

IV R

Annotatie, Hoge Raad 8 april 2011 (Pretium Telecom/Tros), nr. 09/04045, Nederlandse Jurisprudentie, 2011-42, nr. 449, p. 4563-4565.

1.

In deze zaak gaat het om een (hooglopend) geschil tussen de telecom prijsbreker Pretium en de consumentenrubriek Tros Radar. Pretium vorderde maatregelen tegen de Tros naar aanleiding van drie uitzendingen die Tros Radar had gewijd aan de agressieve verkoopmethoden van Pretium. Daartoe had de Tros gebruik gemaakt van opnamen die met een verborgen camera waren gemaakt van de trainingscursussen van de Pretium telemarketers die vanuit een callcentrum opereerden. Aan de hand daarvan wilde zij illustreren dat de bellers werden getraind in agressieve methoden om de consument aan de telefoon snel 'plat' te krijgen.

2.

In cassatie draait het vooral om de stelling van Pretium dat Tros Radar bij het hanteren van de verborgen camera de leidraad van de Raad van de Journalistiek over het gebruik van verborgen camera's niet in acht had genomen, en *daarom* onrechtmatig zou hebben gehandeld. De normatieve kracht van de Leidraad (of het gebrek daaraan) wordt door de Raad van de Journalistiek (te downloaden via <http://www.rvdj.nl/rvdj-archive//docs/>) zelf als volgt omschreven:

'De Raad voor de Journalistiek beoordeelt naar aanleiding van een klacht over een journalistieke uiting of gedraging of de grenzen zijn overschreden van hetgeen, gelet op de eisen van journalistieke verantwoordelijkheid, maatschappelijk aanvaardbaar is. Bij de beoordeling van klachten bieden standpunten van algemene strekking, geformuleerd in eerdere oordelen van de Raad en in ambtshalve uitspraken, houvast. Overigens bevatten de Code van de Internationale Federatie van Journalisten (Bordeaux 1954 / Helsingör 1986) en de Gedragscode voor Nederlandse journalisten, opgesteld door het Genootschap van Hoofdredeacteurs (1995), normen die op enigerlei wijze zijn vervat in uitspraken van de Raad. De algemene standpunten van de Raad zijn vastgelegd in deze Leidraad.'

Ten aanzien van verborgen opnameapparatuur bepaalt de Leidraad:

'2.1.6. Het gebruik van verborgen opname-apparatuur(4), het overvallen van personen met draaiende camera en openstaande microfoon en het zich toegang verschaffen tot niet-openbare ruimten zonder zich als journalist bekend te maken, is niet toelaatbaar. Hiervan kan de journalist alleen afwijken als hem geen andere weg open staat om een ernstige misstand aan het licht te brengen of een zaak van maatschappelijk belang scherper te belichten, mits de werkwijze geen onevenredige inbreuk maakt op de privacy en de veiligheid van betrokkenen.

Voordat een redactie besluit tot publicatie of uitzending van de gesprekken en beelden die volgens de voornoemde werkwijzen zijn vergaard, dient zij het belang dat met de openbaarmaking wordt gediend, af te wegen tegen de inbreuk die de publicatie of uitzending maakt op rechten en rechtmatige belangen van betrokkenen.'

3.

De Hoge Raad verwerpt deze stelling in een bondig arrest. In r.o. 3.3.2. heet het: de norm 2.1.6 in de leidraad is in het kader van de door de rechter te verrichten afweging van het recht op vrije meningsuiting van de Tros en het recht op eerbiediging van de goede naam van Pretium en de onderling in aanmerking te nemen omstandigheden ‘geen rechtens aan te leggen criterium maar een omstandigheid die weliswaar in de regel gewicht in de schaal zal leggen, maar niet doorslaggevend behoeft te zijn.’ Bij deze overweging zijn twee kanttekeningen te maken: (1) die naar de betekenis van de uitspraken van de tuchtrechter en groepsnormen (tot welke categorie de leidraad eerder behoort) bij de beoordeling van de onrechtmatigheid en (2) die van de betekenis die rechtens behoort te worden toegekend aan de vraag of de journalist overeenkomstig zijn beroepsnormen heeft gehandeld.

4.

De door de Hoge Raad gegeven beslissing past in de vaste jurisprudentie dat de uitspraken van de tuchtrechter niet zonder meer beslissend zijn, zie laatstelijk HR 13 oktober 2006, NJ 2008/529, m.nt. Van Dam (zie onder 8 van diens noot). Dit arrest wordt ook geciteerd in de conclusie van de Advocaat-Generaal. Kortgezegd komt het er op neer dat de tuchtrechter de zaak vanuit een ander perspectief bekijkt dan de civiele rechter die met een aansprakelijkheidsvraag heeft te maken. Voor de materiële normstelling kan de civiele rechter te rade gaan bij de bevindingen van de tuchtrechter. Opmerking verdient dat de Leidraad (waarvan de status binnen de beroepsgroep ook niet onomstreden is) en de uitspraken van de Raad van de Journalistiek in het geheel niet voldoen aan de kwalificatie tuchtrecht, omdat de uitspreken niet bindend zijn en tuchtrecht door de Nederlandse Vereniging van Journalistiek consequent op principiële gronden wordt afgewezen, omdat het tot ongewenste inmenging van de overheid zou leiden. Bovendien is de omschrijving van de inhoud van de normen door de Raad van Journalistiek nogal schimmig: er wordt wel verwezen naar beroepsnormen, maar ook naar ‘de grenzen wat maatschappelijk aanvaardbaar is’. En die grens is typisch iets wat door de rechter wordt vastgesteld. Zie over de betekenis van de Raad van de Journalistiek en de vaagheid van de beroepsnormen: E.J.Dommering & C van Boxtel (red.), *Klachten over mediapublicaties*, Een onderzoek naar de mogelijkheden van eenvoudig toegankelijke niet rechterlijke procedures, rapport van de studiegroep van de Vereniging Media- en Communicatierecht (VMC), *Mediaforum* 2007-5, p. I-XX. Naar aanleiding van de in dit kritische rapport bepleite functie van een persombudsman is de Raad van de Journalistiek wel versterkt met meer mankracht en is er ook enig onderzoek gedaan naar de positie van de raden van journalistiek in Europa (Daphne C. Koene, *Raden van Journalistiek in West-Europa*, Diemen: Uitgeverij AMB 2008), maar tot een structurele wijziging om de (bindende) normatieve gelding van de uitspraken van de Raad te vergroten is het niet gekomen. Aan de uitspraken van de Raad en de leidraad komt dus geen hogere status toe dan die van groepsnormen, en zelfs dat is twijfelachtig, gezien de discussie binnen de beroepsgroep.

