

Schadeclaims en de vrijheid van meningsuiting

Ierse toestanden in Nederland?

*Mr. O. G. Trojan en mr. drs. W. Kroeze**

1 Inleiding

Eind 2004 publiceerde de Ierse krant *Evening Herald* een serie artikelen over de kwestieuze verlening van meerdere overheidsopdrachten aan een consultant, die een persoonlijke en volgens sommigen zelfs amoureuze band zou hebben met de verantwoordelijke minister. Er zou sprake zijn geweest van buitensporig hoge vergoedingen en schending van de aanbestedingsregels. De publicaties van de *Evening Herald* leidden tot vragen in het parlement en een onderzoek op verzoek van de minister-president. Uitkomst van het onderzoek was dat de aanbestedingsregels niet waren geschonden. De betrokken consultant liet het er niet bij zitten en vorderde van de krant vergoeding van de door haar geleden immateriële schade. Nadat de jury die schade in eerste instantie had vastgesteld op € 1.872.000, kende de Supreme Court een schadevergoeding toe van € 1.250.000. De uitgever van de *Evening Herald*, Independent Newspapers (Ireland) Limited, legde de zaak in 2015 voor aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of het Hof). Volgens Independent Newspapers was het toegekende bedrag disproportioneel hoog en zou toekenning van bedragen in deze orde van grootte leiden tot een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting als verankerd in art. 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het Hof kwam in zijn arrest van 15 juni 2017 tot de conclusie dat het door de Supreme Court toegekende bedrag onvoldoende was onderbouwd met 'relevant and sufficient reasons' en dat inderdaad sprake was van schending van art. 10 EVRM.¹

De vraag die zich opdringt – en die centraal staat in deze bijdrage –, is of het Hof met dit arrest een dam heeft opgeworpen tegen 'Ierse toestanden' in de andere verdragsluitende staten, waaronder ook Nederland.² In een eerdere zaak, die

was aangespannen door dezelfde Ierse uitgever, had het Hof nog geoordeeld dat een schadevergoeding van 300.000 Ierse ponden (omgerekend ongeveer € 380.000) de toets der kritiek kon doorstaan.³ Is het denkbaar dat bedragen in de orde van grootte van enige tonnen in Nederland worden toegewezen? En hoe zou het toewijzen van dergelijke bedragen zich verhouden met de bescherming van de vrijheid van meningsuiting, zoals die zich in Nederlandse jurisprudentie heeft ontwikkeld? En maakt het dan nog uit of de journalisten in kwestie (ook) persoonlijk aansprakelijk gesteld worden?

Alvorens nader op deze vragen in te gaan, volgt hierna eerst een uiteenzetting over de door art. 10 EVRM geboden bescherming en de rol die het eerdergenoemde *chilling effect* in dat verband speelt.

2 Art. 10 EVRM

In procedures die betrekking hebben op onrechtmatige perspublicaties staan de in art. 8 en 10 EVRM verankerde rechten veelal centraal. In art. 8 is het recht op eerbiediging van een aantal persoonlijkheidsrechten vastgelegd, waaronder het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven en het recht op bescherming van eer en goede naam.⁴ Art. 10 verschaft iedere ingezetene in Europa het recht op vrijheid van meningsuiting.

Beide rechten zijn echter niet onbegrensd. In procedures waarin de rechtmatigheid van een perspublicatie ter discussie staat, dient veelal een afweging te worden gemaakt tussen beide grondrechten. Het zwaarder laten wegen van het ene grondrecht brengt onvermijdelijk een beperking van het andere grondrecht met zich. Het EVRM voorziet in de mogelijkheid om deze grondrechten te beperken, mits de op te leggen beperking (1) bij wet voorzien is, en (2) in een democratische samenleving noodzakelijk is.⁵

* Mr. O.G. Trojan en mr. drs. W. Kroeze zijn advocaat bij Bird & Bird in Den Haag.

1. EHRM 15 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0615JUD002819915 (Independent Newspapers (Ireland)/Ierland).

2. In Ierland zijn meerdere uitspraken geweest waarbij een schadevergoeding van enige tonnen werd toegewezen, zie bijv. de (Ierse) arresten Proinsias de Rossa/Independent Newspapers Plc.(30 July 1999) 4 IR 432 en O'Brien/Mirror Group Newspapers Ltd (25 October 2000) IESC 70, [2001] 1 IR 1.

3. EHRM 16 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0616JUD005512000 (Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland/Ierland).

4. EHRM 15 november 2007, 45983/99, ECLI:NL:XX:2007:BA5143 (Pfeifer/Oostenrijk).

5. Zie bijv. Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, EHRM 26 april 1979, 6538/74, ECLI:NL:XX:1979:AC6568, par. 49 e.v. en 58 e.v.

