

4 ‘DEFENSIVE JOURNALISM’ EN HET ‘CHILLING EFFECT’ IN DE JOURNALISTIEK: FEIT OF NEPFEIT?

*Ivo Giesen**

UITSpraak

Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3532 (TROS/Pretium)

KERNOVERWEGINGEN¹

5. Kernvraag in de onderhavige zaak is of Tros, zoals de rechtbank in haar vonnis heeft beslist, op grond van artikel 843a Rv gehouden kan worden om het volledige beeld- en geluidsmateriaal dat zij tijdens de infiltratie van het callcenter heeft verkregen aan Pretium ter beschikking te stellen. Tros betwist dit. Zij beroept zich ter bescherming van haar ruwe beeld- en geluidsmateriaal op artikel 10 EVRM, en stelt – kort samengevat – dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten te onderzoeken of voldaan is aan de in dit artikel genoemde waarborgen en ten onrechte heeft nagelaten om de wederzijdse belangen af te wegen. Voorts heeft de rechtbank volgens Tros ten onrechte geoordeeld dat Pretium een voldoende rechtmatig belang heeft bij afgifte van een afschrift van het ruwe beeld- en geluidsmateriaal, en dat ook overigens voldaan is aan alle vereisten van artikel 843a Rv. Het hof overweegt hierover het volgende.
6. Ingevolge de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geniet een journalistieke bron bescherming op grond van artikel 10 EVRM, een journalist hoeft de identiteit van die bron niet te onthullen. Bij een journalistieke bron in klassieke zin, gaat het – kort gezegd – om een onbekend te blijven informant. In de voorliggende zaak is geen sprake van de bescherming van een journalistieke bron in klassieke zin; Tros stelt zich echter op het standpunt dat ook het door haar verkregen journalistiek (beeld en geluids-)materiaal onder de bescherming van artikel

* Prof. mr. I. Giesen is als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan Ucall en het Molengraaff Instituut voor privaatrecht. Hij dankt de leden van ‘Ucall’s Empire’, de themagroep binnen Ucall die zich op de empirische rechtsbeoefening richt, voor het kritisch meedenken over dit project.

¹ De onderstrepingen hierna zijn van de auteur.

10 EVRM valt. Het EHRM heeft in dat kader in de zaak Nordisk Film & TV A/S t. Denemarken (EHRM 8 december 2005, zaaknummer 40485/02), waarin – net als in de onderhavige zaak – sprake was van een vordering tot afgifte van journalistiek materiaal dat was opgenomen met een verborgen camera, geoordeeld dat de gefilmde betrokkenen niet konden worden aangemerkt als journalistieke bron. Het heeft daaraan echter toegevoegd dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook in deze situaties artikel 10 EVRM mogelijk van toepassing is, overwegende dat de afgifte van journalistiek onderzoeksmateriaal een beperkend effect ('chilling effect') kan hebben op de uitoefening van persvrijheid. De bescherming onder artikel 10 EVRM is volgens het EHRM in dergelijke gevallen echter minder verstrekkend dan als het gaat om de bescherming van een journalistieke bron, omdat het bij de bescherming van een journalistieke bron niet slechts gaat om een bescherming van de journalist, maar ook en in het bijzonder om de bescherming van de bron die vrijwillig de pers informeert over zaken van een publiek belang.

7. Het hof is, onder verwijzing naar het Nordisk-arrest van het EHRM, van oordeel dat het beeld- en geluidsmateriaal dat Tros tijdens de infiltratie van het callcenter heeft verkregen valt onder de bescherming van het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring als bedoeld in artikel 10 EVRM. Het betreft onderzoeksmateriaal dat verkregen is door een journalist bij zijn onderzoek naar een mogelijke maatschappelijke misstand, namelijk de mogelijk onzorgvuldige/agressieve wijze van telefonische klantenwerving door Pretium. Voor persvrijheid, die essentieel is in een democratische samenleving en die zo min mogelijk moet worden beperkt, is vereist dat een journalist in beginsel vrij is en zich vrij moet voelen om onderzoek te doen naar bijvoorbeeld maatschappelijke misstanden. Het gebruik van een verborgen camera kan in uiterste gevallen noodzakelijk zijn om deze misstanden op overtuigende wijze aan de kaak te kunnen stellen. Het hof acht het denkbaar dat een gedwongen afgifte van met een verborgen camera gemaakte opnames een 'chilling effect' zal hebben op de uitoefening van de persvrijheid, in die zin dat – zoals Tros ook heeft aangevoerd in hoger beroep – journalisten als gevolg van de dreiging van een gedwongen afgifte van de opnames terughoudender zullen worden met het gebruik van deze onderzoeksmethode, als gevolg waarvan sommige (ernstige) misstanden niet meer openbaar zullen worden. Aannemelijk is dat journalisten er om diverse – niet op voorhand ongegronde – redenen ernstig bezwaar tegen zullen hebben om de met de verborgen camera gemaakte opnames integraal af te geven aan bijvoorbeeld justitie of, zoals in dit geval, het bedrijf tegen wie het onderzoek naar de maatschappelijke misstand is gericht. Door de afgifte van de integrale opnames worden immers ook beelden bekend die door de journalist bewust niet zijn geselecteerd om te gebruiken in de uitzending, en wordt ook de onderzoeksmethode van de journalist voor derden zichtbaar. Daar komt nog bij dat de opnames naar hun aard beelden zullen bevatten van personen die, zich

onbewust van het feit dat zij werden gefilmd, dingen hebben gedaan of gezegd waarvan aannemelijk is dat zij, met het oog op hun privacy, niet willen dat deze verder bekend worden. Niet onaannemelijk is dat deze personen, indien de opnames toch bekend worden, de pers in zijn algemeenheid en de betreffende journalist in het bijzonder verantwoordelijk zullen houden voor het bekend worden van de beelden en de mogelijke represailles of andere schadelijke gevolgen die daarvan het gevolg kunnen zijn. Dit alles kan ertoe leiden dat journalisten minder snel zullen besluiten tot het doen van onderzoek naar een maatschappelijke misstand die slechts met behulp van een verborgen camera op overtuigende wijze aan de kaak kan worden gesteld.

