
Gelijke monniken, gelijke kappen?

Serge Vlaar

Art. 10 Lid 2 EVRM, dat beperkingen op de vrijheid van meningsuiting onder meer toestaat ter bescherming van de goede naam van anderen, wordt door het EHRM restrictief uitgelegd. Toch zijn er grote verschillen in de rechtspraak omtrent dit artikellid binnen de lidstaten. Met name in Groot Brittannië kan het iemand, op grond van de zogenaamde ‘libel’-praktijk, duur komen te staan ongefundeerde uitlatingen over iemand anders te doen. Zo is er een heus ‘libel’-toerisme op gang gekomen.

Art. 10 lid 1 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermt de vrijheid van meningsuiting. Lid 2 bepaalt onder welke omstandigheden lidstaten die uitingsvrijheid mogen beperken. Beperkingen zijn toegestaan indien zij: ‘...bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van ...(onder meer, S. Vlaar), ...de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen ...’Dit artikellid pleegt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vrij strak te worden uitgelegd. Lidstaten krijgen betrekkelijk weinig ‘margin of appreciation’ als het gaat om het beperken van uitingsvrijheid. Men zou dus verwachten dat de rechtspraak van lidstaten op het gebied van beperking van uitingsvrijheid min of meer op elkaar lijkt. Die verwachting komt niet altijd uit. In deze bijdrage wil ik twee recente zaken bespreken, een Nederlandse en een Engelse, die qua feitensubstraat sterk op elkaar lijken maar (vooralsnog) tot een radicaal andere uitkomst hebben geleid. Ik wil deze zaken behandelen tegen de achtergrond van art. 10 lid 2 EVRM, en bezien of er een verklaring voor het verschil in uitkomst gegeven kan worden en nagaan welke uitspraak het best in de Straatsburgse jurispru-

dentie omtrent de beperking van uitingsvrijheid past.

DE FEITEN

Op 14 oktober 2000 houdt de Vereniging tegen de Kwakzalverij (‘Vereniging’) haar jaarvergadering. Bij die gelegenheid wordt een congresbundel verspreid, waarin een eerder door de Vereniging vastgestelde Top 20 van Kwakzalvers in de Twintigste Eeuw wordt weergegeven. Op de zevende plaats staat Maite Sickinge, orthomaneel arts te Den Haag. Aan haar wordt, zoals aan alle anderen op de lijst, een korte biografie gewijd. De lijst wordt in een aantal media gepubliceerd. In 2001 wordt met toestemming van de Vereniging een boekje uitgegeven door de Stichting Skep is met als hoofdtitel *Genezen is het woord niet* en met ondertitel *Biografische schetsen van de meest notoire genezers van de Twintigste Eeuw*. De inhoud van dit boekje is vrijwel geheel gelijk aan de congresbundel. Sickinge maakt bezwaar tegen deze publicaties. Dat bezwaar is niet gericht tegen de biografische schets als zodanig, maar tegen het feit dat Sickinge überhaupt op de lijst van Top 20 Kwakzalvers in de Twintigste Eeuw is geplaatst. Sickinge spant een procedure aan.

Op 19 april 2008 publiceert de bekende Engelse wetenschapsjournalist Simon Singh een column in *The Guardian*, waarin hij stelling neemt tegen bepaalde pretenties van sommige chiropractors. Er zijn namelijk chiropractors die beweren dat zij met behulp van chiropractie typische zuigelingen kwalen als darmkrampen, regelmatig terugkerende oorontsteking, 'huilbaby'-syndroom, enz., kunnen verhelpen. Singh schrijft:

'The British Chiropractic Association claims that their members can help treat children with colic, sleeping and feeding problems, frequent ear infections, asthma and prolonged crying, even though there is not a jot of evidence. This organisation is the respectable face of the chiropractic profession and yet it happily promotes bogus treatments.'

The British Chiropractic Association ('BCA') voelt zich aangevallen en betreft Singh in rechte.

EUROPEESRECHTELIJK KADER

In beide voorliggende gevallen spelen twee hoogstaande belangen. Aan de ene kant het recht op bescherming van de eer en goede naam. Dit recht wordt gezien als een onderdeel van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De persoonlijke levenssfeer wordt beschermd door art. 8 EVRM. Daartegenover staat art. 10 EVRM, dat de vrijheid van meningsuiting beschermt. Zoals gezegd kan de vrijheid van meningsuiting worden beperkt, onder meer in het kader van bescherming van een anderszins eer en goede naam. Of dat in een concreet geval moet gebeuren, is een kwestie van afweging. Geen van beide rechten weegt automatisch zwaarder dan het andere. Het recht moet in de feiten en omstandigheden van de zaak zelf gevonden worden. Voor deze afweging heeft het EHRM een stelsel van ijkpunten ontwikkeld dat steeds verder verfijnd wordt.

