstrekt helder en duidelijk vast te stellen was. Bijvoorbeeld stelt zij dat 'the impugned comments in the present case, as assessed by the Supreme Court, mainly constituted hate speech and speech that directly advocated acts of violence. Thus, the establishment of their unlawful nature did not require any linguistic or legal analysis since the remarks were on their face manifestly unlawful. It is against this background that the Court will proceed to examine the applicant company's complaint.' (EHRM, par. 117). Het Hof gaat er dus van uit dat de 20 opmerkingen zeer eenduidig zijn te interpreteren, namelijk als 'manifestly unlawful'. Het is vooral de stelligheid van deze bewering die opvalt.

3. Het is namelijk de vraag of zelfs maar één van die 20 opmerkingen in Nederland tot een veroordeling zou hebben geleid. Zeker de helft van deze opmerkingen lijken op het oog vrij onschuldig. Opmerking 5 'aha... [I] hardly believe that that happened by accident... assholes fck', opmerking 6 'rascal!!!', opmerking 10 'If there was an iceroad, [one] could easily save 500 for a full car, fckng [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', opmerking 11 'and can't anyone defy these shits?',

opmerking 12 ‘inhabitants of Saaremaa and Hiiumaa islands, do 1:0 to this dope.’, opmerking 16 ‘bastards!!!! Ofelia also has an ice class, so this is no excuse why Ola was required!!!!’, opmerking 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. Actually sorry for [L.] – a human, after all... :D :D :D’, opmerking 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? :)’, opmerking 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’ en opmerking 20 ‘you can’t make bread from shit; and paper and internet can stand everything; and just for my own fun (really the state and [L.] do not care about the people’s opinion) ... just for fun, with no greed for money – I pee into [L.’s] ear and then I also shit onto his head. :)’. Dit zijn slechts 10 van de 20 opmerkingen die volgens het Hof ondubbelzinnig ‘manifestly unlawful’ zouden zijn, terwijl het grootste verwijt is dat L. een varken is en de grootste bedreiging dat iemand in zijn oor wil pissen. Het gaat er hier niet om dat deze opmerkingen duidelijk onproblematisch zijn, maar om het feit dat het Hof zonder onderzoek en zonder verdere uitleg stelt dat deze opmerkingen ‘manifestly unlawful’ zouden zijn. Dit is ook belangrijk omdat als deze opmerkingen inderdaad als manifestly unlawful worden gekwalificeerd, het de vraag is waarom Delfi ze niet eigenstandig heeft opgemerkt en heeft verwijderd, terwijl als er van uit wordt gegaan dat de interpretatie van deze opmerkingen complex is, een dergelijk verwijt minder snel is gemaakt.

4. Een ander complex vraagstuk, waarvoor het Hof wederom geen oog lijkt te hebben, is de positie van het platform. Deze is lastig te duiden vanuit klassieke doctrines en posities. Enerzijds is het een journalistiek platform, dat aan eigen onderzoeksjournalistiek doet en de maatstaven hanteert die daarvoor gelden. Anderzijds biedt het een platform voor derden om hun mening te geven over de actualiteit, zonder invloed of tussenkomst van Delfi. De eerste bezigheid valt traditioneel onder de vrijheid van meningsuitingsdoctrine, terwijl Delfi voor wat betreft de tweede activiteit traditioneel als hosting provider moet worden gekwalificeerd. De twee posities zijn radicaal verschillend en lopen hier toch door elkaar. Daarbij komt dat het de vraag is hoe traditionele standaarden over aansprakelijkheid, over journalistieke plichten en vrijheden, de uitingsvrijheid van derden en het recht op eer en goede naam in deze context moeten worden gezien. Het is duidelijk dat de journalistiek op het internet structureel anders opereert en andere principes hanteert dan de traditionele journalistiek. Ook is duidelijk dat het internet een grote vrijplaats is van meningen; het wordt wel eens spottend ‘een open riool’ genoemd. Het is dan ook de vraag of de gebruikelijke standaarden van eer en goede naam hier eenduidig moeten worden gehanteerd. Iemand een varken noemen in comment 173 onder een internetbericht op een newssite heeft immers een andere impact dan dezelfde belediging in een paginagroot opiniestuk in een kwaliteitskrant.

