



Annotatie bij Hoge Raad 14 juni 2011 (Maurice de Hond), *Nederlandse Jurisprudentie*, 2011-46, nr. 504, p. 5181-5182.

1.

De zaak betreft de aanhoudende beweringen in het openbaar (televisieprogramma's, kranteninterviews, weblogs) van opiniepeiler/leider Maurice de Hond dat de met naam en toenaam aangeduide X. de moordenaar is van de weduwe Wittenberg, waarvoor iemand anders in 2000 door het Gerechtshof in Arnhem tot twaalf jaar gevangenisstraf was veroordeeld (de zogenaamde 'Deventer moordzaak' uit 1999). De Hond had zijn kruistocht de ware dader in de Deventer moordzaak aan te wijzen al moeten bekopen met een civiele veroordeling tot schadevergoeding aan X., maar wordt in dit arrest ook veroordeeld voor het plegen van het delict smaad jegens X.

2.

Het gaat in de uitspraak om drie vragen: stond de civielrechtelijke veroordeling in de weg aan een veroordeling wegens smaad (artikel 261 Sr), stond het bestaan van een publiek debat over de 'ware dader' in de Deventer moordzaak in de weg aan een veroordeling wegens smaad (artikel 10 EVRM), en, heeft artikel 263 lid 3 Sr (het te goeder trouw menen dat de beschuldiging op waarheid berust en dat het naar buiten brengen van de beschuldiging een algemeen belang dient) zelfstandige betekenis naast artikel 10 EVRM. Op de eerste twee vragen geeft de HR een ontkennend antwoord, op de laatste een bevestigend antwoord zonder dat dit overigens tot vernietiging van het arrest moet leiden.

3.

De eerste vraag valt uit een in twee vragen (onderscheiden in overweging 5.2.), namelijk a. of het bestaan van een civielrechtelijke veroordeling wegens smaad op grond van artikel 10 EVRM moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM, dus een *beletsel is te vervolgen*, en b. of de veroordeling in het licht van artikel 10 EVRM een *proportionele beperking* van de vrijheid van meningsuiting is. Ten aanzien van vraag a. beslist de HR dat het binnen de beoordelings- en beleidsvrijheid van het opportuniteitsbeginsel valt of het OM vervolgt. Vraag b. lost zich op in de hoogte van de strafmaat. De HR oordeelt dat het Hof bij het opleggen van de sanctie terecht de civielrechtelijke schadevergoeding heeft meegewogen door een geheel voorwaardelijke sanctie op te leggen (overweging 5.2. slot). De beoordeling van de proportionaliteit van de sanctie (beperking) is in de Straatsburgse jurisprudentie inderdaad een afzonderlijk toetsingsmoment.

Het Hof heeft dit al herhaaldelijk uitgemaakt niet alleen bij de hoogte van een strafsanctie, maar ook enige malen bij de hoogte van een civiele schadevergoeding (EHRM 15 juni 2005, NJ 2006, 39 m.nt EJD, met name onder punt 5). Nieuw in deze zaak is dat die toetsing zich ook uitstrekt tot de strafsanctie *in combinatie met* de civielrechtelijke veroordeling.

4.

De vraag of een voorwaardelijke veroordeling niet al te zeer een *chilling effect* heeft, omdat er een strafrechtelijk zwaard van Damocles boven je hoofd hangt bij een heropening van het publieke debat over de 'ware dader', was in cassatie niet aan de orde gesteld. Wel de vraag of artikel 68 Sr een beletsel voor de vervolging was ('ne bis in idem'). 'Hetzelfde feit' in artikel 68 Sr gaat alleen over 'strafrechtelijke feiten'. De Advocaat-Generaal gaat in zijn conclusie dieper op deze vraag in, onder meer door na te gaan of het feit dat artikel 261 Sr een klachtdelict is, de eerdere civielrechtelijke vordering door dezelfde klager aan die civiele procedure het karakter verleent van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Nu wij de 'punitive damage' in de civiele procedure niet kennen, concludeert hij dat dit niet zo is (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 37 e.v.). De HR vindt het niet nodig op deze kwestie in te gaan, maar is het blijkens het arrest stilzwijgend eens met de Advocaat-Generaal.

5.

