

Moderatie vóór publicatie van recensies: goed bedoeld, maar niet zonder risico's voor het internetplatform

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-

Leeuwarden 14 juni 2022, ECLI:NL:

GHARL:2022:4856

*mr. drs. W. Kroeze*¹

In het tussen ZorgkaartNederland en eiseres (een arts) gewezen arrest staat de vraag centraal of ZorgkaartNederland, de exploitant van een website waar door patiënten ervaringen met zorgverleners (recensies) worden gedeeld, onrechtmatig heeft gehandeld door een negatieve recensie over een arts te plaatsen en deze niet op het eerste verzoek van de arts te verwijderen.

De rechtbank oordeelde dat ZorgkaartNederland reeds met het plaatsen van de ervaring onrechtmatig heeft gehandeld jegens de arts, en wees de gevorderde verklaring voor recht en verwijzing naar de schadestaatprocedure toe. Het hof kwam tot een ander oordeel: niet het *plaatsen* van de ervaring, maar het *niet-verwijderen* daarvan nadat de arts hierom had gevraagd werd als onrechtmatig aangemerkt. Hoewel ZorgkaartNederland aansprakelijk is voor de schade van de arts, die het gevolg is van deze onrechtmatige handeling, heeft de arts volgens het hof onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij schade heeft geleden, waarop het hof de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure alsnog afwijst. Dat kan gerust een Pyrrusoverwinning genoemd worden. Ook de vordering om ZorgkaartNederland te gebieden de gegevens te verstrekken van de persoon die de ervaring heeft ingezonden, is door het hof afgewezen. De in dat kader te maken belangenafweging valt volgens het hof uit in het voordeel van ZorgkaartNederland en de patiënt die de recensie heeft gedeeld.

Het juridisch kader dat het hof toepast om de rechtmatigheid van het doen en nalaten van ZorgkaartNederland te beoordelen is de welbekende afweging van de in het EVRM verankerde rechten op vrijheid van meningsuiting (van ZorgkaartNederland, artikel 10 EVRM) en bescherming van de goede naam (van

de arts, artikel 8 EVRM). Wat dit arrest met name interessant maakt, is de wijze waarop het hof het beroep van ZorgkaartNederland op het 'lichtere' aansprakelijkheidsregime dat geldt voor internetplatforms afwijst, alsook de nuance die het hof aanbrengt in het verschil tussen de (on)rechtmatigheid van het *plaatsen* van de ervaring en het *niet-verwijderen* daarvan nadat daar om is verzocht door de arts.

1. De kwalificatie van ZorgkaartNederland als 'internetplatform'

ZorgkaartNederland heeft – in het kader van haar verweer dat gebaseerd is op de vrijheid van meningsuiting – een beroep gedaan op een aantal (standaard)arresten van het EHRM: *Delfi/Estland*,² *MTE en Index/Hongarije*,³ *Pihl/Zweden*,⁴ en *Hoiness/Noorwegen*.⁵ De rode draad die door deze uitspraken heenloopt dat internetplatforms niet zonder meer aansprakelijk zijn voor onrechtmatige content die door derden is geschreven en op het desbetreffende internetplatform is geplaatst.

1. Wouter Kroeze is advocaat te Den Haag (Bird & Bird).

2. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (*Delfi/Estland*).

3. EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713 (*MTE en Index/Hongarije*).

4. EHRM 9 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0207DEC007474214 (*Pihl/Zweden*).

5. EHRM 19 maart 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0319JUD004362414 (*Hoiness/Noorwegen*).

Het hof maakt korte metten met het beroep van ZorgkaartNederland op deze EHRM-arresten. Vanwege het feit dat ZorgkaartNederland de recensies vóór plaatsing toetst aan haar eigen gedragscode, haar "beleid oneigenlijke waarderingen" en haar interne redactiecode is er volgens het hof sprake van "betrokkenheid bij de plaatsing en [...] inhoudelijke bemoeienis" bij de recensies. Om die reden oordeelt het hof dat ZorgkaartNederland niet kwalificeert als "een internetplatform zoals bedoeld in de voornoemde EHRM-arresten", en wordt het beroep op de uit deze uitspraken van het EHRM voortvloeiende rechtsregels (in het arrest eerder omschreven als "lichter aansprakelijkheidsregime") verworpen. Uit het arrest blijkt overigens niet dat ZorgkaartNederland de inhoud van de recensie op enige manier heeft beïnvloed of bewerkt. Dat zou mogelijk een omstandigheid zijn geweest die het onderscheid tussen ZorgkaartNederland en internetplatforms zoals Delfi (een nieuwsplatform waar lezers hun reacties onder artikelen op de website van Delfi konden plaatsen) wellicht begrijpelijker had gemaakt. In dat geval zou immers betoogd kunnen worden dat ZorgkaartNederland (mede)auteur van de recensie is, en daar op eenzelfde wijze aansprakelijk voor is als de (hoofd)auteur.

Dit oordeel werpt de vraag op wat het hof precies bedoelt met "een internetplatform zoals bedoeld in de voornoemde EHRM-arresten". Uit die EHRM-arresten lijkt geen bijzondere categorie internetplatforms voort te vloeien die aanspraak maken op een ander (lichter) aansprakelijkheidsregime, zoals voor sommige *internet service providers* op grond van artikel 6:196c lid 4 BW (waarmee artikel 14 van de e-commerce-richtlijn,⁶ ook wel bekend als "safe harbour"-bepaling, in Nederland is geïmplementeerd) bijvoorbeeld wel het geval is.⁷ De internetplatforms waarop de uitingen die in deze EHRM-arresten centraal staan geplaatst zijn, lopen uiteen van grote nieuwsplatforms tot kleine blogs. De gemene deler lijkt te zijn dat gebruikers van ieder van deze platformen een reactie of bericht op het platform kunnen publiceren, en dat er in meer of minder mate sprake was moderatie of andersoortig redactioneel toezicht door het platform. Het hof benoemt dat in het ZorgkaartNederland-arrest echter niet, zodat onduidelijk blijft wat het hof precies voor ogen had.

Evenmin wordt duidelijk wat het "lichtere aansprakelijkheidsregime", waar in het ZorgkaartNederland-arrest over wordt gesproken, inhoudt. In de EHRM-arresten is een aantal gezichtspunten geformuleerd die van belang zijn voor de belangenafweging die (in het kader van artikel 8 en 10 EVRM) gemaakt zal moeten worden. Deze gezichtspunten – ook wel aangeduid als de *Delfi*-criteria, naar gelijknamig arrest van het EHRM uit 2015: (i) de context van de uiting,

(ii) de door het platform toegepaste maatregelen om onrechtmatige uitingen te voorkomen of te verwijderen, (iii) de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke auteur van de uiting, (iv) en de gevolgen van de procedure – of eigenlijk, de uitkomst daarvan – voor het platform.⁸

Het laten meewegen van die gezichtspunten leidt in de praktijk veelal tot het resultaat dat het internetplatform niet op eenzelfde wijze aansprakelijk wordt gehouden als de auteur van de desbetreffende uiting. Veelal wordt een internetplatform slechts aansprakelijk gehouden voor een uiting van een derde, indien de uiting evident onrechtmatig is en het platform onvoldoende actie onderneemt nadat het van het bestaan van die uiting op de hoogte is geraakt (bijvoorbeeld door *notice* van een andere gebruiker dan de auteur). Het hof lijkt het reguliere (niet zijnde het "lichte aansprakelijkheidsregime") aansprakelijkheidsregime zo in te vullen, dat een "niet-Delfi"-platform (een platform dat kennelijk te nauw betrokken is bij het tot stand komen van de inhoud van de recensie, en daarom op eenzelfde wijze aansprakelijk is voor de inhoud daarvan als de auteur zelf is) in dezelfde mate aansprakelijk is voor uitingen op haar platform als de auteur daarvan is.