Een belangrijk uitgangspunt bij de afweging tussen beide grondrechten is dat feiten bewezen kunnen worden, maar waardeoordelen niet. Dit brengt mee dat men bij het uiten van waardeoordelen een grotere mate van vrijheid geniet, dan bij het uiten van een vaststelling van feiten. Dat ligt ook voor de hand, want waardeoordelen zijn bij uitstek de drager van een mening. Dit betekent echter niet dat er geen enkele beperking aan het uiten van een waardeoordeel

opgelegd mag worden. Een waardeoordeel dient een voldoende basis in de vaststaande feiten te hebben. Wat 'voldoende' is hangt af van de omstandigheden van het geval. Een daarvan is dat naarmate het waardeoordeel negatiever – en dus grievender – is er een sterkere feitelijke basis voor aanwezig moet zijn. Anders dan het waardeoordeel kan die feitelijke basis wel het voorwerp van bewijsvoering zijn.

DE BETEKENIS VAN WOORDEN

In beide zaken is de betekenis die wordt toegekend aan de gebezigde woorden een belangrijk element. In het geval Sickinge gaat het om de betekenis van het begrip 'kwakzalver'. Bij Singh gaat het om de betekenis van het woord 'bogus'. Beide begrippen hebben gemeen dat zij meerduidig zijn. Hoewel *Van Dale* niet de absolute wijsheid in pacht heeft, is het zinnig om dat woordenboek te raadplegen om te bezien wat de bewuste termen volgens velen betekenen. Volgens *Van Dale* (*Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal*, veertiende herziene uitgave) is een kwakzalver:

1. Iem. die nutteloze middelen toepast ter genezing van de één of andere ziekte, of middelen beweert te kennen tegen alle mogelijke ziekten, ofwel iemand die zulke middelen, meestal met veel ophef, te koop aanbiedt, syn.: lapzalver, -onbevoegd beoefenaar van de geneeskunst;

2. (fig.) Iem. die het publiek wat op de mouw wil spelden, syn.: boerenbedrieger, oplichter, knoeier... De secundaire betekenis van *Van Dale* is aanzienlijk negatiever dan de primaire. De secundaire gaat uit van de kwade trouw van de kwakzalver in kwestie, terwijl de primaire betekenis niets zegt over de intentie van de kwakzalver. De primaire betekenis sluit goed aan bij de uitgebreidere definitie van de Vereniging, die bovendien expliciet stelt dat zij niets kan en wil zeggen over de goede of kwade trouw van de betrokkene. Het gaat alleen om de handelwijze.

Ten aanzien van 'bogus' valt in *Van Dale* (*Van Dale, Groot Woordenboek Engels-Nederlands*, derde druk) te lezen:

'0.1 vals = 7 onecht, zogenaamd, pseudo, -; + 1.1-a company zwendelonderneming.'

In *Webster* (*Webster's New 20th Century Dictionary of the English Language*, second edition) valt als definitie te lezen:

'false; sham; counterfeit.'

Ook ‘bogus’ kent zowel een objectieve, relatief neutrale betekenis (onecht, zogenaamd, pseudo) als een die op de intentie van de dader ziet (zwendel, counterfeit).

Beide begrippen kunnen in de context van geschetste uitingen worden opgevat als een feitelijke beschrijving voor behandelingen die geen (bewezen) effect hebben, maar ook als een aanduiding voor oplichting en bedrog. In beide gevallen gaat het er dus om welke feitelijke betekenis de rechter aan het gebruik van de bewuste termen wenst toe te kennen: de zwaardere, die frauduleus handelen impliceert, of de lichtere, die een aanduiding vormt van het feit dat er behandelingen worden aangeboden die niet-effectief zijn.