5. Een rechter (Zupancic) vergelijkt de comments op internet in zijn concurring opinion met de traditionele ‘letters to the editor’ in de krant, terwijl andere rechters in hun dissenting opinion juist wijzen op het verschil in karakter tussen beledigingen en dreigementen in de analoge en de digitale wereld (Sajó and Tsotsoria, punt 14). Alhoewel de Grote Kamer van het Hof in haar eerste overwegingen opmerkt dat er andere regels moeten gelden voor internetdiensten dan voor andere media, waarbij rekening wordt gehouden met de verschillende karakters en de aard van hun diensten, hun functioneren en hun invloed, lijkt het Hof in het vervolg van zijn uitspraak eigenlijk precies dezelfde standaarden toe te passen op Delfi als op traditionele media. Zo hanteert het dezelfde standaarden aangaande de rechten en plichten van journalisten voor Delfi als voor traditionele media, hanteert het dezelfde criteria voor smaad en laster op het internet als in de fysieke wereld en vereist het van Delfi nagenoeg dezelfde controle als traditionele media hebben over de berichten die via hun medium worden gepubliceerd. Zo geeft het EHRM aan dat

het internet weliswaar een groot goed is en mensen in staat stelt informatie te vergaren en meningen te verspreiden. Tegelijkertijd stelt het: 'At the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press' (EHRM, par. 133). Waarom dat zo is, wordt echter niet uitgelegd. In ieder geval blijft de vaak geopperde visie, die ook door de rechters uit de dissenting opinion naar voren werd gebracht, dat een belediging op internet vaak als veel minder ingrijpend wordt ervaren dan eenzelfde belediging via een traditioneel medium, onbesproken. Wederom gaat het er niet om dat de ene of de andere interpretatie beter is of de juiste, maar wel dat het problematisch is dat het Hof wederom voor een vrij eenzijdige benadering kiest, zonder deze verder toe te lichten of te verklaren.

6. Deze eenzijdigheid speelt ook ten aanzien van de toepassing van het juiste juridische regime. Er zijn globaal twee regimes die van toepassing zouden kunnen worden verklaard op de casus Delfi. Ten eerste de e-Commerce Richtlijn van de Europese Unie. Hierin staan uitzonderingen voor de aansprakelijkheid van internetintermediairs. Art. 14 stelt ten aanzien van hostingdiensten, 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 die 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, geïnitieerd 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; dit geeft ook extra privileges, namelijk een ruimer gebruik en een hogere lat voor de inperking van de vrijheid van meningsuiting. 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 Delfi duidelijk een journalistiek medium, maar hoe staat het met de door de gebruikers geplaatste berichten? Het lijkt erop dat het ten aanzien van deze activiteit als webhoster moet worden gekwalificeerd, omdat het geen actieve bemoeienis heeft met de plaatsing en inhoud van deze berichten, maar eenduidig lijkt dit allerminst.

7. Niet geheel onbegrijpelijk klaagt Delfi dan ook over rechtsonzekerheid en over het feit dat haar veroordeling niet 'prescribed by law' was, in die zin dat de veroordeling niet 'reasonable foreseeable' was. Ook hier weer benadert het EHRM dit complexe vraagstuk zeer eenzijdig en resoluut. 'The Court accordingly finds that, as a professional publisher, the applicant company should have been familiar with the legislation and case-law, and could also have sought legal advice. [...] Thus, the Court considers that the applicant company was in a position to assess the risks related to its activities and that it must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail. It therefore concludes that the interference in issue was "prescribed by law" within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention.' (EHRM, par. 129). Ook hierbij lijkt het Hof geen oog te hebben voor de complexiteit van deze materie en zelfs voor het verloop van de zaak Delfi zelf, waaruit juist duidelijk blijkt dat ook de nationale rechters geen eenduidig antwoord geven op de vraag omtrent

