



Annotatie bij EHRM 7 mei 2002 (McVicar / Verenigd Koninkrijk) en EHRM 13 november 2003 (Scharsach / Oostenrijk)

Verschenen in *NJ* 2004, nr. 337 en 338.

E.J. Dommering

1. De twee hier gepubliceerde zaken verduidelijken de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de bewijslast van in de media gedane beweringen. De eerste, *McVicar*, gaat over een journalist die zich bij de rechter moest verantwoorden over een bewering over doping in een vaktijdschrift. Aangezien de journalist zelf zijn verdediging moest voeren heeft deze zaak ook een artikel EVRM aspect. De tweede, *Scharsach*, gaat over een politicus die in de Oostenrijkse pers een *Kellernazi* was genoemd.

2. *McVicar*, is een socioloog die als free lancer publiceert in diverse Engelse bladen. De publicatie van zijn hand in het blad *Spiked* ging over een beroemde sprinter Linford Christie. Daarin beschuldigde hij Christie van doping. Voor die bewering had hij geen direct hard bewijs zoals hij in het artikel toegeeft: “Nevertheless there is no bloody hyperdomatic needle, and no direct evidence that points the finger at Christie.” Niettemin had hij toch geschreven (zie overweging 21): “Mr. Christie is a cheat who regularly used banned performance enhancing drugs to improve his success in atheletic competition.” De hoofdredacteur van *Spiked*, de onderneming die het blad uitgeeft en *McVicar* worden door Christie gedagvaard voor het High Court wegens laster. *McVicar* verschijnt in persoon voor de rechter, de uitgever en de hoofdredacteur laten zich vertegenwoordigen door de advocaat Mr Price. Uiteindelijk wordt het proces alleen tegen *McVicar* voortgezet, omdat de hoofdredacteur bij een verkeersongeluk om het leven is gekomen en de onderneming inmiddels in staat van faillissement is verklaard. In juni 1998 start de procedure. Price treedt inmiddels op voor de enig overgebleven gedaagde *McVicar*, maar moet eerst uitleggen dat hij dat kan doen omdat de advocaten van Christie hem uit de procedure willen weren wegens conflicterend belang. Price had namelijk eerder de uitgever geadviseerd over de voorgenomen publicatie. De rechter in eerste aanleg honoreert het verzoek Price van de procedure uit te sluiten, maar de appelrechter laat Price als advocaat voor de gedaagde toe, omdat hij de belangen van de uitgever en *McVicar* identiek acht (overweging 16 en 20). Daaruit moet ik afleiden dat Price eerder positief over de publicatie had geadviseerd. Later treedt Price terug omdat *McVicar* hem niet meer kan betalen. *McVicar* verliest de zaak voor de Engelse instanties, maar ook in Straatsburg.

3. *Artikel 6 EVRM*. De klachten in Straatsburg in de *McVicar* zaak vallen uiteen in klachten op grond van artikel 6 EVRM en klachten op grond van artikel 10 EVRM. Ik zal eerst ingaan op artikel 6 EVRM. Deze klacht heeft verschillende onderdelen.

Geen gratis rechtsbijstand in smaadzaken

McVicar heeft voor een groot deel zijn eigen verdediging moeten voeren en hij beklagde zich er daarom over dat hij zich niet effectief heeft kunnen verdedigen tegen de kapitaalkrachtige Christie die zich door een leger advocaten had laten bijstaan. De regeling voor gratis rechtsbijstand in het VK sluit smaadzaken uit. Het Hof grijpt voor de behandeling van deze klacht terug op de belangrijke beslissing in de Ierse Airey zaak van 9 oktober 1979, *Series A vol. 32*

(R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 85 e.v.). Het criterium dat het Hof in die zaak had geformuleerd was dat de toegang tot de rechter een *effectieve toegang* moet zijn. Dat betekent, aldus het Hof, dat het niet voldoende is dat de betrokkene *in persoon* voor de rechter kan verschijnen en zijn eigen zaak kan voordragen. Het Hof stelde toen: “It must therefore be ascertained whether Mrs. Airey's appearance before the High Court without the assistance of a lawyer would be effective, in the sense of whether she would be able to present her case properly and satisfactorily.” Deze norm herhaalt het Hof in deze zaak in de overwegingen 48 en 49 en hij verklaart haar ook van toepassing op een gedaagde (overweging 50). De norm wordt nader geconcretiseerd in drie toetsingsmomenten: de complexiteit van de procedure, de deskundigheid vereist om deskundigenbewijs naar voren te brengen en getuigen te ondervragen, en, tenslotte, de mate van emotionele betrokkenheid bij de zaak. Viel die toetsing toen in het voordeel van mevrouw Airey uit, voor McVicar loopt het anders af. Het Hof loopt het hele in nationale instanties gevoerde proces na aan de hand van de drie criteria, en concludeert dat McVicar zijn zaak wel in voldoende mate heeft kunnen verdedigen. Wat de afweging denatureert (zie overweging 56), is dat McVicar in het begin wel rechtsbijstand heeft gehad. Niettemin vind ik de overwegingen niet overtuigend: het ging om een proces voor een jury met discussies over de al dan niet toelaatbaarheid van deskundigenbewijs, cross examination van deskundigen en sterke emotionele betrokkenheid van de gedaagde bij de zaak. In de essentiële fase had McVicar het alleen moeten opknappen. Al met al is de concrete toetsing dus betrekkelijk onvoorspelbaar, en dat is voor de operationalisering van internationale normen een slechte zaak.