8. De door Pretium gevorderde afgifte van het volledige beeld- en geluidmateriaal vormt derhalve een inbreuk op artikel 10 EVRM. Een dergelijke inbreuk is slechts gerechtvaardigd indien deze bij wet is voorzien en, met inachtneming van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, noodzakelijk in een democratische samenleving. Aangezien artikel 843a Rv de bevoegdheid geeft tot een dergelijke inbreuk, is deze inbreuk naar het oordeel van het hof bij wet voorzien. Uit het bovenstaande vloeit voort dat de vordering van Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidmateriaal door Tros op grond van artikel 843a Rv moet worden beoordeeld met inachtneming van de bescherming van de opnames onder artikel 10 EVRM.
9. Ingevolge artikel 843a Rv is degene die de gegevens onder zich heeft niet gehouden aan een vordering tot afgifte te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, en ook niet indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Voor dat laatste dient allereerst te worden vastgesteld dat sprake is van bewijsnood bij de eisende partij, waarvoor geëist mag worden dat alle andere bewijsmiddelen, zoals het horen van getuigen, afwezig zijn of zijn uitgeput. Bij de verdere beoordeling dient voorts mede te worden onderzocht of het noodzakelijk is dat het volledige materiaal wordt verstrekt, of dat met een minder verstrekkende maatregel kan worden volstaan.
10. Vast staat dat Pretium, in het kader van de waarheidsvinding, geen getuigen heeft doen horen. Zij heeft in de onderhavige procedure gesteld dat dat geen alternatief vormt, omdat de getuigen zich na twee jaar niet meer goed zullen kunnen herinneren op welke wijze de infiltrant precies te werk is gegaan. Bovendien zullen alle nuances verloren gaan in een getuigenverhoor, terwijl Pretium recht heeft op een objectieve weergave. De onrechtmatigheid van de – volgens Pretium – vergaande beeldmanipulatie en uitlokking kan volgens haar niet anders worden beoordeeld en vastgesteld dan door kennisneming van het volledige ruwe opnamemateriaal en door vergelijking met het in de Radar-uitzending vertoonde beeld- en geluidmateriaal. Het hof deelt dit standpunt niet. Het hof ziet niet in waarom Pretium geen bewijs kan leveren door het doen horen van de cursusleider en de callcenter-cursisten als getuigen. Zij kunnen immers uit eigen wetenschap verklaren over de vraag of de in de Radar-

uitzending uitgezonden beelden al dan niet overeenstemmen met hun herinneringen aan hetgeen tijdens de cursus in het callcenter is besproken. Ook kunnen zij uit eigen wetenschap verklaren over de vraag of de in de Radar-uitzending aan de kaak gestelde wijze van telefonische klantenwerving van Pretium al dan niet overeenstemt met de daadwerkelijke werkwijze ten tijde van de opnames. Pretium is bekend met de naam van de betreffende cursusleider die dag, die uit eigen wetenschap kan verklaren over feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid of de infiltrant zich jegens hem schuldig heeft gemaakt aan uitlokking van bepaalde uitspraken. Aangenomen mag worden dat bij Pretium ook de namen van de andere callcenter-cursisten bekend zijn althans dat zij die namen op eenvoudige wijze kan achterhalen. Dat er op het moment dat Pretium haar 843a Rv-vordering instelde reeds twee jaar was verstreken, maakt nog niet dat de getuigen geen goede herinnering meer aan die dag zouden hebben. Pretium had deze mogelijkheid in elk geval kunnen en moeten benutten alvorens haar vordering ex artikel 843a Rv in te stellen.

11. Uit het bovenstaande volgt dat voor toewijzing van de vordering van Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidsmateriaal door Tros op de voet van artikel 843a Rv naar het oordeel van het hof geen plaats is, reeds omdat niet redelijkerwijs aangenomen kan worden dat Pretium het bewijs van de door haar gestelde uitlokking en beeldmanipulatie niet op andere wijze zou kunnen leveren. Dat Pretium in bewijsnood verkeert kan niet worden vastgesteld.
12. De grieven in het principaal appel zijn in zoverre gegrond, en behoeven voor het overige geen verdere bespreking. Het hof zal het tussenvonnis van de rechtbank van 2 februari 2011, waarin Tros is veroordeeld tot afgifte van het beeld- en geluidsmateriaal aan Pretium, vernietigen, met inbegrip van de aan deze veroordeling verbonden dwangsom.

ANNOTATIE

Inleiding

1. De hier te bespreken uitspraak van Hof Den Haag² draait juridisch om een aantal belangrijke kwesties gerelateerd aan de vrijheid van meningsuiting. De feitelijke kernvraag was of een tv-uitzending door de (toen nog) TROS waarin opnames te zien waren die met een verborgen camera waren gemaakt, als onrechtmatige daad kon worden bestempeld. Rondom dat kerngeschil ontstond zich een processuele strijd over de vraag of de vordering tot afgifte van het volledige beeld- en geluidmateriaal

2 Zie Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3532 (*TROS/Pretium*).

door Pretium (de door het programma 'aangesproken' partij) op grond van artikel 843a Rv toewijsbaar was, waarbij de mogelijkheden tot vergaring van bewijs en artikel 10 EVRM, inzake het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring, afgewogen moesten worden. Het hof beslist dat voor toewijzing van de vordering van Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidsmateriaal door TROS geen plaats is. Dat oordeel blijft in cassatie bij de Hoge Raad glansrijk overeind.³ Prima arrest dus, niets mis mee, toch?