DE AANGEVALLEN BEHANDELINGEN

Ook als men kijkt naar de bekritiseerde behandelingen lijken beide zaken veel op elkaar. De orthomanele geneeskunde (OMG), die in de jaren zestig door Sickness is ontwikkeld, ziet primair op behandeling van aandoeningen van nek, rug en schouders. Voor de effectiviteit van die behandelingen bestaat geen bewijs, maar als Sickness zich tot die behandelingen zou hebben beperkt, dan zou zij naar alle waarschijnlijkheid niet in de Top 20 zijn beland. Sickness is echter gaandeweg gaan pretenderen en uitdragen dat met OMG ook menstruatieklachten, suikerziekte, maagpijn, diarree, eczeem, astma, hartkloppingen, oorsuizingen, enz., enz. goed behandeld kunnen worden, terwijl zelfs ziektebeelden als schizofrenie, autisme en manisch-depressieve aandoeningen een gevolg zouden zijn van corrigeerbare standafwijkingen van de bovenste nekwervels. Het zijn juist deze verder strekkende pretenties die Sickness haar zevende plaats hebben doen verdienen.

In het geval Singh is het niet anders. Chiropractie is een – overigens onbewezen – behandelingsmethode voor aandoeningen van het bewegingsapparaat. Daartegen richten de bezwaren van Singh zich niet. Zijn pijlen richt hij op het feit dat er chiropractors zijn die beweren allerlei kwalen van zuigelingen te kunnen genezen met behulp van chiropractie. Het gaat daarbij om darmkrampen, slaap- en voedingsproblemen, regelmatige oorinfecties, ‘huilbaby-syndroom’, enz., enz. Singh meent dat de BCA de plicht

heeft zich van dergelijke verstrekkende pretenties te distantiëren en neemt het de BCA kwalijk dat zij zulks nalaat. Door dit na te laten bevordert de BCA het aanbieden van ongefundeerde en onbewezen geneeswijzen.

Zowel bij Singh als bij de Vereniging gaat het dus om behandelingen die oorspronkelijk op het bewegingsapparaat waren gericht, maar waarvoor één of meer beoefenaren in de loop der tijd veel verderstrekkende pretenties hebben geponeerd. De vraag wordt daarmee of die verderstrekkende pretenties als ‘kwakzalverij’, respectievelijk ‘bogus’ gekwalificeerd mogen worden.

DE ZAAK SICKESZ

De rechtbank gaat uit van de gedetailleerde en geobjectiveerde definitie van het begrip ‘kwakzalver’ die de Vereniging zelf heeft gegeven (Rb. Amsterdam 3 augustus 2005, niet gepubliceerd). Aan die definitie is in ieder geval elke verwijzing naar de goede of kwade trouw van de betreffende kwakzalver vreemd. Hoewel er ook een negatievere duiding aan het begrip ‘kwakzalverij’ kan worden gegeven, meent de rechtbank dat het feit dat de pers en het grote publiek mogelijk een negatievere betekenis zullen hanteren niet aan de Vereniging mag worden toegeworpen. De Vereniging is steeds duidelijk geweest en heeft slechts een objectieve, feitelijke beschrijving van het handelen van Sickness willen geven. De rechtbank wijst Sickness’ vorderingen af. Sickness gaat in beroep.

In hoger beroep oordeelt het hof anders (Hof Amsterdam 31 mei 2007, *Mediaforum* 2007, g, p, 286 e.v. [m.nt. D. Griffiths]). Juist het feit dat het grote publiek de aanduiding ‘kwakzalver’ veelal in de negatieve zin van ‘oplichter’ of ‘boerenbedrieger’ zal opvatten, brengt mee dat de Vereniging zich van het bezigen van die term in verband met Sickness had moeten onthouden. Daar komt bij dat niet gezegd kan worden dat aan OMG geen enkele werking toekomt. Door onder deze omstandigheden toch de term ‘kwakzalverij’ te hanteren heeft de Vereniging onrechtmatig gehandeld jegens Sickness en dient zij te rectificeren. Van dit oordeel is beroep in cassatie bij de Hoge Raad ingesteld.

Advocaat-generaal Wuisman poogt het stelsel van het EVRM in te passen in het Nederlands recht door te concluderen dat het grote publiek

mogelijk een negatievere betekenis aan het begrip 'kwakzalver' zal hechten dan de Vereniging heeft bedoeld, maar dat zulks niet spoedig aan de Vereniging valt toe te rekenen. De advocaat-generaal schrijft:

'Voor toerekening lijkt niet eerder plaats dan wanneer er sprake is geweest van een aanmerkelijke kans dat in de kring van personen tot wie de Vereniging zich richt, de term toch in negatieve betekenis zou worden opgevat en de Vereniging zich om die omstandigheid niet zou hebben bekommerd.'