Hoewel de EHRM-arresten geen steun bieden voor het creëren van een onderscheid tussen "wel-Delfi"-platforms en "niet-Delfi"-platforms, brengt het hof dat onderscheid toch aan in het ZorgkaartNederland-arrest. De mate van betrokkenheid van het platform bij het publiceren van de recensie is volgens het hof redengevend voor dat onderscheid. De betrokkenheid van ZorgkaartNederland lijkt echter niet verder te gaan dan het hanteren van bepaalde gedragsregels en het vooraf modereren van de recensies van gebruikers. Bij het tot stand komen van de recensies was ZorgkaartNederland niet betrokken, en zij wijzigde de inhoud van de recensies evenmin.

Uit de overwegingen van het EHRM volgt echter niet zonder meer dat niet-vooraf modereren een vereiste is om te kwalificeren als een – om bij de woorden van het hof te blijven – "internetplatform zoals bedoeld in de genoemde arresten van het EHRM". In het *Delfi*-arrest oordeelde het EHRM bijvoorbeeld dat het internetplatform in kwestie een "substantial degree of control" uitoefende over de reacties die op haar website werden geplaatst.⁹ Het hof lijkt dan ook in niet-bestaande hokjes te denken door een onderscheid te maken tussen internetplatforms "zoals bedoeld in de EHRM-arresten" die aanspraak kunnen maken op een "lichter aansprakelijkheidsregime" en overige internetplatforms, en de mate van betrokkenheid van ZorgkaartNederland bij het plaatsen van de

6. Richtlijn 2000/31/EG.

7. Vergelijk bijv. Rb. Amsterdam 11 november 2019, Mediaforum 2020/1, nr. 3, r.o. 4.15 m.nt. O.G. Trojan (*Facebook bitcoinadvertenties*).

8. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, r.o. 142 – 143 (*Delfi/Estland*) en EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, r.o. 69 (*MTE en Index/Hongarije*).

9. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, r.o. 146 (*Delfi/Estland*).

recensie ten onrechte als beslissende omstandigheid aan te merken bij het bepalen van welke gezichtspunten van belang zijn voor de in het kader van artikel 8 en 10 EVRM te maken belangenafweging.

Het laat zich overigens op goede gronden verdedigen dat de handelingen van ZorgkaartNederland, welke het hof omschrijft als de "*betrokkenheid bij de plaatsing en [...] inhoudelijke bemoeienis*" bij de recensies, kwalificeren als één van de hiervoor genoemde, door het EHRM geformuleerde gezichtspunten. De handelingen waar het hof op doelt zijn immers maatregelen die ZorgkaartNederland toepast om onrechtmatige uitingen op haar platform te voorkomen of te verwijderen (criterium ii). Het hof neemt dit echter niet mee als één van de relevante omstandigheden, maar beschouwt de mate van betrokkenheid kennelijk als bepalend voor het wel of niet acht slaan op de overige, in het *Delfi*-arrest geformuleerde gezichtspunten.

Het oordeel van het hof om het beroep van ZorgkaartNederland op het *Delfi*-arrest en overige arresten te verwerpen vanwege de betrokkenheid bij, en controle over het plaatsen van de recensies lijkt dan ook nogal kort door de bocht. Dat was wellicht anders geweest indien ZorgkaartNederland betrokken was bij het opstellen van de inhoud van de recensie of daar iets aan had gewijzigd, maar zoals gezegd was daar blijkens het arrest geen sprake van.