2. Ik wil het oordeel van het hof hier toch bespreken omdat het hof een interessante assumptie benut in de redenering om de vordering van Pretium af te wijzen, die – minst genomen – niet evident waar is als deze met een empirische bril wordt bekeken,⁴ alleen al omdat die twijfel voor vergelijkbare assumpties op andere terreinen ook geldt.⁵ Het gaat mij dan om de frase, ook onderstreept in de weergave hiervoor, dat het hof het denkbaar acht 'dat een gedwongen afgifte van met een verborgen camera gemaakte opnames een 'chilling effect' zal hebben op de uitoefening van de persvrijheid, in die zin dat (...) journalisten als gevolg van de dreiging van een gedwongen afgifte van de opnames terughoudender zullen worden met het gebruik van deze onderzoeksmethode, als gevolg waarvan sommige (ernstige) misstanden niet meer openbaar zullen worden.' Eenzelfde daaraan verbonden (verondersteld) 'chilling effect' zou men zich kunnen voorstellen als het – een stapje verder in het verloop van een dispuut over het werk van een journalist, en een stap die overigens ook in casu aan de orde was – om de mogelijke aansprakelijkheid van journalisten op grond van een onrechtmatige daad gaat, want de kwestie van de bronbescherming vormt uiteraard een voorportaal ten opzichte van de vraag naar de mogelijke aansprakelijkheid van een journalist bij – kort gezegd – foutieve berichtgeving. Laten we dit verder de assumptie van het 'chilling effect'⁶ van civielrechtelijke aansprakelijkheid van journalisten noemen. Om die journalistieke fouten bloot te kunnen leggen, en daarmee tot aansprakelijkheid te komen, zal inzicht in die bronnen nodig zijn, vandaar ook de pogingen om – algemeen gesproken – die bronnen te kunnen en mogen ontsluiten.

3 Zie HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518 (*Pretium/AVROTROS*).

4 Zie ook de twijfels over de juistheid van de hier ter discussie gestelde assumptie bij L. Kendrick, 'Speech, Intent, and the Chilling Effect', 54 *Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013), op p. 1637-1639.

5 De mogelijke/veronderstelde gedragseffecten van de regels van aansprakelijkheidsrecht staan in breder verband ter discussie, vgl. bijv. G. van Dijck, 'Doe maar een cursusje empirisch-juridisch onderzoek', *AA* 2018, p. 102-104, met verwijzingen, en voor toezichthouders J. Trebus & G. van Dijck, 'Effecten van aansprakelijkheid op het handelen van de AFM empirisch onderzocht', *AV&S* 2014/15. Gedragseffecten bij (Nederlandse) medici worden momenteel onderzocht in het dissertatie-onderzoek van Shosha Wiznitzer aan de UU.

6 Voor een analyse van die term, zie F. Schauer, 'Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect', 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978), p. 689-694.

Goed voorbeeld doet goed volgen... (?)

3. Ik begin met de vooropstelling dat het op zichzelf niet echt vreemd te noemen is dat Hof Den Haag van deze assumptie uitgaat;⁷ men volgt immers het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en verwijst daar ook naar.⁸ In de daarbij genoemde zaak, *Nordisk Film/Denemarken*,⁹ een beslissing betreffende de ontvankelijkheid van de klacht, overweegt het Straatsburgse Hof: ‘The Court does not dispute that Article 10 of the Convention may be applicable in such a situation and that a compulsory hand over of research material *may have a chilling effect* on the exercise of journalistic freedom of expression (see, mutatis mutandis, *Cumpăna and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 114, ECHR 2004-...). However, this matter can only be properly addressed in the circumstances of a given case.’ (mijn curs., IG). Als vervolgens de interne verwijzing naar de eerdere zaak *Cumpăna*¹⁰ opgevolgd wordt, leest men daar dat het hof blijkbaar erg veel waarde hecht aan wat ik tot nu toe de assumptie van het ‘chilling effect’ heb genoemd. Daar heet het immers, in niet mis te verstane bewoordingen:

‘113. Although the Contracting States are permitted, or even obliged, by their positive obligations under Article 8 of the Convention (see paragraph 91 *in fine* above) to regulate the exercise of freedom of expression so as to ensure adequate protection by law of individuals’ reputations, they must not do so in a manner that unduly deters the media from fulfilling their role of alerting the public to apparent or suspected misuse of public power (see paragraph 93 above). Investigative journalists are liable to be inhibited from reporting on matters of general public interest – such as suspected irregularities in the award of public contracts to commercial entities – if they run the risk, as one of the standard sanctions imposable for unjustified attacks on the reputation of private individuals, of being sentenced to imprisonment or to a prohibition on the exercise of their profession.

7 Voor de goede orde, en in alle eerlijkheid: het hof benut die assumptie op een voorzichtige manier, want men acht het ‘denkbaar’ dat en men spreekt erover dat dit ertoe ‘kan’ leiden. Niettemin is de assumptie vervolgens een van de dragende pijlers in de motivering.

8 Dat deed ook de advocaat-generaal in deze zaak (Langemeijer) in zijn Conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:476) voor het arrest van de Hoge Raad, in punt 2.2-2.8. Hij bespreekt het ‘chilling effect’ en of het hof dat afdoende gemotiveerd heeft zonder het effect als zodanig, d.w.z. de assumptie dat dit effect er is, ter discussie te stellen. Overigens, ook het Amerikaanse Supreme Court benut dit argument, hoewel de omgang daarmee wisselend blijkt te zijn, zie L. Kendrick, ‘Speech, Intent, and the Chilling Effect’, 54 *Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013), op p. 1656-1657.