5.

Het tweede punt betreft niet de vraag of de beroepsnormen en uitspraken van (tucht) instanties voor de burgerlijke rechter bindend zijn voor zijn onrechtmatigheidsoordeel (dat zijn zij duidelijk niet), maar of de rechter moet onderzoeken of die normen en uitspraken zijn *nageleefd*. De Hoge Raad zegt dat de rechter dat ‘kan’ doen, maar laat het aan de feitelijke rechter over met een descriptieve constatering: ‘in de regel’ zal hij dat doen. Het EHRM hecht eraan dat

in nationale instanties wordt onderzocht of de journalist te goeder trouw heeft gehandeld overeenkomstig zijn beroepsmaatstaven (EHRM 10 december 2007, *NJ* 2008/236, m.nt. E.J. Dommering, onder 4). Deze tournure die in tal van uitspraken van het Hof over de pers terugkomt, gaat terug op de theorie van de institutionele ‘watchdog’ taak van de pers in de democratie, die het Hof in het verleden heeft omhelsd. Of het nu erg duidelijk is wat het Hof er precies mee bedoelt blijft een omstreden vraag (kritisch over de rechtspraak van het Hof wegens gebrek aan procedurele waarborgen bij de Raden: D. Voorhoof ‘Europese Mensenrechtenhof in de knoei met recht en journalistieke ethiek’, in *Mediaforum* 2008 11/12, p. 421; en op inhoudelijke gronden: Emmanuel Derieux, ‘Cour européenne des droit de l’Homme et éthique journalistique. Rapports entre droit et déontologie’, in: *Revue Lamy Droit de l’immatériel*, Mars 2011, nr 69, p. 64 e.v.). De vraag was in cassatie niet opgeworpen en wordt door de Advocaat-Generaal in zijn conclusie ook niet geadresseerd. Of bij de Nederlandse situatie van een ‘moeten’ sprake kan zijn, lijkt mij op grond van de dubieuze status van de beroepsnormen van de Nederlandse journalistiek twijfelachtig. Bovendien: inhoudelijk heeft de feitelijke rechter in deze zaak soortgelijke maatstaven gehanteerd als de leidraad (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal, onder punt 23 e.v.). De norm is dat de verborgen camera slechts bij uitzondering kan worden ingezet als middel van nieuwsgaring als redelijke alternatieven ontbreken en met de nieuwsgaring een groot algemeen belang is gediend.

6.

De rechter zal in perszaken mijns inziens op zoek moeten gaan wat in het gegeven geval van een redelijk en redelijk bekwaam handelende professional (de journalist) mag worden verlangd (C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, nr. 913). Bij de zoektocht naar wat die norm in het kader van artikel 10 EVRM inhoudt, hebben de uitspraken van de Raad van Journalistiek heuristische betekenis. Aangezien in de tijd van internet steeds meer mensen zich als journalist gaan gedragen (of met een term uit het geneesmiddelenrecht: zich als journalist *aandienen*; een middel dat zich aan het publiek *presenteert* als geneeskrachtig moet zich aan de regels voor geneesmiddelen houden) kan hieruit ook een normatief vergelijkingstype worden gedestilleerd. Dat wil niet zeggen dat iedere internetter met een journalist kan worden vergeleken (zie in mijn noot bij HR 18 januari 2008, *NJ* 2008/274 (Van Gasteren/Hemelrijk), onder 2 het daar naar voren gebrachte bezwaar dat Hemelrijk zich in die zaak juist niet als journalist had gepresenteerd). Iemand die wel die publieke pretentie heeft kan aan die pretentie gehouden worden. Er bestaan algemene waarheidsnoties (accuraatheid en oprechtheid) die ten grondslag liggen aan de betrekkingen in de informatiesamenleving (zie E.J. Dommering, ‘The ever growing complexity of regulating the information society’, in: Pieter Kleve, Kees van Noortwijk & Erasmus School of Law (eds.), *Richard de Mulderbundel*, Rotterdam: Erasmus School of Law 2011, p. 25) en ook vergelijkbare algemeen-filosofische opvattingen over waarheid als samenlevingsbeginsel (R. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 46). Die noties zijn te algemeen om in concreto de zorgvuldigheid van de waarheidsvinding rechtens vast te stellen, mede omdat het vaak ook gaat om *procedures van waarheidsvinding* die per forum kunnen verschillen (pers, wetenschap, rechtspraak). Een normatief vergelijkingsprofiel van ‘de journalist’ kan dus nuttig zijn voor die concretisering van wat zorgvuldige waarheidsvinding bij journalistieke of daarmee vergelijkbare publicaties inhoudt.

E.J. Dommering