De tweede vraag gaat over de betekenis van het openbaar debat dat tot inhoud had kritische vragen te stellen bij de strafrechtelijke procedure in relatie tot een veroordeling wegens smaad vanwege uitlatingen in dat debat. Ook deze vraag heeft twee aspecten: a. In hoeverre is een openbaar debat een vrijbrief voor het doen van ernstige beschuldigingen zonder feitelijke grond en b. is het zeggen dat iemand een moordenaar is een feitelijk - of een waardeoordeel? De HR recapituleert naar aanleiding van vraag a. in overweging 6.2 met instemming het oordeel van het Hof dat er op neer komt dat het bestaan van een publiek debat de mogelijkheid van smaad niet uitsluit. Beslissende afwegingsfactoren zijn: 1. voor kritiek op het handelen van justitie bestonden alternatieven waarin X. niet als de dader van een moord behoefde te worden aangeduid waarvoor een ander al onherroepelijk was veroordeeld, 2. het verschil in maatschappelijke positie tussen (de machtige opiniepeiler/leider) De Hond en de aangever als gewone burger, 3. de frequentie waarmee de gewraakte uitlatingen zijn herhaald. Vraag b. leidt naar de conclusie (rechtsoverweging 6.5) dat het doen van een beschuldiging dat iemand een concrete moord op zijn geweten heeft een feitelijk oordeel is, en dat het niettemin toch iemand beschuldigen van een moord zonder (voldoende) feitelijke grond dus een valse beschuldiging is in de zin van artikel 261 Sr. Deze overwegingen lijken mij geheel in lijn met de Straatsburgse jurisprudentie. Wat het waardeoordeel en het feitelijk oordeel betreft: er is een evident verschil wanneer een vegetariër een vleeseter in een (verhit) debat een 'moordenaar' noemt en het iemand zonder voldoende grond in het openbaar blijven aanwijzen als de ware dader van een moord waarvoor een ander

onherroepelijk is veroordeeld. Het eerste kun je een waardeoordeel noemen (vgl. de zaak over de Poolse cartoon waarin een voedsel­fabrikant met een moordenaar wordt vergeleken, EHRM 6 oktober 2011, *NJ* 2011, 361 m.nt. E.J.Dommering), het tweede niet.

6.

De derde vraag betreft de zelfstandige betekenis van de rechtvaardigingsgrond neergelegd in artikel 261 lid 3 Sr. De HR oordeelt in overweging 7.3 dat aan deze rechtvaardigingsgrond zelfstandige betekenis toekomt. De daarvoor in de conclusie van de Advocaat-Generaal opgezette redenering kan ik niet goed volgen (punt 15 van de conclusie). De Advocaat-Generaal stelt dat dikwijls slechts een beroep op artikel 10 wordt gedaan, omdat dit een ruimere bescherming zou bieden dan artikel 261 lid 3 Sr: ‘De rechtvaardigingsgrond kan bezien vanuit art. 10 EVRM te beperkt lijken wanneer het gaat om de journalistieke weergave van beweringen in een politiek debat. De journalist zou gezien art. 10 EVRM niet te goeder trouw hoeven menen dat de beweringen waar zijn, maar zoveel ruimte lijkt art. 261 Sr, derde lid op het eerste gezicht niet te bieden. Een rechtstreeks beroep op art. 10 EVRM ligt dan meer voor de hand.’ Deze redenering lijkt mij niet juist. Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat de ‘duties and responsibilities’ die het tweede lid voorop stelt, onder meer inhouden dat de journalist te goeder trouw handelt (EHRM 10 december 2007, *NJ* 2008, 236, m.nt. E.J. Dommering). Een journalist die een bewering van een politicus grotere bekendheid geeft, terwijl hij weet dat die onwaar is zonder dat in de publicatie te vermelden, handelt niet te goeder trouw in de betekenis die het Europese Hof daaraan geeft. De strafrechter zal de beslissing volgens de beslisboom van artikel 261 Sr altijd aan artikel 261 lid 3 moeten ophangen. Uit het arrest leidt ik af dat hij dit artikel conform artikel 10 EVRM zal moeten uitleggen. Dit was ook al in de literatuur bepleit (Janssen/Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 103-104). Of er dan nog uitingen overblijven die niet onder artikel 10 EVRM beschermd worden, maar wel volgens de ‘goede trouw’ van artikel 261 lid 3, lijkt mij onwaarschijnlijk, maar zal aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moeten worden beslist. De HR gaat niet in op deze kwestie door te oordelen dat het Hof in feite de voor artikel 261 Sr, derde lid vereiste maatstaf heeft toegepast: ‘dat de verdachte de vraag of hij vindt dat X. op basis van het door hem verzamelde materiaal zou kunnen worden veroordeeld negatief heeft beantwoord en er desondanks voor heeft gekozen om telkens formuleringen te bezigen waarbij hij zegt dat de aangever de moordenaar is dan wel dat hij overtuigd is van zijn daderschap.’