De advocaat-generaal redeneert vanuit het systeem van het Nederlandse recht betreffende de onrechtmatige daad. Op zichzelf is hier veel voor te zeggen. Omwille van de helderheid en voorspelbaarheid is het wenselijk om het nationale recht zoveel mogelijk in stand te laten en verdragsnormen in te passen in het eigen recht. De vraag is echter of hiermee het EVRM voldoende recht wordt gedaan.

De Hoge Raad komt tot dezelfde conclusie als de advocaat-generaal, maar gebruikt een andere – en mijns inziens overtuigender – redenering (HR 15 mei 2009, NI 2009,372 [m.nt. E.J. Dommering]). Een verdrag zoals het EVRM schept een eigen rechtssfeer die direct ingrijpt in de nationale rechtssfeer en daar voorrang op heeft, ook als het gaat om de zogenaamde horizontale werking van grondrechten. De aanpak van de Hoge Raad lijkt dat beter weer te geven dan de oplossing die de advocaat-generaal voorstaat. Net zoals het hof gaat de Hoge Raad ervan uit dat de bewuste uitlatingen van de Vereniging over 'kwakzalverij' in de media en door een breed publiek mogelijk in de negatievere betekenis van het woord zullen worden opgevat. De Vereniging zelf heeft echter uitdrukkelijk de meer neutrale betekenis willen hanteren. Daarom behoeft zij zich in het kader van het maatschappelijk debat, niet te laten weerhouden van het gebruik van het woord 'kwakzalverij' (...) in de daarbij door haar vermelde en toegelichte betekenis. (...) Daarbij is in aanmerking te nemen dat de Vereniging het grote publiek heeft willen waarschuwen voor wat zij als kwakzalverij beschouwt en dat zijzelf door de inhoud en context van haar publicaties heen onduidelijkheid heeft laten bestaan over wat zij daarmee bedoelt. In dit verband beroept zij zich terecht op artikel 10 EVRM.'

De opvatting van de Hoge Raad gaat verder dan

die van zijn advocaat-generaal. In de opvatting van de Hoge Raad bepaalt de Vereniging zelf de reikwijdte van het maatschappelijk debat waaraan zij deelneemt en geeft zijzelf de definities van de uitlatingen die zij daarin bezigt. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam omdat dat arrest de vrijheid van meningsuiting van de Vereniging tekort doet. Bovendien vernietigt de Hoge Raad het oordeel van het hof dat 'niet kan worden gezegd dat de behandelmethoden van Sickness en de orthomaneuele geneeskunde geen (enkel) effect hebben'. In het licht van de uitgebreide argumentatie en bewijsvoering van de Vereniging van het tegendeel heeft het hof dat oordeel niet naar behoren onderbouwd.

De Hoge Raad verwijst de zaak terug naar het Hof Den Haag om, met inachtneming van het arrest van de Hoge Raad, te bepalen of er van onrechtmatig handelen van de Vereniging sprake is. Gezien het arrest van de Hoge Raad lijkt er voor een dergelijke discussie niet veel ruimte meer te bestaan. Tot nu toe hebben beide partijen de zaak verder laten rusten.

DE ZAAK SINGH

De zaak *Singh* lijkt – zoals gezegd – in belangrijke mate op de zaak *Sickness*, maar er is een belangrijk onderscheid. De zaak *Sickness* is voorlopig uitgeprocedeerd, terwijl de zaak *Singh* eigenlijk pas begint. Er is een eerste oordeel geweest van een alleenzittende rechter uit de High Court, Sir David Eady, over de waardering van de gebruikte termen en de bewijslastverdeling. Inmiddels heeft Singh, na enige strubbelingen, toestemming gekregen om van dat oordeel hoger beroep in te stellen. Dat hoger beroep is op dit ogenblik hangende. Op 22 februari jl. is de eerste zitting geweest en binnenkort wordt het eerste (tussen)vonnis verwacht. Het oordeel van Sir David Eady heeft flink wat stof doen opwaaien en speelt een belangrijke rol in de discussie over de vraag hoe het verder moet met het Engelse 'libel'-recht. Op deze laatste discussie zal ik verderop kort ingaan. Voorlopig staat het oordeel inzake Singh centraal.