Het eerste criterium, de eis dat de beperking bij wet voorzien is, is in de jurisprudentie van het Hof nader geconcretiseerd. Het Hof overwoog ten eerste dat het recht waarop de beperking berust voldoende kenbaar moet zijn, en ten tweede dat een norm slechts als 'wet' beschouwd kan worden wanneer deze met voldoende precisie is geformuleerd. Voorts dient de beperking ook voldoende voorzienbaar te zijn, en dient de nationale wetgeving voldoende 'safeguards' te bevatten om misbruik van de beperking te voorkomen.⁶ Het tweede criterium, de noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving, heeft het Hof in verschillende arresten nader uitgelegd. Zo dient er een 'dringende maatschappelijke behoefte' voor de beperking te bestaan,⁷ dient de verhouding tussen de beperking en het doel daarvan proportioneel te zijn, en dient de reden die voor het toepassen van de beperking wordt aangevoerd 'relevant en toereikend' te zijn.⁸ In de praktijk blijkt het onderscheid tussen de verschillende elementen van het tweede criterium niet zo strikt. Het Hof beantwoordt de vraag of een beperking noodzakelijk is dan ook vaak aan de hand van een integrale beoordeling van voornoemde elementen,⁹ waarbij het Hof de nadruk veelal legt op het toetsen van nationale procedurevereisten (en minder op het toetsen van de belangenafweging die in een specifiek geval is gemaakt).¹⁰ Als gevolg daarvan geven de arresten van het Hof over het algemeen meer informatie over welke nationale procedurevereisten aan de in het EVRM gestelde voorwaarden voldoen, dan dat er universele, concrete invulling aan die voorwaarden wordt gegeven.¹¹ In zaken die betrekking hebben op de persvrijheid spelen in de beoordeling van de noodzakelijkheid van de beperking (en meer specifiek de proportionaliteit daarvan) ook de aard en ernst van de sanctie een belangrijke rol. Hoewel een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd kan zijn, kan de sanctie een onwenselijk *chilling effect* hebben op de persvrijheid.¹² Daar zal in de volgende paragraaf nader op worden ingegaan.

3 Het chilling effect

Van een *chilling effect* is sprake als het gebruik van een grondwettelijk recht – met name de vrijheid van meningsuiting – door de mogelijkheid van of dreiging met vervolging of andere juridische sancties wordt ontmoedigd of verhinderd.¹³ Deze term wordt regelmatig, maar niet exclusief gebruikt in de context van persvrijheid. Het enkele gegeven dat een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting in een bepaald geval gerechtvaardigd is, betekent niet per definitie dat de wijze waarop aan die beperking vorm wordt gegeven óók gerechtvaardigd is. De aard en de zwaarte van de sanctie kunnen het uitoefenen van de vrijheid van meningsuiting immers sterk ontmoedigen. Hoewel iedere ongerechtvaardigde ontmoediging om van het recht op vrijheid van meningsuiting gebruik te maken onwenselijk is, geldt dat eens te meer ten aanzien van journalisten. De pers vervult als '*public watchdog*' immers een belangrijke rol in de democratische samenleving.¹⁴ Het Hof meent dan ook dat 'the most careful scrutiny' toegepast dient te worden bij de beoordeling van door lidstaten opgelegde maatregelen die de pers mogelijkzoudens zouden kunnen ontmoedigen om verslag te doen van zaken die betrekking hebben op of bijdragen aan een 'legitiem publiek debat'.¹⁵

Van vele soorten sancties en maatregelen kan een *chilling effect* uitgaan. Dat van het gedwongen prijsgeven van een vertrouwelijke bron een *chilling effect* uit kan gaan, zal geen verbazing wekken.¹⁶ De bronbescherming gaat echter verder dan het recht om de identiteit van een vertrouwelijke bron geheim te houden. Materiaal dat een journalist zelf heeft verzameld, kan veelal op vergelijkbare bescherming rekenen.¹⁷ Het verplicht moeten afgeven van materiaal dat een journalist zelf heeft gemaakt, zoals verborgen cameraopnames of aantekeningen, kan immers evengoed een beperkende invloed hebben op het uitoefenen van de journalistieke vrijheid van meningsuiting.¹⁸ Journalisten zouden als gevolg van de dreiging van een gedwongen afgifte van dergelijke opnames immers terughoudender kunnen worden met het gebruik van zulke onder-

6. Glas Nadezhda EOOD en Anatoliy Elenkov/Bulgarije, EHRM 11 oktober 2007, 14134/02, ECLI:CE:ECHR:2007:1011JUD001413402, par. 46.
7. Handyside/Verenigd Koninkrijk, EHRM 7 december 1976, 5493/72, ECLI:NL:XX:1976:AC0070.
8. Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, EHRM 26 april 1979, 6538/74, ECLI:NL:XX:1979:AC6568, par. 62.
9. Zie bijv. News Verlags GmbH & Co. KG/Oostenrijk, EHRM 11 januari 2000, 31457/96, ECLI:NL:XX:2000:AC1818, NJ 2001/74 m.nt. Dommering, par. 58 en Wille/Liechtenstein, EHRM (GK) 28 oktober 1999, 28396/95, ECLI:NL:XX:1999:AE0832, NJ 2002/53 m.nt. Alkema, par. 70.
10. Zie bijv. Cumhuriyet Vakfı e.a./Turkije, EHRM 8 oktober 2013, 28255/07, ECLI:CE:ECHR:2013:1008JUD002825507.
11. Wat, in het licht van de ruime 'margin of appreciation' die de lidstaten hebben ten aanzien van hun nationale (proces)wetgeving, niet onbegrijpelijk is.
12. Het *chilling effect* kan een gevolg zijn van bijv. het feit dat vooraf onvoldoende inzichtelijk is hoe hoog een te betalen boete of schadevergoeding is, dat niet duidelijk is wat wel en niet toegestaan is, of dat de sanctie onevenredig hoog is. Het *chilling effect* valt dan ook niet per definitie onder een van de twee door het EHRM geformuleerde criteria te plaatsen en de vraag of een *chilling effect* zich voordoet, zal per geval beantwoord moeten worden.