Of het hof tot een ander eindoordeel gekomen zou zijn als het ZorgkaartNederland wél als een "*internetplatform zoals bedoeld in de genoemde arresten van het EHRM*" had aangemerkt is niet evident, maar valt ook geenszins uit te sluiten. Aannemelijk is dat, indien ZorgkaartNederland wel als zodanig zou zijn aangemerkt, het hof bij het beoordelen van het handelen van ZorgkaartNederland meer oog zou hebben gehad voor de overige in het *Delfi*-arrest geformuleerde criteria.

Voorts is nog interessant om kort bij stil te staan bij het laatste *Delfi*-criterium, de gevolgen van de procedure voor het platform. Het EHRM heeft in het *MTE en Index/Hongarije*-arrest overwogen dat reeds het oordeel dat een partij (het "internetplatform") aansprakelijk is voor uitingen van derden voorzienbare negatieve gevolgen kan hebben.¹⁰ Het EHRM benoemt in dat verband expliciet het "*chilling effect*" op de vrijheid van meningsuiting dat een dergelijk oordeel kan hebben, óók als het internetplatform niet veroordeeld is tot het betalen van een schadevergoeding. Opmerkelijk is daarbij dat het EHRM uitdrukkelijk opmerkt deze negatieve gevolgen een nog groter effect kunnen hebben op niet-commerciële websites (ZorgkaartNederland heeft naar eigen zeggen geen winstoogmerk¹¹). Het hof lijkt in het

ZorgkaartNederland-arrest met geen van deze omstandigheden rekening te hebben gehouden.

Ook is in dit kader relevant om kort stil te staan bij de "*good samaritan clause*" die onderdeel uitmaakt van de DSA.¹² Met die bepaling wordt juist beoogd dat internetplatforms zich geen (anders niet-bestaande) aansprakelijkheid op de hals halen door proactief content te modereren. Met het oordeel van het hof in het ZorgkaartNederland-arrest lijkt het tegenovergestelde te worden bereikt.

2. Het onderscheid tussen het plaatsen en geplaatst houden van content

Waar de rechtbank in eerste aanleg oordeelde dat reeds het plaatsen van de recensie een onrechtmatige handeling jegens de arts opleverde, komt het hof, zoals gezegd, op dat punt tot een ander oordeel. Volgens het hof was de recensie niet (evident) in strijd met de gedragscode en/of het "*beleid oneigenlijke waarderings*" van ZorgkaartNederland. Daarom was het *plaatsen* van de recensie niet onrechtmatig, aldus het hof.

Het *geplaatst houden* van de recensie acht het hof daarentegen wel onrechtmatig. De onrechtmatigheid heeft overigens slechts betrekking op één onderdeel van de recensie, zijnde de uitlating dat de arts "*onjuiste zorg oftewel geen zorg*" heeft verleend. Volgens het hof is dat een feitelijke beschuldiging die de kern van de professie en reputatie van de arts raakt. Nu – volgens het hof – niet is gebleken dat deze beschuldiging een deugdelijke feitelijke grondslag heeft, had het op de weg van ZorgkaartNederland gelegen om de inzender van de recensie te verzoeken om aanpassing daarvan, of had ZorgkaartNederland over moeten gaan tot verwijdering van de recensie. Door dat niet te doen en de recensie nog enige tijd online te laten staan, heeft ZorgkaartNederland onrechtmatig gehandeld jegens de arts.

Het door het hof toegepaste onderscheid tussen het plaatsen en geplaatst houden van de recensie, alsook de in dat verband gehanteerde maatstaf voor het beoordelen van de rechtmatigheid daarvan, doet nogal gekunsteld aan. Het plaatsen van de recensie was niet onrechtmatig, nu deze niet (evident) in strijd was met de door ZorgkaartNederland gehanteerde regels. Dat lijkt enigszins op het "*evident onrechtmatig*"-criterium dat in het kader van platformaansprakelijkheid geregeld wordt toegepast. Zodra iemand "klaagt" over een recensie, wordt het geplaatst houden daarvan echter als onrechtmatig bestempeld, tenzij blijkt dat de beschuldiging die in de recensie geuit wordt een deugdelijke feitelijke grondslag

10. EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, r.o. 86 (*MTE en Index/Hongarije*).

11. <https://www.zorgkaartnederland.nl/content/over-de-initiatiefnemer>. Laatst geraadpleegd op 21 oktober 2022.