het toepasselijke juridische regime. Zo werd de zaak op nationaal niveau aanvankelijk onder de implementatie van de e-Commerce Richtlijn behandeld en is pas in de verdere en hogere rechtspraak gekozen om de zaak toch onder de doctrine van de vrijheid van meningsuiting te behandelen. Het feit dat de zaak onder art. 10 EVRM wordt behandeld was dus zeker niet met zekerheid te voorspellen. Daarbij moet worden bedacht dat als de zaak Delfi voor het Hof van Justitie zou zijn gekomen, zij waarschijnlijk onder de e-Commerce Richtlijn zou zijn behandeld en de zaak zeer wel een andere uitkomst zou kunnen hebben gekend. Dit brengt een vorm van rechtsongelijkheid en -onzekerheid met zich. Hiervoor lijkt het EHRM echter geen oog te hebben.

8. Daarbij komt dat er zelfs onder het EVRM kan worden getwist over de juiste benadering van de zaak Delfi. Als het hier gaat om de bescherming van de eer en goede naam van L., dan zou de zaak in wezen moeten gaan om de vraag of de beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting van Delfi legitiem is onder art. 10 EVRM lid 2 'de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen'. Dat de bescherming van de eer en goede naam van personen in lid 2 van art. 10 EVRM staat, is een belangrijke keuze geweest van de opstellers van het verdrag. Als inspiratiebron gold toen de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, waarvan art. 12 bijvoorbeeld luidt: 'Niemand zal onderworpen worden aan willekeurige inmenging in zijn privéleven, in zijn gezin, zijn huis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer of goede naam.' Bijna alle elementen van deze bepaling zijn overgenomen in art. 8 EVRM lid 1, luidend 'Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie', behalve de bescherming van de eer en goede naam. Dit is een doelbewuste keuze van de verdragsopstellers geweest, waarmee zij wilde voorkomen dat de bescherming van de eer en goede naam een subjectief recht zou worden waarop individuen zich zouden kunnen beroepen. Door de verplaatsing van deze term naar lid 2 van art. 10 is het slechts één van de beperkingsgronden waarop overheden zich kunnen beroepen als zij het subjectieve recht op vrijheid van meningsuiting willen beperken. Lange tijd heeft het EHRM zich aan deze fundamentele keuze gehouden, echter vanaf 2007 heeft het met aarzeling ook klachten over eer en goede naam onder art. 8 EVRM geaccepteerd. Dit heeft er mee te maken dat, zoals de Grote Kamer en een concurring opinion van Zupancic in Delfi ook benadrukken, art. 8 EVRM niet langer als privacybepaling wordt gezien, maar als een 'personality right' (zie ook: B. van der Sloot, '[Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Utterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of "Big Data"](#)', *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015-80.). Hierdoor is er een situatie ontstaan waarin er een keuze moet worden gemaakt tussen twee benaderingen. Als de zaak simpelweg onder art. 10 EVRM wordt behandeld, dan zal de overheid duidelijk moeten maken waarom deze beperking legitiem en noodzakelijk is in een democratische samenleving en onder meer moeten aantonen dat er sprake was van een 'pressing social need'. Als de zaak daarentegen wordt behandeld als een botsing tussen twee grondrechten, namelijk de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) van Delfi en het recht op eer en goede naam (als beschermd onder art. 8 EVRM) van L., zal het EHRM moeten proberen een balans te vinden tussen twee op zichzelf even belangrijke grondrechten. Twee totaal verschillende benaderingen dus, met waarschijnlijk andere uitkomsten. Ook hierbij gaat het er niet om dat het EHRM een keuze maakt, die moet het evident maken, maar dat het eenzijdig kiest voor de laatste benadering, zonder deze keuze uit te leggen of te verklaren, terwijl dit wel bepalend is voor het verloop en mogelijkerwijs de uitkomst van de zaak.