9 Zie EHRM 8 december 2005, Appl.No. 40485/02, *Nordisk Film t. Denemarken*.

10 EHRM 17 december 2004, Appl. No. 33348/96 [GC], *Cumpăna & Mazăre t. Romania*.

114. The chilling effect that the fear of such sanctions has on the exercise of journalistic freedom of expression is evident (see, *mutatis mutandis*, *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 54, ECHR 2002-II; *Goodwin*, cited above, p. 500, § 39; and *Elci and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 714, 13 November 2003). This effect, which works to the detriment of society as a whole, is likewise a factor which goes to the proportionality, and thus the justification, of the sanctions imposed on the present applicants, who, as the Court has held above, were undeniably entitled to bring to the attention of the public the matter of the signing of the partnership agreement between the city authorities and the private company concerned (see paragraphs 94-95 above).’ (mijn onderstrepingen, IG)

4. Hier wordt het ‘chilling effect’ van de vrees voor sancties (i.c. betrof dat overigens een gevangenisstraf of een beroepsverbod) als evident aangeduid. Volgen we het spoor dat het Europese Hof hier zelf uitzet verder, en bekijken we dan ook nog de zaak *Wille/Liechtenstein*,¹¹ dan zien we daar echter enkel deze zin opgenomen: ‘The announcement by the Prince of his intention not to reappoint the applicant to a public post constituted a reprimand for the previous exercise by the applicant of his right to freedom of expression and, moreover, had a chilling effect on the exercise by the applicant of his freedom of expression, as it was likely to discourage him from making statements of that kind in the future.’ Het is dus niet zo dat het Hof hier een ferme empirische basis legt onder de claim dat er een ‘chilling effect’ zou bestaan.¹² Uit meer recente uitspraken blijkt nogmaals het belang dat het Hof hecht aan het tegengaan van een ‘chilling effect’, maar weer niet de empirische basis daarvan.¹³ En dus staat

11 EHRM 28 oktober 1999, Appl.No. 28396/95 [GC], *Wille t. Liechtenstein*.

12 In de andere genoemde uitspraken geschiedde dat evenmin. In de hierboven ook genoemde *Goodwin*-zaak staat in dit verband bijv. het volgende: ‘Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest.’ Meer niet. Wat daarvan zij, het (mogelijke) bestaan van een ‘chilling effect’ wordt in ruimere zin en in diverse landen als argument gebruikt als het om (het tegengaan van) aansprakelijkheid voor mogelijk onrechtmatige mededelingen (door de media) gaat, zie daartoe nader I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers 2001, o.a. p. 283 en 304-305, met verdere verwijzingen, naar o.a. de zaak *New York Times Co v. Sullivan* (1964) 376 US 254, van het Supreme Court in de VS, en de zaak *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, van het House of Lords in Engeland. Voor de VS, zie ook F. Schauer, ‘Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect’, 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978).

13 Zie EHRM 20 maart 2018, Appl.No. 13237/17, *Mehmet Hasan Altan t. Turkije*, par. 212: ‘The Court further notes that the pre-trial detention of anyone expressing critical views produces a range of adverse effects, both or the detainees themselves and for society as a whole, since the imposition of a measure entailing deprivation of liberty, as in the present case, will inevitably have a chilling effect on freedom of expression by intimidating civil society and silencing dissenting voices (...).’ Zie ook EHRM 20 maart 2018, Appl.No. 16538/17, *Sahin Alpay t. Turkije*, par. 182, en zeer recent nog EHRM 13 september 2018, Appl.No. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, *Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk*.

de vraag waar deze bijdrage over wil gaan – ‘bestaat er zoiets als een ‘chilling effect’ op journalisten als het gaat om de angst voor het moeten onthullen van bronnen resp. civielrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden?’ – nog steeds open. Want ook voor de Europese rechter geldt dat empirische claims getoetst kunnen en (wat mij betreft) moeten worden. Waar haalt het EHRM deze assumptie vandaan? En klopt die wel? Is het werkelijk zo dat journalisten zich laten afschrikken door – kort gezegd – mogelijke sancties? Zijn daar eigenlijk wel gegevens over? Ik ben op zoek gegaan naar empirisch bewijs¹⁴ en die zoektocht leidt dan tot het volgende beeld.

Empirische lessen?

5. Eerst en vooral leren we (mede uit het voorgaande) dat het te onderzoeken ‘chilling effect’ steeds anders kan worden gedefinieerd, in die zin dat de mogelijke ‘sanctie’ of ‘(dis)incentive’ voor een journalist die de ‘chill’ zou veroorzaken, steeds een andere *kan* zijn: denk aan verlies van journalistieke bronbescherming, civielrechtelijke aansprakelijkheid, strafrechtelijke vervolging, een beroepsverbod (tuchtrechtelijke aansprakelijkheid dus), et cetera.¹⁵ Gegeven het beperkte aantal empirische onderzoeken dat er voorhanden is, heb ik op dit punt echter niet vooraf een nadere selectie gemaakt. Hoewel de empirische onderzoeken die ik gevonden heb, uiteindelijk gewoon betrekking hebben op sanctionering via (een vorm van) civielrechtelijke aansprakelijkheid (namelijk wegens ‘libel’, in common-law-terminologie, zie hierna nr. 6), loop ik daarmee natuurlijk wel het risico dat het type sanctie wel degelijk bepalend is, of zou kunnen zijn, voor de mate waarin de gevreesde ‘chill’ daadwerkelijk voorkomt. Bij het trekken van conclusies hierna, zal daarmee dan ook sterk rekening moeten worden gehouden. Ik heb verder ook niet doorgeselecteerd op specifieke juridische systemen, om de koek niet nog kleiner te maken; zoals blijken zal, is het meeste onderzoek afkomstig uit de common-law-wereld. Ook dat aspect is van belang als het om mogelijk te trekken conclusies gaat.
6. In hun boek *Libel and the Media: The Chilling Effect* uit 1997 bespreken Barendt en anderen de mogelijke effecten van ‘the law of defamation’, ook wel ‘libel and slander’,

14 Ik heb Google Scholar, SSRN en HeinOnline benut, zoekend op (combinaties van) ‘(defensive) journalism’, ‘media’ en ‘chilling effect’, en heb daarbij de sneeuwbal-methode gehanteerd. Zeker wetend dat ik niet alle *juridische* analyses van het mediarecht en de uitingsvrijheid alsmede de invloed daarvan op het werk van die media heb verwerkt, kan ik de garantie dat ik al het beschikbare empirische materiaal daadwerkelijk heb gevonden, niet afgeven. Maar wat er ligt, biedt in elk geval een goed beeld.