De kernoverwegingen uit het vonnis van de High Court (High Court, Queens Bench Division, 7 mei 2009, nog niet gepubliceerd, maar te kennen uit: <http://jackofkent.blogspot.com/2009/05/bca-v-singh-official-ruling.html>) luiden: 'What the article conveys is that the BCA it

selfmakes claim to the public as to the efficacy of chiropractic treatment for certain illnesses even though there is not a jot of evidence to support those claims. That in itself would be an irresponsible way to behave and it is an allegation that is plainly defamatory of anyone identifiable as the culprit... It is said that despite its outward appearance of respectability it is happy to promote bogus treatments. Everyone knows what bogus treatments are. They are not merely treatments which have proved less effective as they were at first thought to be, or which have shown by the subsequent acquisition of more detailed scientific knowledge to be ineffective. Bogus treatments equate to quack remedies; that is to say that they are dishonestly presented to a trusting and, in some respects perhaps, vulnerable public as having proven efficacy in the treatment of certain conditions or illnesses, when it is known that there is nothing to support such claims.

...

It is alleged that a claimant promotes the bogus treatment and "happily". What that means is not that they do it naively or innocently believing in the efficacy but rather that they are quite content and, so to speak with their eyes opened present what are known to be bogus treatments as useful and effective. That is in my judgment the plainest allegation of dishonesty and indeed it accuses them of thoroughly disreputable conduct.'

De consequentie van deze uitspraak heeft, indien hoger beroep en verdere rechtsmiddelen falen, verregaande consequenties voor het verdere verloop van het geding. De rechter maakt immers duidelijk dat hij vindt dat 'bogus' kwade trouw impliceert en gezien moet worden als een uitspraak over feiten. Feiten zijn vatbaar voor bewijs. Singh zou dus moeten bewijzen dat de BCA te kwader trouw handelt. Een dergelijk bewijs is zeer bezwaarlijk te leveren. Als de uitspraak overeind blijft, dan staat de uitkomst van het geding grotendeels vast. Singh zal de procedure verliezen en zal daarmee in aanzienlijke problemen geraken. Om dat duidelijker te maken maak ik een klein zijstapje naar de Engelse 'libel'-praktijk.

DE ENGELSE 'LIBEL'-PRAKTIJK

De Engelse rechter acht zich al snel bevoegd in 'libel'-zaken. Indien iemand, waar dan ook

ter wereld, kan aantonen dat iemand anders in Groot-Brittannië potentieel beledigend materiaal heeft gekocht, gelezen of gedownload, dan kan deze potentieel beledigde een zaak in Engeland beginnen. Het opstellen van een eerste verdediging kost de schrijver of uitgever al gauw £ 50.000. Als de zaak daadwerkelijk voor de rechter komt zijn die kosten veel hoger. In 2007 ging Rinat Akhmetov, een Oekraïens oligarch, naar de Londense rechter om een in de Oekraïne gevestigde website aan te vallen over een artikel dat alleen in het Oekraïens gepubliceerd was. Omdat dit artikel ook in Groot-Brittannië werd gelezen achtte de Engelse rechter zich bevoegd. De sitehouder werd vervolgens veroordeeld tot een schadevergoeding van £ 50 000, met een aanzienlijke kostenveroordeling (onder meer te kennen uit *The Economist* 14 november 2009, p. 17 en 18). In een vergelijkbare zaak dagvaardde een welgestelde Saoedi een Amerikaanse auteur voor beschuldigingen in een boek dat in Amerika was uitgegeven, maar waarvan 23 exemplaren via internet in Groot-Brittannië waren verkocht. Ook hier achtte de Engelse rechter zich bevoegd (*Mahfoez/Ehrenfeld*, [2005] EWHC (Q.B.D.) 1156 (Eng); zie tevens de documentaire *The Libel Tourist*, toegankelijk via YouTube). De Saoedi won, kreeg ruim £ 100.000 aan schadevergoeding en een aanzienlijk bedrag aan kosten toegekend. In beide gevallen liet de gedaagde partij verstek gaan. Er zijn echter (veel) meer – ook op tegenspraak gewezen – voorbeelden te geven. Daar komt bij dat in een Engels geding, anders dan in de meeste andere Europese staten, de verliezer, naast zijn eigen advocaatkosten, ook de volledige kosten van zijn wederpartij draagt, tenzij die onredelijk hoog zijn, wat echter niet snel het geval gevonden wordt. De tarieven van gespecialiseerde barristers zijn dusdanig dat zelfs de eerste procesperikelen al snel meer dan £ 100.000 kosten en een volledig geding vaak veel meer. Zo heeft Singh tot nu toe al ruim £ 100.000 aan eigen advocaten uitgegeven, terwijl er alleen voorvragen aan de orde zijn geweest.