9. Daarbij moet ook nog het volgende worden bedacht. Een aantal van de opmerkingen dat wellicht wel als problematisch zou kunnen worden gekwalificeerd, anders dan de 10 eerder genoemde, zijn opmerkingen die eerder richting haat zaaien en het oproepen tot geweld neigen dan naar het schaden van iemands waardigheid of eer en goede naam. Opmerking 1 (deels) 'Proposal – let's do as in 1905, let's go to [K]juressaare with sticks and put [L.] and [Le.] in a bag', opmerking 2 (deels) 'burn in your own ship, sick Jew!', opmerking 3 'good that [La.'s] initiative

has not broken down the lines of the web flammers. go ahead, guys, [L.] into the oven!’, opmerking 4 ‘[little L.] go and drown yourself’, opmerking 7 (deels) ‘What are you whining for, knock this bastard down once and for all’, opmerking 8 (deels) ‘... is goddamn right. Lynching, to warn the other [islanders] and would -be men’, opmerking 9 ‘a good man lives a long time, a shitty man a day or two’, opmerking 13 ‘wonder whether [L.] won’t be knocked down in Saaremaa? screwing one’s own folk like that’, opmerking 14 (deels) ‘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 them who govern the state), because they only live for today. Tomorrow, the flood’ en opmerking 15 (deels) ‘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’. Als deze opmerkingen al als onrechtmatig moeten worden bestempeld, dan is dat vooral omdat het hier gaat om het verstoren van de openbare orde, het oproepen tot geweld en het haat zaaien. Er lijkt door de hele uitspraak dan ook verwarring over de aard en de kwalificatie van deze opmerkingen, zo stellen ook rechters Sajó en Tsotsoria in hun dissenting opinion. “The Supreme Court of Estonia has its own interpretation: it refers to “insult in order to degrade” and “degrade human dignity and ridicule a person,” and finds Delfi liable for disrespecting the honour and good name of the person concerned. According to paragraph 117 of the present judgment, “the impugned comments ... mainly constituted hate speech and speech that directly advocated acts of violence” (see also paragraph 140). However, according to paragraph 130 (“the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others”), the offence at issue concerned the reputation and unspecified rights of others.” (Dissenting opinion, par. 12). Uiteindelijk kiest het Hof er voor om de opmerkingen als een schending van de eer en goede naam van L. te zien, terwijl de voorgenoemde opmerkingen eerder lijken te kwalificeren als een aanzet tot haat of geweld. Zou de laatste kwalificatie van de opmerkingen worden gekozen, dan zou de zaak niet zijn behandeld als een botsing van twee grondrechten, maar onder art. 10 EVRM met als centrale vraag of de beperking op de vrijheid van meningsuiting van Delfi noodzakelijk is in een democratische samenleving met het oog op de handhaving van de ‘openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten’. Ook deze kwestie laat het Hof echter onbesproken.

10. Een volgende complexiteit betreft de interpretatie van de uitspraak van het hoger gerechtshof van Estland, waarvan moet worden beoordeeld of deze in strijd is met het EVRM. Daarin werd onder meer gesteld: ‘On account of the obligation arising from law to avoid causing harm, the defendant should have prevented the publication of comments with clearly unlawful contents. The defendant did not do so.’ (EHRM, par. 31). Hieruit lijkt te volgen dat Delfi nog voordat ze worden gepubliceerd, de comments van gebruikers moet monitoren en filteren als zij niet aan de standaarden voldoen. Delfi had de publicatie immers moeten voorkomen, volgens de Estse Hoge Raad. Een dergelijke vorm van preventieve censuur is evident niet in overeenstemming met de vrijheid van meningsuiting. Dit lijkt een redelijk heldere zaak; de uitspraak moet dus in strijd worden geacht met art. 10 EVRM. Om dit te voorkomen zoekt de Concurring Opinion van Raimondi, Karakas, De Gaetano and Kjolbro met moeite naar twee verschillende interpretaties: ‘(1) Delfi was liable as it did not “prevent” the unlawful comments from being published, and its liability was aggravated by the fact that it did not subsequently “remove” the comments; or (2) Delfi did not “prevent” the unlawful comments from being published, and as it did not subsequently “remove” the comments without delay, it was liable for them.’ Een tekstuele interpretatie lijkt het eerste te suggereren, maar wellicht is de tweede interpretatie met enige uitleg ook te verdedigen. Deze uitleg of verklaring laat de Grote Kamer echter voor wat het is. Zij komt simpelweg met haar geheel eigen visie op wat het hoger gerechtshof van Estland zal hebben bedoeld, wederom zonder dit verder toe te lichten of te duiden. “The Court considers that when assessing the grounds upon which the Supreme Court relied in its judgment entailing an interference with the applicant’s Convention rights, there is nothing to suggest that the

national court intended to restrict the applicant's rights to a greater extent than that required to achieve the aim pursued. On this basis, and having regard to the freedom to impart information as enshrined in Article 10, the Court will thus proceed on the assumption that the Supreme Court's judgment must be understood to mean that the subsequent removal of the comments by the applicant company, without delay after publication, would have sufficed for it to escape liability under domestic law.' (EHRM, para. 153).