15 Overigens, ook de *oorzaak* voor een mogelijke ‘chill’ bij de media kan verschillen. Naast mediawetgeving kan bijv. ook wetenschappelijke onzekerheid (denk aan de onzekerheid van een levensbedreigende meteoriet-inslag) een barrière zijn om een bepaald verhaal te publiceren. Zie nader J. Huxford, ‘Crying Wolf: Scientific False Alarms and Defensive Journalism in Coverage of “Doomsday Asteroids”’, *The Communication Review*, 9:4, 2009, p. 269-295; DOI: 10.1080/10714420600957274.

grof gezegd: het Engelse civielrechtelijke (nogal strikte) aansprakelijkheidsrecht inzake (media-)uitingen.¹⁶ Het doel was 'to assess the impact of defamation law on the media' omdat het recht volgens velen uit de beroepsgroep 'a significant fetter' op de vrijheid van meningsuiting zou zijn (op p. 32). De auteurs benutten cijfermateriaal over het aantal ingediende dagvaardingen tegen journalisten en mediabedrijven in Londen ('litigation data', zie p. 37-41), questionnaires en interviews bij verschillende soorten media in Engeland en Schotland (landelijke en regionale dagbladen, televisie en radio, boeken en magazines) en personen aldaar werkzaam, en met name ook onder de advocaten van de media (p. 35-36).¹⁷ De conclusies? Boek- en magazine-uitgevers en regionale dagbladen laten zich voorafgaand aan een mogelijke publicatie, sterker dan landelijke dagbladen, beïnvloeden (lees weerhouden van publicatie) door de angst voor een 'libel'-actie (en zeker ook de kosten daarvan). Televisie en radio zitten daar ergens tussenin (p. 182-184). Van belang hierbij zijn ook institutionele factoren zoals de aanwezigheid van een in-house lawyer bij de grote kranten (p. 185). Zeer gewichtig is volgens Barendt en zijn mede-onderzoekers ook de onzekerheid die heerst op dit rechtsgebied (p. 186-187) en het kostenaspect (p. 189¹⁸). De auteurs concluderen (p. 191) 'that the chilling effect in this area genuinely does exist and significantly restricts what the public is able to read and hear'.¹⁹ Ze maken vervolgens (p. 191-193) nog een onderscheid tussen een 'direct chilling effect' (het aanpassen van of weglaten van delen van een publicatie) en het 'structural chilling effect' hetgeen wil zeggen dat bepaalde kwesties bij voorbaat niet eens aangepakt worden ('no-go areas') of dat een publicatie niet als feitelijk maar, omgewerkt, als een waardeoordeel wordt gepubliceerd omdat de juridische grenzen daarbij minder strikt zijn voor de journalist.

7. Veel minder zeker over het daadwerkelijke bestaan van het 'chilling effect', is de recentere studie van Kendrick uit 2013, want het betreft hier, in elk geval voor de VS

16 Het is relevant te weten dat het hier vroeger een strafrechtelijke procedure betrof; dat is de reden waarom in dit type procedures nog steeds door een jury wordt beslist over de vraag of een uiting 'defamatory' is, en zo ja, welke schadevergoeding dan passend is. Zie E.M. Barendt, L. Lustgarten, K. Norrie, H. Stephenson, *Libel and the Media: The Chilling Effect*, Clarendon Press: Oxford 1997, p. 18-19.

17 Opgemerkt dient nu al te worden dat de methodologische verantwoording van het onderzoek wat mij betreft niet erg sterk en precies is.

18 Over die kosten bijv. ook D. Boies, 'The Chilling Effect of Libel Defamation Costs: The Problem and the Possible Solution', 39 *St. Louis U.L.J.* 1207 (1995).

19 Een drietal voorbeelden (anekdotes feitelijk) die dat oordeel bevestigen, zijn opgenomen als illustraties bij (de juridische analyse van) D.A. Anderson, 'The selective impact of libel law', *Columbia Journalism Review*; New York, N.Y., Vol. 14, Iss. 1, May 1, 1975, 38-42. Enig anekdotisch bewijs inzake het aantal dreigende schadeclaims richting wetenschappelijke 'medical journals' is te vinden in N. Persaud, Th. Ringer & T. Lemmens, 'How Can Journals Respond to Threats of Libel Litigation' (March 29, 2014). *PLoS Med* 11(3): e1001615. doi:10.1371/journal.pmed.1001615. Deze bijdrage focust verder op wat daartegen te doen zou zijn, hetgeen niet mijn focus in deze bijdrage is.