13. Webster's New World Law Dictionary, onder 'Chilling effect – Legal definition'.
14. Een gegeven dat volgens het Hof de mate van vrijheid die lidstaten genieten om art. 10 EVRM op nationaal niveau uit te leggen aanzienlijk begrenst. Zie EHRM (onderzoeksdienst), Articles 2, 3 and 10. The Safety of Journalists (6 december 2013), p. 6, www.echr.coe.int/Documents/Research_report_safety_journalists_ENG.PDF.
15. EHRM 5 december 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD001965712 (Frisk en Jensen/Denemarken), par. 78.
16. EHRM 27 maart 1996, 17488/90, ECLI:NL:XX:1996:AD2519 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), par. 39. Zie ook EHRM 22 november 2012, 39315/06, ECLI:NL:XX:2012:BY6026 (Telegraaf Media c.s./Nederland), par. 85-102 en 123-131.
17. Naast de in dit artikel besproken bezwaren tegen het verplicht afgeven van door een journalist gemaakt materiaal, spelen daar mogelijk ook andere bezwaren (bijv. m.b.t. persoonsgegevens). Dergelijke bezwaren vallen buiten de scope van dit artikel en blijven derhalve buiten beschouwing.
18. EHRM 8 december 2005, 40485/02, ECLI:NL:XX:2005:AV3564 (Nordisk Film & TV A/S/Denemarken), par. 6.

zoeksmethoden, als gevolg waarvan sommige (ernstige) misstanden niet aan het licht zullen worden gebracht.¹⁹

Een strafrechtelijke veroordeling van een journalist wegens het schrijven van of meewerken aan een publicatie wordt door het Hof met regelmaat als (veel) te zware sanctie aangemerkt, nu dergelijke sancties het uitoefenen van de vrijheid van meningsuiting zeer sterk ontmoedigen.²⁰ Zelfs van de associatie met strafrechtelijke sancties en onrechtmatige perspublicaties kan een *chilling effect* uitgaan. Zo vond het Hof een civiele sanctie (het publiceren van een civiel vonnis waarin melding werd gedaan van een aan die zaak gerelateerde strafrechtelijke (smaad)procedure) te zwaar vanwege het benoemen van die strafrechtelijke procedure.²¹ Het feit dat de gedaagde strafrechtelijk niet was veroordeeld, maakte het ontmoedigende effect van het noemen van de strafrechtelijke procedure volgens het Hof niet minder. Van een (strafrechtelijke) boete gaat echter niet altijd een *chilling effect* uit. Zo werden twee Deense journalisten die een tv-programma hadden gemaakt waarin ten onrechte de suggestie werd gewekt dat een ziekenhuis een verkeerde behandelmethodete toepaste bij patiënten met pleuraal mesothelioom, veroordeeld voor smaad en tot het betalen van een boete van DKK 1000 (ca. € 1300). Het Hof vond die veroordeling passend en meende dat het uitoefenen van de persvrijheid met het opleggen van die boete niet werd ontmoedigd.²² De Nederlandse rechters en raadsheren menen kennelijk ook dat van een strafrechtelijke boete niet (altijd) een *chilling effect* uitgaat. Het Haagse gerechtshof heeft Alberto Stegeman een boete van € 1000 opgelegd voor het vervalsen van een KLM-personeelspas in het kader van een journalistiek onderzoek dat hij uitvoerde, ondanks zijn verweer dat van zijn veroordeling een *chilling effect* uitgaat.²³ Die veroordeling heeft in cassatie standgehouden.²⁴ Uiteraard zijn er veel meer voorbeelden te bedenken van gebeurtenissen die een *chilling effect* kunnen hebben op de uitoefenen van het recht op vrijheid van meningsuiting, zeker in een journalistieke context. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan wetgeving die de persvrijheid op enige wijze inperkt, bepaalde journalisten de toegang ontzeggen tot persconferenties van de

overheid,²⁵ het (gedwongen) ontslaan van journalisten vanwege berichtgeving, of het opleggen van een dwangsom om toekomstige overtreding te ontmoedigen.²⁶ De Media- en Internetdivisie van de Raad van Europa onderhoudt een onlineplatform waarop melding wordt gedaan van voorvallen die een dergelijk effect (kunnen) hebben.²⁷