11. Dan de afweging van belangen, die de Grote Kamer centraal stelt in haar uitspraak. Het Hof kiest er hierbij voor om een proportionaliteitstoets te doen aan de hand van vier criteria: (1) de context van de uitlatingen, (2) de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke schrijvers van de tekst, (3) de maatregelen genomen door Delfi om onrechtmatige uitlatingen tegen te gaan en (4) de impact van de beslissing van het hoger gerechtshof. Over (1) is hierboven reeds het nodige gesteld. Bij (2) moet worden opgemerkt dat het blijft wringen dat de daadwerkelijke auteurs niet worden aangesproken, terwijl het in ieder geval bij een flink deel van de auteurs wel mogelijk was geweest om hun identiteit te achterhalen. Anoniem of onder pseudoniem reageren is een groot goed en onderdeel van het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting, zo erkent ook het EHRM, terwijl deze mogelijkheid door deze uitspraak van de Grote Kamer sterk wordt ondermijnd. Bij (3) moet worden opgemerkt dat Delfi reeds meer dan doorsnee nieuwssites deed om mogelijke onrechtmatige uitlatingen tegen te gaan. Ten eerste had ze in haar terms en conditions vermeld dat er geen smadelijke of andere onrechtmatige opmerkingen mochten worden geplaatst. Ten tweede had het een filtersysteem, waarbij berichten bevattende bepaalde woorden en/of zinsconstructies automatisch werden geblokkeerd. Ten derde had het een aantal moderatoren in dienst, die handmatig problematische opmerkingen konden verwijderen. Ten vierde en tot slot had het een notice-and-takedownregime geïmplementeerd, waarbij een derde onrechtmatige content kon signaleren en Delfi prompt daarop actie ondernam door bijvoorbeeld het gewraakte materiaal te verwijderen. Dit laatste heeft in de zaak Delfi ook effectief gewerkt. Het Hof vindt dit echter onvoldoende; het merkt simpelweg op dat de maatregelen er niet toe hebben geleid dat Delfi uit eigen beweging het materiaal heeft verwijderd. Waar onder de e-Commerce Richtlijn dus een effectief notice-and-takedown systeem afdoende is om aansprakelijkheid te ontlopen, is dat niet het geval onder art. 10 EVRM. Opmerkelijk is ook dat het EHRM daarbij meeneemt dat Delfi een commercieel en professioneel bedrijf is, terwijl dit criteria zijn die niet worden meegenomen in de interpretatie van de aansprakelijkheid van providers onder de e-Commerce Richtlijn. Daar is slechts van belang of de provider actief heeft opgeroepen tot of bijgedragen aan de publicatie van onrechtmatige content. Opmerkelijk is dat het Hof weinig oog lijkt te hebben voor de acties die Delfi reeds ondernam en al helemaal niet ingaat op de vraag hoe Delfi dan wel te werk had moeten gaan. Een nog strengere woordfilter had het woord 'varken' bijvoorbeeld kunnen blokkeren; maar is het wenselijk om inderdaad alle berichten met het woord varken te blokkeren, ook berichten over de bioindustrie of over kinderboerderijen? Dit zou neerkomen op een zeer zware vorm van private censuur, waarbij veel berichten zouden worden geblokkeerd die niet onrechtmatig zijn. Bij (4) merkt de Grote Kamer voornamelijk op dat het bedrag dat Delfi was gehouden te betalen klein was en dat de consequenties derhalve meevallen. Het heeft echter weinig oog voor de vraag welke maatregelen Delfi en andere internetproviders hebben moeten implementeren om zich in de toekomst te verzekeren van uitsluiting van aansprakelijkheid, terwijl daar juist de daadwerkelijke druk zit.