en Engeland, ‘a matter of contention’, een kwestie van debat.²⁰ Kendrick werkt dat nader uit door aan te geven dat het lastig is aan te geven of inderdaad een effect aan- of afwezig is, laat staan in welke mate dat er zou zijn, en dat de studies die er zijn, die moeilijkheid bevestigen (p. 1675). Daarbij wordt in elk geval de net besproken Engelse studie van Barendt en de zijnen stevig aangepakt: ‘litigation data’ bieden geen betrouwbare aanpak, aldus Kendrick (p. 1676). Andere kwantitatieve studies op dit vlak zijn zeldzaam; ze kunnen immers geen vergelijking (in tijd of plaats) maken tussen verschillende juridische regimes zodat het mogelijke effect van bepaalde sancties of specifieke regels in een van die systemen zou zijn te lokaliseren. Bovendien is de impact van mogelijke andere manieren van berichtgeving (denk aan waardeoor- delen in plaats van feiten) niet te isoleren (p. 1677-1678). En dus komen hier vaak kwalitatieve technieken (interviews en enquêtes) om de hoek kijken (p. 1679), maar ook daar zijn al snel methodologische gaten in te slaan (Kendrick wijst op de ‘self-reporting bias’, dat wil zeggen dat subjecten rapporteren wat in hun eigen straatje past). Kendrick²¹ concludeert (p. 1684) dan ook:

‘The Supreme Court [bedoeld is *New York Times Co v. Sullivan* (1964) 376 US 254, van het Amerikaanse Supreme Court, *toev. IG*] has founded the chilling effect on nothing more than unpersuasive empirical guesswork. The existing empirical literature casts further doubt on the Court’s conclusions and, more importantly, illustrates the severe difficulties that chilling effect inquiries present.’

Ofwel: we weten nog steeds niet of het effect wel bestaat en het is ook eigenlijk niet goed te meten.

20 L. Kendrick, ‘Speech, Intent, and the Chilling Effect’, 54 *Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013), op p. 1656, in noot 111. In zeker opzicht is dit een meta-studie omdat in dit artikel veel van het bestaande empirische onderzoek wordt samengebond. De meest relevante studies die daar genoemd zijn, bespreek ik zelf nog hierna. De al wat oudere studie van S.M. Renas, Ch.J. Hartmann & J.L. Walker, ‘An Empirical Analysis of the Chilling Effect’, in: Everette E. Dennis & Eli M. Noam (red.), *The Cost of Libel: Economic and Policy Implications*, New York: Columbia University Press 1989, p. 41 e.v., heb ik niet verwerkt omdat dat onderzoek – dat een zekere, wisselende mate van ‘chilling effect’ laat zien (*t.a.p.*, p. 48 en 55) – uitgaat van een drietal fictieve scenario’s inzake de stand van het recht en vervolgens bestudeert wat de ‘editors’ van Amerikaanse kranten zouden doen qua publicatiebeleid onder die drie scenario’s. Dat onderzoek betreft dan echter voorspellingen, en niet iemands daadwerkelijk gedrag (vgl. *t.a.p.*, p. 47). Bovendien zijn er inmiddels diverse recentere onderzoeken beschikbaar, met, zo valt hierna te lezen, wisselende uitkomsten. Daaraan verandert deze studie uit 1989 niets.

21 Kendrick bespreekt ook nog enkele economische modellen, zoals die van S.M. Renas et al., ‘Toward an Economic Theory of Defamation, Liability and the Press’, *Southern Economic Journal*, Vol. 50, No. 2 (Oct. 1983), p. 451-560, maar dat terrein valt buiten het bestek van deze bijdrage.

8. Een al wat oudere studie die ook Kendrick in dit verband noemt, is die van Massing uit 1985.²² Massing stelt 150 personen geïnterviewd te hebben, om te constateren dat 'a chill has indeed set in' (p. 31). Maar, verderop (p. 32) noemt hij deze conclusie ook weer 'not ubiquitous' omdat er volgens sommige respondenten weinig veranderd is. Niettemin schetst hij vervolgens een 'lively image' van voorbeelden van ongewenste beïnvloeding van de media door claims en de gevolgen daarvan. De methodologie die hier (schijnbaar) benut is, is echter van dien aard (lees: afwezig) dat de uitkomsten van deze studie (anekdotisch gerapporteerd) in het geheel niet te controleren zijn. Een overtuiging dat 'the chill' er is, kan hieraan dus niet ontleend worden, zo zeg ik Kendrick na.
9. Soortgelijke geluiden over dat onderzoek van Massing liet ook Hale²³ in 1986 al horen, waarna Hale vervolgens aangaf dat er een 'lack of empirical research' is, waarna hij vijf mogelijke methodologieën schetst voor mogelijk onderzoek,²⁴ en per type onderzoek laat zien wat er tot dan toe aan resultaten beschikbaar is. De conclusies uit de genoemde onderzoeken zijn op zijn zachtst gezegd wisselend, zodat de conclusie van Hale, dat meer en beter onderzoek nodig is, voor de hand ligt.
10. In 1993 wordt nogmaals geconstateerd, nu door Bennet en Weaver,²⁵ dat 'libel litigation [is] on the increase' en dat 'the cost of that litigation has become prohibitive' (p. 1154). Ze laten het echter niet daarbij. Ze zijn journalisten, redacteuren, advocaten en andere betrokkenen bij de media (in de VS en UK) gaan interviewen – met alle mogelijke kritiek die daarop mogelijk is, zie nr. 7 – om te ontdekken hoe het recht van invloed is op redactionele besluitvorming. Dat was uiteraard voldoende reden voor Kendrick om ook deze studie te betrekken in de eigen overwegingen. De interviews die gedaan zijn in Engeland, laten vervolgens zien, aldus Bennet en Weaver, dat het recht er zeker toe doet, en een 'verkillende' invloed heeft, in die zin dat stukken met name worden herschreven (lees: herformuleren, schrappen, en feiten in commentaren veranderen; p. 1173). Ik merk daarbij wel meteen op dat het hier om vier interviews gaat, blijkens de voetnoten. Uit de (15) Amerikaanse interviews bleek dat men zich daar minder zorgen maakt om de invloed van 'libel suits', onder andere omdat er minder geclaimd wordt, zo stelt men. Er is dus wel 'some impact', maar die is minimaal (p. 1185), en in de VS is er 'no evidence of a serious 'chilling effect'.' (p. 1189). Daar waar dus serieuzer (lees: meer) onderzoek is gedaan, is het effect min of meer afwezig.