12. Artikel 6 van het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eenge maakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG. Zie ook par. 25 van de considerans.

heeft. De enkele omstandigheid dat iemand over een recensie klaagt, maakt dus dat de maatstaf voor het beoordelen van de rechtmatigheid van het geplaatst houden daarvan verschuift van "rechtmatig tenzij evident onrechtmatig" naar "onrechtmatig tenzij er een deugdelijke feitelijke grondslag bestaat".

Daarmee neemt het hof aan dat er een erg verstrekkende verplichting op een platform, zoals ZorgkaartNederland, rust om de juistheid van de op haar website gepubliceerde recensies te beoordelen, en zo nodig te verifiëren. ZorgkaartNederland dient dan niet alleen te beoordelen welke onderdelen van een recensie mogelijk een feitelijke beschuldiging zijn, maar dient vervolgens (indien zij tot de conclusie komt dat er sprake is van een feitelijke beschuldiging) of proactief contact te zoeken met de inzender om na te gaan of de beschuldigingen voldoende feitelijke grondslag hebben, of moet de recensie te verwijderen.

Het verwijderen van alle recensies die een feitelijke beschuldiging bevatten gaat uiteraard erg ver, nu het voor de hand ligt dat in dat scenario ook recensies verwijderd zullen worden met volledig juiste/gegronde feitelijke beschuldigingen. Het EVRM heeft herhaaldelijk (in andere, maar op relevante punten vergelijkbare zaken) geoordeeld dat het niet de bedoeling is dat maatregelen getroffen worden die ertoe leiden dat uitingen die wél aanspraak maken op de volle bescherming van artikel 10 EVRM worden verwijderd ter voorkoming van het publiceren van onrechtmatige uitingen.¹³ Dat zou immers een onevenredige inmenging in de expressievrijheid en de rechten van de inzenders van de informatie en gebruikers daarvan impliceren (aan wie het recht om kennis te nemen van die informatie toekomt).¹⁴

Het is voorts niet ondenkbaar dat door inzenders geuite feitelijke beschuldigingen juist zijn, maar de aard van het contact met de zorgverlener maakt dat de inzender niet al te veel details wil verstrekken ter onderbouwing van deze beschuldiging. Dat geldt eens te meer nu aannemelijk is dat de medewerkers van ZorgkaartNederland niet onder het medisch beroepsgeheim vallen. En zelfs indien de inzender dat wel zou doen, is het maar de vraag of ZorgkaartNederland op grond van die informatie steeds zal kunnen vaststellen of de beschuldiging een deugdelijke feitelijke grondslag heeft of niet. Om bij de feiten van deze casus te blijven: of bepaalde zorg "onjuiste zorg" is of niet, zal veelal medische expertise vereisen waarvan voorshands onwaarschijnlijk is dat de medewerkers van ZorgkaartNederland daarover beschikken.

Gezien het voorgaande is het dan ook waarschijnlijk dat websites waarop recensies geplaatst zullen

worden op basis van dit arrest terughoudender zullen (moeten) zijn bij het laten staan van recensies waarin een feitelijke beschuldiging wordt geuit, nadat er over de inhoud van die recensie geklaagd is. Het laten staan van de recensie blijkt immers tot aansprakelijkheid van het internetplatform te kunnen leiden. Met het "chilling effect" dat van dit arrest uit kan gaan – alsook de manier waarop dit het maken van oneigenlijke klachten in de hand kan werken met als doel om het internetplatform uit angst voor aansprakelijkheid rechtmatige content snel te laten verwijderen¹⁵ – heeft het hof kennelijk geen rekening gehouden.