12. Het Hof oordeelt op basis van het voorgaande dat de boete die Delfi heeft opgelegd gekregen niet disproportioneel is. Daarbij is het opmerkelijk dat het Hof niet ingaat op de waarde van het artikel van Delfi en van de internetdiscussies in het algemeen en in dit geval specifiek in verband met het publieke debat en de vrijheid van meningsuiting. Ook gaat het niet in op het gevaar van een chilling effect door de uitspraak voor de vrijheid van meningsuiting van Delfi en van de anonieme gebruikers. Delfi heeft bijvoorbeeld na de uitspraak gezorgd dat identificeerbare reacties op haar site worden geprivilegieerde boven anonieme reacties, terwijl het anoniem reageren niet alleen gewenst wordt door mensen die scheldkanonnades willen afvuren,

maar ook door mensen die controversiële stellingen of ideeën wensen te verdedigen en niet ten prooi willen vallen aan de toorn van het internetpubliek of door mensen die als klokkenluider willen fungeren. Weer lijkt het Hof derhalve zeer eenzijdig te oordelen over de proportionaliteit van de veroordeling van Delfi en neemt het tal van omstandigheden simpelweg niet mee in zijn oordeel.

13. Daaraan gekoppeld is het laatste punt. Delfi en alle andere internetintermediairs blijven na de uitspraak van het EHRM in het ongewisse over welke maatregelen zij dienen te nemen om in de toekomst aansprakelijkheid te voorkomen. Preventief alles monitoren en filteren gaat het Hof getuige de uitspraak te ver, maar werken met een effectief notice-and-takedownsysteem is weer niet genoeg. Het punt is dat het Hof in de zaak Delfi zijn ogen structureel sluit voor de complexiteit van de problematiek en daarmee ook geen duiding en helderheid kan geven. Dit is een gemiste kans, zo menen ook Raimondi, Karakas, De Gaetano en Kjolbro in hun Concurring Opinion. 'In our view, the Court should have seized the opportunity to state more clearly the principles relevant to the assessment of a case such as the present one.' Zo geeft het Hof geen duidelijkheid over welke maatregelen Delfi en andere internetproviders moeten nemen om aansprakelijkheid te voorkomen omdat dit te belastend zou zijn. Dit is opmerkelijk omdat de grootste last van veel internetintermediairs niet is het in- en uitvoeren van specifieke maatregelen, maar de rechtsonzekerheid en -ongelijkheid waarin zij zich vaak begeven. Hierdoor zien internetintermediairs zich ook in de toekomst nog geconfronteerd met onduidelijkheid over het op hen toe te passen juridische regime en de juiste interpretatie ten aanzien van hun rechten en plichten, waarbij geldt dat tussen veel landen een verschil is in aanpak, terwijl internetproviders bij gratie van hun diensten nu juist grensoverschrijdend opereren. Door deze uitspraak van het EHRM moeten internetproviders in de toekomst in feite op de stoel van de rechter gaan zitten (B. van der Sloot, '[De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP op de stoel van de rechter](#)', *Tijdschrift voor Internetrecht*, 2011-5), een bredere trend die ook volgt uit onder meer *Google Spain SL en Google Inc. t. Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) en Mario Costeja Gonzalez*, HvJ EU 13 mei 2014, zaak C-131/12, 2014/64JBP. Per keer zullen internetintermediairs moeten beoordelen of een comment van een gebruiker als problematisch moet worden beschouwd, nog voordat iemand te kennen heeft gegeven daar aanstoot aan te nemen. Daarbij zal de internetintermediair moeten voorkomen dat jegens derden onrechtmatige uitlatingen worden gedaan, moet desalniettemin de vrijheid van meningsuiting van gebruikers niet nodeloos worden beperkt en moet ze ook rekening houden met haar eigen belangen, haar journalistieke taak en haar faciliterende rol voor de vrijheid van meningsuiting van derden. Het is de vraag of een dergelijke complexe afweging van belangen niet gewoon bij de rechter thuishoort.