22 M. Massing, 'The Libel Chill: How Cold is it Out There?', *Columbia Journalism Review* 1985, May-June, p. 31-43.

23 Zie F.D. Hale, 'Impact Analysis of the Law Concerning Freedom of Expression', 8 *Comm. & L.* 35 (1986).

24 Hij bespreekt dan enquêtes onder mediapraktijk-mensen, enquêtes onder advocaten, rechters en ambtenaren die te maken hebben met de media, het meten van juridische procedures, het meten van de finale consequenties van juridische veranderingen (incl. verzekeringen), en het meten van de publieke opinie.

25 Zie G. Bennet & R.L. Weaver, 'Is The New York Times "Actual Malice" Standard Really Necessary? A Comparative Perspective', 53 *La. L. Rev.* (1993) 1153.

11. Daartegenover staat dan weer dat voor de Amerikaanse radiomarkt wel een ‘chilling effect’ werd blootgelegd door Hazlett & Sosa in 1997²⁶ toen een controversiële regel inzake de vergunningverlening veranderd werd; hier kon dus een juridisch systeem vergeleken worden met een ander (nieuw) systeem. Het afschaffen van de zogenoemde ‘fairness doctrine’ (die radiostations verplichtte tot informatieverlening over controversiële issues, en dat op een ‘equal access’-basis voor alle contrasterende gezichtspunten over die issues) had een sterk (correlerend) effect op de gekozen formats van radiostations, in die zin dat meer informatieve programma’s verschenen na afschaffing van de verplichting, dus toen men eenzijdiger in de berichtgeving mocht zijn.
12. Een volgend onderzoek dat ook Kendrick in de overwegingen betrokken heeft, betreft een studie uit 2004 van Dent en Kenyon²⁷ die concluderen dat er in Australië – anders (of in elk geval: meer) dan in de VS – wel degelijk een ‘chilling effect’ valt aan te wijzen: kranten in de VS voelen zich comfortabeler om uitingen te doen die mogelijke diffamerend zijn (p. 105), zeker als het om ‘corporate figures’ (in plaats van politici) gaat (p. 107). De auteurs laten dat zien door de inhoud van 1400 krantenberichten te analyseren op de aanwezigheid van mogelijke (extreem) diffamerende teksten zoals ‘fraud’ en ‘corruption’ (via een ‘comparative content analysis’). Gevoegd bij wat hiervoor al naar boven kwam (de vergelijking tussen de UK en de VS in nr. 10), lijkt het er inmiddels ook op dat het ‘chilling effect’ best wel eens zou kunnen verschillen van land tot land. Dat kan dan liggen aan verschillen in de stand van het (media)recht, maar uiteraard ook aan het medialandschap, economische context, en historische en culturele verschillen, et cetera. Wat dat over de situatie in ons land zegt, is echter onduidelijk nu Nederlands empirisch onderzoek ontbreekt.
13. Terug naar het buitenland, naar Australië en de VS opnieuw. Als onderdeel van hetzelfde grotere project waartoe ook het hiervoor besproken onderzoek behoorde, deden Marjoribanks en Kenyon in 2003 namelijk ook onderzoek naar het ‘chilling effect’ door middel van (in totaal 13) interviews met ervaren personen in beide landen.²⁸ De conclusie luidt, ook hier, dat ‘defamation law is perceived to have a more direct, and potentially chilling effect, in Australia’ en meer in het algemeen dat ‘defamation law does not operate as a straightforward constraint, but rather through interactions and negotiations between media professionals and their legal advisors.’ Dat past bij wat we al eerder zagen, in nr. 10, te weten de gerapporteerde neiging om artikelen – kort gezegd – ‘bij te schaven’.

26 Th.W. Hazlett & D.W. Sosa, ‘Was the Fairness Doctrine a Chilling Effect – Evidence from the Postderegulation Radio Market’, 26 *J. Legal. Stud.* 279 (1997).

27 C. Dent & A.T. Kenyon, ‘Defamation Law’s Chilling Effect: A Comparative Content Analysis of Australian and US Newspapers’, (2004) 9 *Media and Arts Law Review* 89.

28 T. Marjoribanks & A.T. Kenyon, ‘Negotiating News: Journalistic Practice and Defamation Law in Australia and the US’, *Australian Journalism Review*, Vol. 25, No. 2, 2003, p. 31-49; <https://ssrn.com/abstract=530365>.

14. Een soortgelijke conclusie lijkt ook nog te volgen uit een recenter (2009), zeer specifiek Australisch onderzoek van McNamara naar mogelijke effecten van anti-terroriswetten op de media, op basis van 19 interviews met journalisten en (diverse typen) juristen (o.a. strafpleiters). Een 'chilling effect' in die zin dat bepaalde verhalen niet gepubliceerd worden, wordt hier niet (nog niet, stelt de auteur) gevonden (p. 26-27 en p. 30), maar meer indirecte effecten dienen zich wel aan, bijvoorbeeld dat het werk van de journalist lastiger wordt doordat er minder openheid mogelijk is en het vertrouwen tussen media en de staat aan corrosie onderhevig is (p. 30).²⁹

En die empirische lessen leren ons...?