Hoewel ieder van de voornoemde sancties in het kader van het bewaken van de persvrijheid (vanwege het *chilling effect*) uiterst onwenselijk is, zijn dergelijke maatregelen (in Nederland) gelukkig hoogst uitzonderlijk – of komen in het geheel niet voor. Ook is de strafrechtelijke veroordeling van journalisten een zelden voorkomend verschijnsel. Wat wél met grote regelmaat voorkomt, is dat een journalist, of het medium waar de journalist in dienst is, veroordeeld wordt tot het betalen van een (civielrechtelijke) schadevergoeding. Hoewel een schadevergoeding (meestal) geen punitief karakter heeft, kan het veroordelen van een journalist tot het betalen van een schadevergoeding tóch een *chilling effect* hebben op de vrijheid van meningsuiting.²⁸ Dat is met name het geval voor zeer hoge schadevergoedingen, zeker als de hoogte van het bedrag zich vooraf lastig laat voorspellen.²⁹ In het hiervoor beschreven geval van de *Evening Herald* was sprake van de hoogste schadevergoeding ooit in Ierland. Tijd voor een nadere beschouwing van de overwegingen van het Hof in die zaak.

4 Independent Newspapers (Ireland) Limited/ Ierland

Gezien de hoogte van de in Ierland toegewezen schadevergoeding, € 1.250.000, verdienen de hiervóór kort beschreven feiten een uitweiding. De betrokken consultant, aangeduid als Mrs. L., zou volgens de publicaties de minister in kwestie, aangeduid als Mr. C., goed kennen en zelfs een ‘supporter’ van hem zijn. In de publicaties werden de kwalificaties van Mrs. L. in twijfel getrokken. Bovendien werd gewezen op haar hoge beloning en de hoeveelheid werk die haar werd toegeschoven. Ze zou ook deel hebben uitgemaakt van de ministeriële entourage tijdens acht dienstreizen, onder meer naar New York voor een conferentie van de Verenigde Naties. Aanvankelijk berichtte de *Evening Herald* dat Mr. C. in het geheel niet was gesignaleerd op de conferentie, maar dit werd later in een publicatie gecorrigeerd. De *Evening Herald* maakte ook melding van geruchten over een intieme relatie tussen Mrs. L. en Mr. C. Dit terwijl Mrs. L. gehuwd was en twee kinderen

19. Zoals de Hoge Raad ook oordeelde in HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518, NJ 2018/306 m.nt. H.B. Krans (Pretium/Tros), r.o. 3.2.4.

20. Zie bijv. EHRM 17 januari 2012, 29576/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD002957609 (Lahtonen/Finland), par. 79-81.

21. EHRM 31 januari 2006, 64016/00, ECLI:NL:XX:2006:AV3569, NJ 2007/200 m.nt. E. Dommering (Giniewski/Frankrijk).

22. EHRM 5 december 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD001965712 (Frisk en Jensen/Denemarken), par. 77. Zie ook EHRM 19 juni 2003, 49017/99, ECLI:CE:ECHR:2003:0619JUD004901799 (Pedersen en Baadgaard/Denemarken).

23. Hof Den Haag 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:620, NJFS 2014/72.

24. HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3057, NJ 2016/469 m.nt. Dommering. De vraag blijft of/in hoeverre de opmerking van Stegeman dat hij de boete wel kon betalen, meewoog in het oordeel van de Hoge Raad. Zie de conclusie van A-G Vellinga voor dit arrest, par. 50.

25. Een middel dat de Amerikaanse president Donald Trump nog wel eens inzet om nieuwsstations die zijns inziens een ‘vijand van het Amerikaanse volk’ zijn (zoals CNN en *The New York Times*) van persconferenties te weren, zie bijv. www.theguardian.com/us-news/2017/feb/24/media-blocked-white-house-briefing-sean-spicer.

26. Hof Amsterdam 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:523 (auteursrechtzaak), r.o. 3.5.3.

27. Zie www.coe.int/en/web/media-freedom/all-alerts.

28. Zie over de preventieve werking van een verplichting tot het betalen van een schadevergoeding bijv. L.T. Visscher, Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatiggedaadsrecht (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

29. EHRM 9 juli 1998, 21980/93, ECLI:NL:XX:1999:AD3057 (Bladet Tromso en Pål Stensås/Noorwegen).

heeft. De publicaties gingen niet alleen in op het attractieve uiterlijk van Mrs. L., ook werd dat geïllustreerd met foto's. Op een van die foto's stonden Mrs. L. en Mr. C. naast elkaar in avondkledij alsof ze een koppel vormden. Later bleek dat sprake was van een bewerkte foto, waarop oorspronkelijk vier personen te zien waren. Een andere foto, die de voorpagina had gehaald, liet Mrs. L. zien in een avondjurk met een split tot haar heup. Dat laatste bleek ook een bewerking, evenals haar positionering vlak naast Mr. C. Op de achtergrond was de skyline van New York gemonteerd. De kop op de voorpagina luidde: 'The Minister, [Mrs. L.] and the Mystery Meeting'. De Supreme Court oordeelde dat Mrs. L. aldus werd beschuldigd van een overspelige relatie in een poging lucratieve contracten binnen te halen, en dat sprake was van een ernstige en aanhoudende aanval op de zakelijke en persoonlijke integriteit van Mrs. L.