Waarom zouden al die buitenlanders de Engelse rechter opzoeken om daar hun zaak voor te leggen? Dat is omdat het Engelse systeem buitengewoon 'eiservriendelijk' is. Het Engelse recht legt een zware bewijslast op degene die een openbare uitspraak doet. Die moet bewijzen dat alles wat hij heeft gezegd waar is. Verschui-

ving of omkering van bewijslast is daarbij niet of nauwelijks aan de orde. Het Engelse recht kent niet de sterke 'free-speech'-verdedigingen die bijvoorbeeld het first amendment uit de Verenigde Staten of veel continentale Europese wetten bieden. Deze zware bewijslast, gekoppeld aan hoge kosten, heeft een 'chilling effect' op het openbaar debat en kan er potentieel voor zorgen dat de pers en andere voorlichtende media hun belangrijkste taak, namelijk voorlichting van het publiek waar andere voorlichting uitblijft, niet meer zullen kunnen vervullen.

De Engelse praktijk is ook internationaal niet onopgemerkt gebleven. Zo hebben verschillende Amerikaanse staten slachtoffers van 'libel tourism' het recht gegeven om een tegeneis in de Verenigde Staten in te stellen. Grote Amerikaanse nieuwszenders hebben er ook genoeg van. Zij hebben miljoenen uitgegeven om zich te verdedigen tegen Londense 'libel suits'. Zeker nu de budgetten onder druk staan wordt de situatie nijpend. Er zijn nieuwsorganisaties die dreigen niet langer in Engeland te verkopen en toegang tot hun internetsites vanuit Engeland te blokkeren. Ook de Europese rechter heeft de Engelse praktijken al eerder beperkt. Zo heeft het Hof van Justitie van de EG al in de jaren negentig in een Engelse zaak bepaald dat de Engelse rechter slechts bevoegdheid heeft om te oordelen over schade door buitenlandse onrechtmatige perspublicaties die zich daadwerkelijk in Engeland heeft voorgedaan (HvJ EG 7 maart 1995, *NJ* 1996, 269 (*Shevill*; m.nt. ThNdB)). De Engelse rechter kan dus niet langer oordelen over schade die elders is voorgevallen. Deze inperking van internationale bevoegdheid geldt echter alleen voor – kort gezegd – Europese gedaagden. In andere zaken blijft de Engelse rechter ten volle bevoegd. Het EHRM heeft bovendien in twee gevallen geoordeeld dat het Engelse systeem van schadevergoedingen en kostenveroordelingen niet steeds ongeschonden door het EVRM-filter kan komen. Al in jaren negentig kwam het EHRM tot de conclusie dat een veroordeling van £ 1,5 miljoen aan schadevergoeding een 'chilling effect' op de vrijheid van meningsuiting zou kunnen hebben (EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 (*Tolstoy Miloslavsky*; m.nt. E.J. Dommering)). In een recent geval gingen naar het oordeel van het EHRM een aantal kranten te ver in het vorderen van kostenveroordelingen.

In deze zaak vorderden vier Britse kranten, die ieder hun eigen advocaten hadden geïnstrueerd een gezamenlijke kostenveroordeling van ruim £ 600.000. Het EHRM vond het bedrag excessief en matigde het totaalbedrag tot £ 160.000 (EHRM 15 december 2009, nog niet gepubliceerd, *Financial Times* e.a./Verenigd Koninkrijk).

De Engelse regering lijkt inmiddels ook te begrijpen dat er wat mis is. Op 27 december 2009 heeft Jack Straw, de Minister van Justitie, aangekondigd dat hij een panel samenstelt van advocaten, academici en krantenuitgevers om te praten over verbeteringen van de wetgeving op dit punt. Hij kondigt aan in de loop van maart 2010 met een rapport te zullen komen. Ook heeft Straw 'contingency fees' in smaadzaken, die vaak 100% beliepen gematigd tot een maximum van 10%.

Of dit alles Singh veel zal helpen is de vraag. Wetgeving pleegt niet met terugwerkende kracht te worden ingevoerd, zodat Singh waarschijnlijk het met het huidige recht zal moeten doen.

DE ZAAK SINGH: HOE NU VERDER?