3. Het verstrekken van de NAW-gegevens van de inzender

Dan nog kort iets over het oordeel van het hof ten aanzien van de vordering van de arts om ZorgkaartNederland te gebieden de NAW-gegevens van de inzender van de recensie te verstrekken. Deze vordering is op twee grondslagen gebaseerd: artikel 843a Rv, en de uit het *Lycos/Pessers*-arrest voortvloeiende regel.¹⁶ Het hof gaat hier op een efficiënte manier mee om door te stellen dat met betrekking tot beide grondslagen een belangenafweging gemaakt zal moeten worden, en dat die belangenafweging voor beide grondslagen op dezelfde wijze dient plaats te vinden en dus niet tot een andere uitkomst kan leiden.

Hoewel mogelijk kanttekeningen geplaatst kunnen worden bij de aannahme van het hof dat de belangenafweging voor beide grondslagen op dezelfde wijze plaats dient te vinden - zo is door het Hof Den Haag bijvoorbeeld geoordeeld dat een privacybelang geen "gewichtige reden" in de zin van artikel 843a Rv oplevert op grond waarvan inzage kan worden geweigerd¹⁷ – is de wijze waarop de belangenafweging uitgevoerd is redelijk te noemen. Gezien het geringe aantal woorden dat het hof aan de beoordeling van de vordering tot het verstrekken van de NAW-gegevens van de inzender heeft besteed, ligt niet in de lijn der verwachting dat het arrest op dit punt van grote invloed zal zijn voor de rechtspraak.

13. EHRM 24 november 2011, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended SA/SABAM*).

14. Voorhoof, *Mediaforum* 2015/6, p. 199.

15. Dit kan worden vergeleken met (of is) oneigenlijk gebruik van het "notice and takedown"-systeem. Zie bijv. McSherry (Electronic Frontier Foundation), Notice and Takedown Mechanisms: Risks for Freedom of Expression Online. https://www.eff.org/files/2020/09/04/mcsherry_statement_re_copyright_9.7.2020-final.pdf. Laatst geraadpleegd op 7 november 2022.

16. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*).

17. Hof Den Haag 20 mei 2003, S&S 2004/59, r.o. 29.

4. Tot slot

Met deze uitspraak heeft het hof de lat om een recensie te mogen publiceren op een internetplatform waarin feitelijke beschuldigingen worden geuit die de kern van iemands professie of reputatie raken wel erg hoog gelegd, waarbij de vraag kan worden gesteld of dat zich wel verhoudt tot de bestendige jurisprudentie van het EHRM die op dit onderwerp betrekking heeft.

Bovendien lijkt het hof aan te nemen – of in ieder geval sterk te impliceren – dat het uitoefenen van een grotere mate van preventieve controle ertoe leidt dat een website waar uitingen van derden gepubliceerd worden (zoals ZorgkaartNederland) eerder aansprakelijk kan worden gehouden voor uitingen van derden. Dit oordeel wekt enige verbazing, zeker gezien het uitvoeren van dergelijke preventieve controle geenszins verplicht is. Het oordeel van het hof zou er dan ook toe kunnen leiden dat partijen zoals ZorgkaartNederland er dan maar voor zullen kiezen om geen (niet-geautomatiseerd) proactief toezicht te houden, en bijvoorbeeld alleen gebruik te maken van technologische middelen zoals filters, en een "notice and take down"-beleid zullen hanteren. Het ligt voor de hand dat in een dergelijk scenario meer onrechtmatige content gepubliceerd zal worden, en sneller ook rechtmatige content zal worden verwijderd. Dat kan toch niet de bedoeling zijn, zeker gezien initiatieven in conceptwetgeving om dit te voorkómen, zoals de eerder genoemde "good samaritan clause" in de DSA.¹⁸

18. Artikel 6 van het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eenge-maakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG. Zie ook par. 25 van de considerans.