Dan de overwegingen van het Hof. Het Hof stelt voorop dat het toegewezen schadebedrag een beperking inhoudt van de vrijheid van meningsuiting. Ten aanzien van het eerste criterium, namelijk de vraag of die beperking bij wet voorzien is ('prescribed by law'), concludeert het Hof dat aan dat criterium is voldaan, en wel onder verwijzing naar zijn uitspraak in *Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*.³⁰ In die zaak had het Hof geoordeeld dat nationale wetten met betrekking tot schadevergoeding wegens aantasting van de reputatie rekening moeten houden met uiteenlopende casusposities en dat daaraan inherent is dat er geen specifieke richtlijnen gegeven kunnen worden. Het Hof voegde daar nog het volgende aan toe:

'Accordingly, it cannot be a requirement of the notion of "prescribed by law" in Article 10 of the Convention that the applicant, even with appropriate legal advice, could anticipate with any degree of certainty the quantum of damages that could be awarded in his particular case.'

Opmerking verdient dat in Ierland in 2009 de Defamation Act 2009 is ingevoerd. Section 31 (3) van deze wet bepaalt dat een schadevergoeding rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval. In Section 31 (4) staat vervolgens een aantal gezichtspunten opgesomd, zoals de aard en ernst van de beschuldiging en de wijze van publicatie. Deze gezichtspunten waren ontleend aan de tot dan toe ontwikkelde jurisprudentie.³¹

Het Hof benadrukt voorts dat nationale gerechten een zekere beoordelingsvrijheid moet worden gegund. Enigszins cryptisch overweegt het Hof, gelijk het ook in andere zaken heeft gedaan, dat de supervisie van het Hof er niet op gericht is de plaats in te nemen van het nationale gerecht (met andere woorden een volle toetsing), maar om te beoordelen of de

uitspraak verenigbaar is met het EVRM en of de dragende overwegingen 'relevant and sufficient' zijn (een meer marginale beoordeling dus). Als de afweging heeft plaatsgevonden aan de hand van de criteria zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM, dan moet sprake zijn van 'strong reasons', vooraleer het Hof het oordeel van de nationale rechter opzijzet, aldus het Hof.³² Voor wat betreft de hoogte van de schadeclaim stelt het Hof voorop dat er van onvoorspelbare hoge schadevergoedingen per definitie een *chilling effect* uitgaat.³³ Dat soort claims vergen 'the most careful scrutiny', aldus het Hof.³⁴ Het Hof overweegt voorts dat in het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid van de beperking, waaronder ook begrepen de proportionaliteit, het startpunt wordt gevormd door de vraag of de hoogte van de schadevergoeding naar 'domestic standards' ongebruikelijk hoog is. In de Ierse zaak was dat het geval, nu het ging om een bedrag dat meer dan driemaal hoger was dan enige eerder in Ierland toegewezen schadevergoeding. Ten aanzien van de proportionaliteit overweegt het Hof dat het er niet toe doet welke praktijk zich heeft ontwikkeld in andere verdragsluitende staten. Onder verwijzing naar het arrest *Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*³⁵ overweegt het Hof als volgt:³⁶

'As it stated in the Independent News and Media case, the fact that a different practice is followed in other common law jurisdictions cannot be decisive for the respondent State. The Convention does not require complete uniformity among the High Contracting Parties and States remain free to choose the measures which they consider best adapted to address domestically the Convention matter at issue.'

In het licht van deze overwegingen is er binnen de Nederlandse context weinig ruimte voor immateriële schadevergoedingen in dezelfde orde van grootte als in Ierland. De hoogte van de schadevergoeding moet in lijn zijn met eerder in de desbetreffende verdragsstaat toegewezen schadevergoedingen. Bovendien geldt een verzwaarde motiveringsplicht bij relatief hoge schadevergoedingen.³⁷ In de Ierse zaak kwam het Hof, als gezegd, tot de conclusie dat de hoge schadevergoeding niet werd gesteund door 'relevant and sufficient reasons'. In dat verband overwoog het Hof dat de Ierse Supreme Court onvoldoende had toegelicht waarom de hoogste schadevergoeding ooit werd toegekend in een zaak die niet als de ernstigste inbreuk op de persoonlijkheidsrechten was aangemerkt. Immers, de zaak van Mrs. L. was weliswaar ernstig, maar ook

30. EHRM 13 juli 1995, 18139/91, ECLI:CE:ECHR:1995:0713 JUD001813991 (*Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*), par. 41.

31. Zoals door het Ierse Hooggerechtshof geformuleerd in het arrest *Barrett/Independent Newspapers Limited* (1986).

32. Zie ook EHRM 7 februari 2012, 40660/08, ECLI:NL:XX:2012:BW0604 (*Caroline von Hannover II*).

33. Zie ook EHRM 18 januari 2011, 39401/04, ECLI:NL:XX:2011:BQ3081 (*MGN Limited/Verenigd Koninkrijk*), par. 201.

34. EHRM 15 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0615JUD002819915 (*Independent Newspapers (Ireland) Limited/Ierland*), par. 104.