Singh heeft na een eerste mislukte poging uiteindelijk toestemming gekregen om beroep in te stellen (14 oktober 2009, [2009] EWCA Civ 1154). De rechter die daarover moest oordelen, Lord Justice Laws, had namelijk twijfels over de vraag of 'bogus' een feitelijke vaststelling van opzettelijke oneerlijkheid was en niet slechts een kwalificatie:

'It is arguable that his (Sir David Eady S. Vlaar) approach to the issue of whether something that was objectively verifiable could be a comment was legally erroneous... I give no finding as to the end result. I only give reasons why the appeal ought to be allowed to go forward.'

De appelrechter laat dus open of het woord 'bogus' moet worden geïnterpreteerd als een feitelijke uitspraak of als een waardeoordeel. Indien het een waardeoordeel is hoeft het niet bewezen te worden.

Het EHRM pleegt inperkingen van de vrijheid van meningsuiting aan zware eisen te onderwerpen. In het geval van uitingen die voor tweeërlei

uitleg vatbaar zijn heeft het EHRM al in 2001 beslist dat de dubbelzinnigheid van gebruikte waardeoordelen niet doorslaggevend mag zijn bij een oordeel over een debat. Het komt neer op de werkelijke inhoud van dat debat (EHRM 27 februari 2001, *Mediaforum* 2001,18 (*Susanne Jerusalem/Oostenrijk*)). Dit is een sterke aanwijzing dat het EHRM vooral geneigd is te kijken naar het debat dat de spreker met de uiting heeft willen aansnijden. Dubbelzinnige termen moeten aan de hand daarvan worden 'ingevuld'. In 2008 heeft het EHRM bovendien een uitspraak gedaan in een zaak waarbij een Hongaar strafrechtelijk werd veroordeeld omdat hij bij een rechtmatig georganiseerde en vreedzame politieke bijeenkomst een rode ster droeg (EHRM 8 juli 2008, *NJ* 2009, 371 (m.nt. *E.J. Dommering*)). Een rode ster verwijst enerzijds naar het totalitaire sovjetverleden, maar anderzijds naar de internationale arbeidersbeweging. Nu het sovjetverleden ver genoeg verwijderd is om aanleiding tot verstoringen van de openbare orde te geven, mogen angstgevoelens geen grond vormen voor algemeen verbod op het enkele dragen van een rode ster. Er zal in ieder geval ook naar de context moeten worden gekeken. Singh's uitlatingen zijn niet gedaan in het kader van het politieke debat. Zij hebben echter wel ten doel het grote publiek te waarschuwen voor misstanden die anders misschien verborgen zouden blijven. Dit betreft de kern van de vrijheid van meningsuiting. Ingrijpen daarin wordt slechts toegestaan als er een 'pressing social need' is om een dergelijke ingreep toe te passen. Zeker gezien de meerduidigheid van het begrip 'bogus' en het feit dat dit woord bij uitstek geschikt is om een waardeoordeel weer te geven is het aannemelijk dat de Europese norm meebrengt dat de vrijheid van meningsuiting dient te prevaleren. De Engelse rechter zal die Europese norm echter een plaats moeten zien te geven in het Engelse recht, en met name in de Engelse bewijslastverdeling. Die bewijslastverdeling lijkt op zich al moeilijk te verenigen met de in het EVRM vastgelegde vrijheid van meningsuiting. Indien er bij meerduidige termen ook nog van de meest negatieve wordt uitgegaan, die vervolgens ten volle moet worden bewezen, dan bestaat het risico dat er van die vrijheid van meningsuiting (te) weinig overblijft. Hoe de Engelse rechter en wetgever hiermee om zullen gaan moet worden afgewacht. Hierbij

merk ik nog op dat het Engelse recht – anders dan het Nederlandse, maar eender aan diverse andere Europese rechtssystemen – geen directe werking aan het EVRM toekent. Weliswaar dient het Engelse recht (op grond van nationaal Engels recht) zoveel mogelijk in overeenstemming met het EVRM te worden uitgelegd, maar een direct beroep op een grondrecht uit het EVRM is in Engeland niet mogelijk. Een dergelijk incorporatiestelsel bemoeilijkt de Europese harmonisatie van grondrechten, zoals ook uit de in dit artikel beschreven situatie blijkt.