Het valt op dat in het kader van deze klacht niet een beroep op de discriminerende werking van de Engelse regeling gratis rechtsbijstand is gedaan. Het blijft volstrekt duister waarom smaadzaken in de VK van gratis rechtsbijstand zijn uitgesloten. In de Nederlandse rechtspraak is de ongelijke behandeling bij de rechtsingang in strijd met artikel 6 EVRM en 14 EVRM geacht (HR 30 september 1992, NJ 1994, 495, m.nt. EAA).

Uitsluiting van bewijs

Voor de High Court was een uitvoerige discussie gevoerd over de al dan niet toelaatbaarheid van door McVicar naar voren gebracht deskundigenbewijs. Men zou de behandeling van deze klacht bij dit artikel hebben verwacht maar wij vinden haar besproken in het kader van artikel 10 EVRM (overweging 76-79). Zowel de High Court als de Appèlrechter laten het door McVicar naar voren gebrachte deskundigenbewijs niet toe omdat ze het op voorhand niet voldoende specifiek vinden. Lezing van de overwegingen van de Engelse rechters (zie overwegingen 18 en 20) geeft mij de overtuiging dat het bewijs tamelijk lichtvaardig uit de procedure is geweerd op basis van een waardering vooraf van hetgeen de deskundigen zullen verklaren, iets wat in Nederland in het algemeen niet is toegestaan. De uiterst marginale toetsing van het verloop van de procedure staat in schril contrast met EHRM 9 december 1994 NJ 1997, 220 (m.nt. EAA onder 221), waarin het ging om de motiveringsplicht van de rechter bij de verwerping van gevoerd verweer. Toen stelde het EHRM zich als een soort derde beroepsinstantie op.

4. *Artikel 10 EVRM*. Het tweede deel van de klacht in de McVicarzaak heeft betrekking op artikel 10 EVRM. Daarvan is vooral de overweging betreffende de bewijslast interessant, zodat ik mij daartoe beperkt. Wel signaleer ik dat het Hof te gemakkelijk om gaat met de klacht dat het toegewezen verbod voor de toekomst veel te ruim is geformuleerd (overweging 21 en 82). Het Hof stelt voorop dat degene die een ernstige beschuldiging openbaar maakt in het algemeen een plicht heeft om de juistheid van de beweringen te verifiëren, tenzij hij reden heeft om de betrouwbaarheid van zijn bron niet te betwijfelen (EHRM 20 mei 1999, zaak Bladet Tromso NJ 2001, 64 m.nt. EJD). Het andere uitgangspunt dat het Hof kiest is dat waarde-oordelen niet behoeven te worden bewezen (EHRM 8 juli 1986, zaak Lingens NJ 1987, 901 m.nt. EAA, zie

ook EHRM 28 augustus 1992, zaak Schwabe, *NJ* 1994, 103, m.nt. EJD). Het Hof kwalificeert “Mr Chritie was a cheat who regularly used banned performance-enhancing drugs to improve his success in athletic competition” als een feitelijke bewering. Al in de zaak De Haes en Gijssels (EHRM 24 februari 1997, *NJ* 1998, 360, m.nt. EJD) had het gesteld dat waarde-oordelen vrij zijn en niet bewezen behoeven te worden, maar dat zij voldoende grondslag in de feiten moeten hebben en dat die feitelijke grondslag wel bewezen moet worden. In de zaak *Scharsach* waar het ging het om de vraag of een politicus mocht worden aangeduid als *Kellernazi*, herhaalt het Hof deze argumentatie. Uit dat arrest blijkt dat het Hof coulanter is ten aanzien van verwijzingen en associaties naar een politiek verleden, zelfs in de beladen context van de Oostenrijkse geschiedenis in WO II, als het gaat om een openbaar debat over politiek. Gaat het om concretere beschuldigingen in de sfeer van het strafrecht (of zoals in de zaak McVicar het plegen van 'bedrog' in het algemeen) dan heeft de bewering eerder een feitelijk karakter. Of, zoals het Hof het in overweging 42 van de Scharsach zaak zegt: “The standards applied when assessing someone's political activities under the aspect of morality are different from those required for establishing an offence under criminal law.” Het is goed dit onderscheid in het oog te houden, omdat er in de Nederlandse rechtspraak door de media te vaak en te gemakkelijk een beroep wordt gedaan op de vrijheid van het waarde-oordeel als het gaat om concrete beschuldigingen betreffende feitelijke gedragingen.