35. EHRM 26 april 1979, 6538/74, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 (*The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 61.

36. EHRM 15 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0615JUD002819915 (*Independent Newspapers (Ireland) Limited/Ierland*), par. 88.

37. EHRM 15 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0615JUD002819915 (*Independent Newspapers (Ireland) Limited/Ierland*), par. 85.

weer niet zo ernstig als in de zaak van Mr. De Rossa,³⁸ zo had de Supreme Court geoordeeld. In deze zaak werd de gelaedeerde, Mr. De Rossa, ervan beschuldigd dat hij antisemitisme en gewelddadige onderdrukking van communisten zou ondersteunen.

5 Schadeclaims wegens inbreuk persoonlijkheidsrechten in Nederland

In Nederland bestaat – in tegenstelling tot Ierland – geen bijzondere wet met betrekking tot schadevergoeding wegens aantasting van de reputatie of andere inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. De wettelijke norm wordt gevormd door art. 6:162 BW, welke norm is ingevuld door de jurisprudentie. Het is vaste rechtspraak dat aldus ook in Nederland is voldaan aan het eerste criterium, namelijk het vereiste van ‘voorzien bij wet’.³⁹ Art. 6:95 BW bepaalt dat schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat uit vermogensschade en ‘ander nadeel’. Daarmee wordt bedoeld op immateriële schade. Art. 6:106 BW werkt het begrip ander nadeel uit. Blijkens lid 1 sub b van dit artikel heeft de benadeelde onder meer recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Onder dat laatste vallen onder meer ernstige aantastingen in de persoonlijke levenssfeer.⁴⁰ De wet bevat geen aanknopingspunten voor wat betreft de hoogte van de immateriële schadevergoeding. Maar dat er een aanspraak bestaat op enig bedrag indien sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, is door de Hoge Raad bevestigd in de zaak Parool/Rapper P:⁴¹

‘In het oordeel van het hof dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in dit geval zwaarder dient te wegen dan het recht van Het Parool c.s. op vrijheid van meningsuiting, ligt besloten dat Het Parool c.s. door de publicatie van het portret inbreuk hebben gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van [verweerder]. Daarmee is in een geval als het onderhavige – een onrechtmatige perspublicatie – de aanspraak op schadevergoeding wegens aantasting in de persoon in de zin van die bepaling gegeven.’

Het is aan de rechter de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen aan de hand van de omstandigheden van het geval, zoals de ernst en aard van de inbreuk en de gevolgen voor de

benadeelde.⁴² Een vergelijking met vergelijkbare gevallen ligt ook in de rede, aldus de Hoge Raad in 1992.⁴³ De Hoge Raad oordeelde dat het in de rede ligt dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen.

Dit sluit aan bij de overweging van het EHRM over ‘domestic standards’ in de hiervoor besproken Ierse zaak. Dat geldt ook voor de overweging van de Hoge Raad met betrekking tot de vergelijking met ontwikkelingen in het buitenland. De Hoge Raad oordeelde dat geen rechtsregel de rechter belet mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.

Hoe zien die ‘domestic standards’ er dan uit in Nederland? De praktijk laat zien dat er in de meeste gevallen niet meer dan een paar duizend euro wordt toegekend. Schadevergoedingen van € 10.000 of meer komen relatief weinig voor. Een recente zaak die de aandacht heeft getrokken, betrof de plasseksvideo van Patricia Paay, die door GeenStijl was aangeboden door middel van een *embedded link*. Dit werd door de rechtbank beschouwd als een onrechtmatige verdere verspreiding. Ten aanzien van de ernst van de inbreuk, een belangrijk criterium bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding, overwoog de rechtbank dat sprake was van een zeer ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van Paay, en dat op indringende wijze en onder grove veronachtzaming van haar belangen. Ook nam de rechtbank mee dat de publicatie een groot bereik had gehad door het gebruik van de hashtag #patriciapaay. Volgens de rechtbank vroeg dit om een substantiële schadevergoeding. De vordering van Paay was substantieel, namelijk € 250.000. De rechtbank wees uiteindelijk niet meer toe dan € 30.000. Een andere zaak waarin een relatief hoge schadevergoeding werd toegewezen, althans voor Nederlandse begrippen, betrof de zaak die advocaat Stijn Franken in 2018 aanspande tegen *De Telegraaf*:⁴⁴ *De Telegraaf* had Franken ervan beschuldigd dat hij als ‘postbode voor de penoze’ geheime brieven de gevangenis had binnengesmokkeld ten behoeve van zijn cliënt Willem Holleeder. De rechtbank kwam tot het oordeel dat er onvoldoende feitelijke grondslag bestond voor deze beschuldiging en legde *De Telegraaf* een immateriële schadevergoeding op van € 10.000. Daarbij overwoog de rechtbank uitdrukkelijk dat dit bedrag in overeen-

38. EHRM 16 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0616JUD005512000 (Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland/Ierland).