EVALUATIE

Het is inmiddels wel duidelijk dat ik de Engelse praktijk, zoals die blijkt uit de zaak *Singh*, op gespannen voet vind staan met de Straatsburgse jurisprudentie. De rechter is uitgegaan van de meest negatieve betekenis van het gebezigde begrip, terwijl het artikel van Singh aanleiding gaf om voor wat betreft de feiten, van een meer neutrale betekenis van het begrip 'bogus' uit te gaan. Door uit te gaan van de meest negatieve feitelijke definitie van het woord 'bogus' is 'de kwade trouw tot een onderdeel van het feiten-substraat geworden. Dat feitensubstraat moet intergraal bewezen worden. Op die wijze zal er van de vrijheid van meningsuiting weinig overblijven. Kwade trouw is immers zeer moeilijk te bewijzen. De beperking van lid 2 van art. 10 EVRM zou daarmee de hoofdregel vervangen. Dat kan nauwelijks de bedoeling zijn. Evenmin lijkt de Engelse rechter veel oog te hebben gehad voor het feit dat het in de zaak *Singh*, net zoals in de zaak *Sickesz*, gaat om gezondheidsclaims. Juist in dergelijke zaken is er een aanleiding om de bewijslast te verschuiven, in die zin dat degene die een gezondheidsclaim poneert, in beginsel de juistheid daarvan zal moeten bewijzen. De strakke Engelse bewijslastverdeling in 'libel'-zaken is met dit alles moeilijk te verenigen. Men kan zich afvragen hoe dit Engelse stelsel zo lang onder de vigeur van het EVRM heeft kunnen voortbestaan. Dat komt enerzijds omdat slechts een (zeer) klein deel van de zaken die daarvoor in aanmerking komen daadwerkelijk door het EHRM worden beoordeeld. Maar anderzijds heeft de afwezigheid van directe werking hier zeker ook toe bijgedragen.

De Nederlandse praktijk sluit vooralsnog beter aan bij de Straatsburgse jurisprudentie. Men

kan discussiëren over de vraag of de aanpak van de advocaat-generaal, die enigszins lijkt te neigen naar een incorporatiestelsel, te prefereren is boven de aanpak van de Hoge Raad, die directe werking voorop lijkt te stellen. Mij lijkt directe werking beter, zoal niet in Straatsburgs opzicht, dan in ieder geval op grond van art. 94 Nederlandse grondwet.

SLOT

De BCA schijnt haar leden verzocht te hebben voorlopig af te zien van andere claims dan die voor aandoeningen van het bewegingsapparaat. Om dit ten tijde van gedingvoering over juist die exorbitante claims te doen, getuigt niet van grote moed. Wat dat betreft kan de BCA een voorbeeld nemen aan Sickness, die haar eerdere pretenties niet heeft prijsgegeven en nog steeds ten volle uitdraagt.

De zaken Sickness en Singh kennen een tot op grote hoogte vergelijkbaar feitensubstraat, een vergelijkbare kwalificatie ('kwakzalverij', respectievelijk 'bogus') en zijn beide onderworpen aan het EVRM. Op zichzelf zou de uitkomst dus ook in hoge mate vergelijkbaar moeten zijn. Tot nu toe is dat niet het geval. Daarbij moet echter bedacht worden dat de Vereniging in haar

uiting al heel duidelijk had aangegeven dat zij de term 'kwakzalverij' in zijn neutralere betekenis gebruikte, hetgeen Singh ten aanzien van 'bogus' niet, althans niet expliciet, heeft gedaan. Bovendien hebben er ook in Nederland meerdere instanties naar gekeken, namelijk de rechtbank, het hof, (de advocaat-generaal) en de Hoge Raad. Het hof kwam tot de conclusie dat het gebruik van de term 'kwakzalver' onder de omstandigheden onrechtmatig was. De andere instanties vonden dat niet, maar hebben niet steeds dezelfde redenering gevolgd om tot dat resultaat te komen. Het is nog niet bekend wat de hogere Engelse rechter van de zaak zal vinden. Mocht de zaak Singh bij het EHRM terechtkomen, dan zal mogelijk een (sub)tak aan de beslisboom bij conflicten tussen eer en goede naam enerzijds en uitingsvrijheid anderzijds bijgeknot worden, maar volgende (sub)takken zullen blijven uitbotten en ons van nieuwe discussie voorzien. ■

Dit artikel verscheen eerder in het Nederlands Juristenblad, 12, 26 maart 2010

Mr. S. Vlaar is advocaat te Den Haag en heeft de Vereniging tegen de Kwakzalverij bijgestaan in de feitelijke instanties van de zaak die in dit artikel wordt besproken.