39. Zie bijv. Hof Amsterdam 30 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5417 (r.o. 3.5) en EHRM 20 april 2016, 27323/14, ECLI:CE:ECHR:2016:0920JUD002732314 (Het Parool/Nederland).

40. HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/277 (Naturistengids).

41. Zie HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851.

42. Zie daarover HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (EBI-arrest). Dat arrest wordt uitvoerig besproken in P.C. Janssen & A.S. Bloo-Kroes, De jurisprudentiële ontwikkeling van immateriële schadevergoeding bij een bijzondere normschending, MvV 2019, afl. 10, p. 364-370. Zie ook EHRM 19 juni 2012, 27306/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0619JUD002730607 (Krone Verlag GmbH/Oostenrijk), par. 58-62.

43. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665 (AMC/X). Het ging in deze zaak om besmetting met aids door middel van een eerder gebruikte injectienaald. De overweging van de Hoge Raad heeft echter betrekking op begroting van immateriële schade in meer algemene zin.

44. Rb. Amsterdam 14 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:763 (Stijn Franken/De Telegraaf).

stemming is met de bedragen die in soortgelijke gevallen waren toegewezen.

In absolute getallen is Nederland dus niet te vergelijken met Ierland. Maar dat wil niet zeggen dat van een voor Nederlandse begrippen hoge schadevergoeding geen *chilling effect* kan uitgaan. Dat werd uitdrukkelijk benoemd in de conclusie van advocaat-generaal Spier in de zaak die door het leven gaat als de Delftse gondelaffaire. Die zaak ging over een Delftse wethouder die in een Italiaans restaurant enkele telefoongesprekken voerde, waarvan beeld- en geluidsopnamen zijn gemaakt. De restauranthouder dreigde die opnamen, die blijk zouden geven van corrupt en niet-integer gedrag, openbaar te maken in een poging subsidie af te dwingen voor het project 'Gondels in de Delftse grachten'. De opnamen belandden uiteindelijk bij de fractievoorzitter van Leefbaar Delft. Die stelde het gedrag van de wethouder aan de kaak in een aantal publicaties. Ook deed de fractievoorzitter aangifte van corruptie en schending van ambtsgeheim. Wegens gebrek aan bewijs volgde een sepot. De wethouder liet het er echter niet bij zitten en vorderde een verklaring voor recht dat de restauranthouder en de fractievoorzitter onrechtmatig hadden gehandeld. Tevens vorderde hij schadevergoeding nader op te maken bij staat. De rechtbank wees die vordering toe jegens zowel de restauranthouder als de fractievoorzitter. In hoger beroep hield alleen de vordering tegen de restauranthouder stand. Over het *chilling effect* van die vordering concludeerde advocaat-generaal Spier als volgt:⁴⁵

'De vraag rijst dan of het onmiskenbare "chilling effect" dat uitgaat van aansprakelijkheid van [de restauranthouder] (ook wanneer deze wordt "gemitigeerd" door eigen schuld, toerekening ex art. 6:98 BW en eventueel matiging op de voet van art. 6:109 BW) zoveel gewicht in de schaal legt dat het zwaarder weegt dan de twee onder 4.58.1 genoemde omstandigheden die tegen [de restauranthouder] pleiten.

Ik zou die vraag ontkennend beantwoorden als duidelijk was dat [de restauranthouders] bedoeling met het naar buiten brengen van de banden er rechtens niet toe deed. (...)

Maar voor mij staat niet als een paal boven water dat naar thans geldend recht (d.i. Straatsburgs recht) 's Hof's opvatting – waarin veel gewicht toekomt aan [de restauranthouders] beperkte oogmerk – onjuist is. Veeleer het tegendeel is het geval.'

Het komt erop neer dat Spier in het kader van de beoordeling van het *chilling effect* van een hoge schadeclaim een verband legt met het oogmerk van degene die de informatie naar buiten brengt. Hij lijkt daarmee te zeggen dat als de restauranthouder als een klokkenluider had moeten worden aangemerkt, een hoge schadeclaim vanwege het *chilling effect* mogelijk in strijd was gekomen met art. 10 EVRM. Ook als

45. Concl. A-G bij HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7322 (Delftse gondelaffaire).

het om een journalist gaat, kan het oogmerk een rol spelen, aldus Spier onder verwijzing naar het arrest van het EHRM in de zaak Radio Twist/Slowakije.⁴⁶ Spier verwijst ook naar het arrest Standard Verlags/Oostenrijk,⁴⁷ waaruit valt af te leiden dat als een journalist te goeder trouw handelt en de publicatie een publiek belang dient (anders dan het bevredigen van nieuwsgierigheid van 'a certain readership'), de journalist een hogere mate van bescherming verdient.⁴⁸ Die bescherming is er ook tegen hoge schadeclaims, zo kan verdedigd worden.

6 Persoonlijke aansprakelijkheid van de journalist

De jurisprudentie in Nederland met betrekking tot de (on)rechtmatigheid van perspublicaties laat zien dat in de praktijk vaak zowel het medium als de journalist aansprakelijk wordt gesteld.⁴⁹ Verdedigd kan worden dat het hiervoor besproken *chilling effect* van hoge schadeclaims zich nog sterker laat voelen in geval van persoonlijke aansprakelijkheid van de journalist. In de hiervoor aangehaalde zaak tussen GeenStijl en Patricia Paay was ook sprake van een claim tegen de redacteuren in kwestie. Hoewel de rechtbank vooropstelde dat aansprakelijkheid van redacteuren, mede in verband met het *chilling effect*, met terughoudendheid moet worden toegepast, werden de redacteuren toch aansprakelijk gehouden voor immateriële schade.⁵⁰ Dit hield verband met het feit dat de redacteuren de argumenten van Paay met betrekking tot hun handelswijze onweersproken hadden gelaten. Paay had in dat verband betoogd dat de betrokken redacteuren zelf de feitelijke beslissing hebben genomen om Paay te belasteren en dat ze zich daarom niet achter hun werkgever kunnen verschuilen.

Een andere zaak waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van redacteuren aan de orde was, betreft de zaak Terumo/AVROTROS.⁵¹ Het ging in die zaak om een uitzending van *EenVandaag*, waarin werd gesteld dat de door Terumo geproduceerde injectienaalden vervuild zouden zijn met onverharde epoxylijm. De rechtbank oordeelde dat deze beschuldiging niet werd bewezen en dat de uitzending om die reden onrechtmatig was. In deze zaak voerden de twee betrokken redacteuren aan dat zij geen hoofd- of eindredacteuren zijn en daarom ook niet hebben beslist over het al of niet uitzenden. De rechtbank passeerde dit verweer onder verwijzing naar de belangrijke rol die de redacteuren hebben vervuld bij de voorbereiding van de uitzending (onder meer door het afnemen van interviews) en de samenstelling en vaststelling van de inhoud van die uitzending. Bovendien hadden de redacteuren zich aan

46. EHRM 19 december 2006, 62202/00, ECLI:NL:XX:2006:BA0287 (Radio Twist A.S./Slowakije).

47. EHRM 4 juni 2009, 21277/05, ECLI:NL:XX:2009:BJ4575 (Standard Verlags GMBH/Oostenrijk (nr. 2)).

48. Zie over de relatie tussen 'ethics of journalism' en art. 10 EVRM ook EHRM 10 december 2007, 69698/01, ECLI:NL:XX:2007:BC3389 (Stoll/Zwitserland).

49. Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3557 en Hof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1637.

50. Rb. Amsterdam 25 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5130, r.o. 4.9.6.2.

51. Rb. Amsterdam 13 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2121 (Terumo/AVROTROS).

de uitzending verbonden door mee te werken aan een radio-interview c.q. een blog over het onderwerp te schrijven en waren zij om die reden persoonlijk aansprakelijk, aldus de rechtbank.⁵²

Voor de stelling dat journalisten niet zonder meer aansprakelijk zijn, is steun te vinden in het vonnis van de rechtbank Den Haag in de zaak Roompot/Consumentenbond.⁵³ De voorzieningenrechter oordeelde, ten overvloede, dat de betrokken onderzoeker/redacteur niet slechts op basis van zijn dienstverband aansprakelijk kan worden gehouden. De voorzieningenrechter overwoog in dat verband voorts dat het de Consumentenbond is die besloot tot publicatie en niet de betrokken redacteurs.⁵⁴

De rechtspraak is echter casuïstisch en ook grillig. Niet zelden zijn journalisten aansprakelijk gehouden zonder dat de rechter daar veel woorden aan vuil heeft gemaakt.⁵⁵ Als die aansprakelijkstelling gepaard gaat met hoge claims wegens immateriële schade, dan heeft dat onmiskenbaar een *chilling effect* en komt de persvrijheid al snel onder druk te staan.

7 Afsluitend

Alles overziende bestaat er geen gegronde vrees voor 'Ierse toestanden' in Nederland. De rechtspraak van het EHRM fungeert als een rem op hoge schadevergoedingen die, naar *domestic standards*, als buitensporig moeten worden beschouwd. Dat er in andere landen hogere vergoedingen worden toegekend, legt weinig gewicht in de schaal. De verdragsstaten zijn vrij hun eigen maatstaven te ontwikkelen. Ook de Hoge Raad zoekt aansluiting bij hetgeen door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen is toegewezen. Voor wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van journalisten valt te verdedigen dat het *chilling effect* nog krachtiger is, aangezien de dreiging van persoonlijke aansprakelijkheid en daarmee gepaard gaande hoge claims voor een journalist verstrekende gevolgen kunnen hebben. De rechtspraak laat in dat verband echter (nog) niet een duidelijke lijn zien.

52. Het vonnis is bij arrest van 23 juni 2020 vernietigd door het gerechtshof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2020:1637). Omdat het hof oordeelde dat de uitzending niet onrechtmatig was, liet het hof de grieven tegen de aansprakelijkheid van de redacteurs onbesproken.

53. Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1301 (Roompot/Consumentenbond).

54. Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1301 (Roompot/Consumentenbond), r.o. 4.2.

55. Zie bijv. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2210.