15. Waartoe leidt deze rondgang door de literatuur nu? Uit het voorgaande meen ik dat we – voorlopig en voorzichtig – de conclusie moeten trekken dat de claim dat er een 'chilling effect' uitgaat van aansprakelijkheidsclaims en aanverwante juridische conflicten op journalisten, *geen* afdoende steun vindt in het beschikbare empirische materiaal. Overigens, het tegendeel (er is geen 'chilling effect') vindt ook geen overtuigende steun in de beschikbare empirie.³⁰ Kortom, de vraag of de hier onderzochte assumptie valide is, kan nog niet beantwoord worden; het gezochte antwoord is op basis van de huidige stand van onze kennis niet te geven. We kunnen enkel speculeren, maar dat speculeren wil deze bijdrage nu juist beëindigen.
16. Wat betekent die conclusie dan voor de redenering van het Haagse hof in de hier besproken zaak? In elk geval dat het argument van het 'chilling effect' (een macro-effect, overigens, als het zou bestaan³¹) op de tocht staat, en niet als zodanig doorslaggevend kan zijn omdat we niet weten of het valide is. Maar wat kan of moet de civiele rechter die zich hiermee geconfronteerd ziet (op grond van de bestaande rechtspraak) dan vervolgens doen? Wat mij betreft zou het wijs zijn om ten eerste te oordelen dat het 'chilling effect'-argument *as such*, dus in zijn empirisch gedaante, wegens gebrek aan validiteit geen rol meer speelt in de te maken rechterlijke afweging. Maar daarmee zijn we er nog niet.

29 Zie L. McNamara, 'Closure, Caution and the Question of Chilling: How Have Australian Counter-Terrorism Laws Affected the Media?', (2009) 14 *Media & Arts Law Review* 1; <https://ssrn.com/abstract=1371328>.

30 Als er al een neiging zou zijn de ene of de andere kant op, dan is de neiging richting de aanwezigheid van een 'chill' bij mij iets sterker, maar de moeilijkheid daarmee is dat die neiging dan weer grotendeels gebaseerd is op onderzoek (via interviews) dat betrekkelijk eenvoudig te ondermijnen is (zie nr. 7 hiervoor) en dat het per rechtstelsel tot andere uitkomsten leidt, zodat er ook nog een geografische dimensie bij komt.

31 Dat wil zeggen een effect dat de individuele zaak overstijgt, zie nader E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten', *NTBR* 2017/2.

Doch ook nog dit: kernwaarden ‘overrulen’ empirie

17. Het kan immers zijn dat het desbetreffende argument in wezen ziet op een onderliggende *kernwaarde* die alsnog in acht moet worden genomen door de rechter. Anders gezegd: het kan zo zijn dat het idee als zodanig (dat er nooit zoiets als een ‘chilling effect’ op het journalistieke handelen zou mogen bestaan, omdat de persvrijheid een groot en beschermenswaardig goed is in onze democratische samenleving) een zo grote normatieve waarde vertegenwoordigt dat dit, in tweede instantie, toch mee kan en moet spelen in de afweging. Die status van ‘kernwaarde’ overtreft dan als het ware het ‘empirische gebrek’. Ik noem dat dan maar, vrij naar de correctie-Langemeijer³² als het om de relativiteitseis uit het civiele aansprakelijkheidsrecht gaat, de ‘normatieve correctie’. De rechter kan de normatieve waarde van een idee of argument dat empirisch niet bewezen is, van zodanig fundamenteel belang achten dat het idee alsnog mee moet wegen als argument, ook zonder empirisch fundament.³³ Dit sluit nauw aan bij een stelling die ik eerder verdedigde, namelijk dat, kort gezegd, de empirie nooit op zichzelf de doorslag geeft als het om normatieve juridische uitkomsten gaat. De empirie is een argument, naast andere argumenten, maar er is geen verplichting voor de rechter om altijd maar de empirie te volgen. Uiteindelijk gaat het in rechte immers om waardeoordelen.³⁴ Zo’n ‘normatieve correctie’ kan echter niet zomaar plaatsvinden, dat moet dan wel gearticuleerd en onderbouwd (gemotiveerd) worden.³⁵ Want dan is *dat normatieve idee* het mee te wegen gezichtspunt en dus niet langer de (quasi-)empirische lading of toon die het argument in zijn oorspronkelijke vorm met zich bracht, en dan moet de motivering ook daarop toegespitst zijn; alsnog een andere

32 Zie nader daarover bijv. *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-IV 2015/138*.

33 Steun daarvoor vind ik bij F. Schauer, ‘Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect’, 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978), p. 688-689, die ik om die reden hier uitvoerig citeer: ‘[W]hile it is true that there are behavioral assumptions that provide the basis for chilling effect analysis, the lack of any ability to quantify or test these assumptions does not diminish the significance of the chilling effect as a substantive doctrine. The doctrine flows from the relationship between our recognition of the inevitability of error [gegeven de onzekerheden bij het toepassen van juridische normen, *IG*] and our preference for a particular type of error [we verkiezen een ten onrechte te ruim uitingsrecht dan een ten onrechte te gelimiteerd uitingsrecht, *IG*]; and it is the existence of this relationship, rather than the scientific accuracy of the predictions of human behavior, which justifies the formulation of substantive rules in this area.’ Hij werkt dit iets nader uit op p. 730-731, waar hij vertrekt vanuit de idee dat het ‘chilling effect’ empirisch niet is aangetoond, en concludeert op p. 732: ‘The final result is the conversion of the chilling effect idea into a conceptual doctrine.’

34 Zie nader I. Giesen, ‘The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning’, *Utrecht Law Review* 2015, Vol. 11 (1), p. 16 (no obligation) en vooral p. 3: ‘[E]mpirical insights can supplement or nuance the existing legal modes of thinking, or negate certain presumptions, but they can never (totally) replace the essentially normative legal analysis and public policy choices related to that analysis’.

35 Waarbij ik mij kan voorstellen dat dit in de sfeer van fundamentele rechten eenvoudiger te beargumenteren zal zijn.

koers varen, zou dan getuigen van argumentatieve luiheid.³⁶ Overigens, of er in deze context daadwerkelijk sprake is of zou kunnen zijn van zo'n 'kernwaarde', dus of de persvrijheid een kernwaarde is die de empirie kan 'overvleugelen', is een interessante vraag die echter buiten het bestek van mijn bijdrage valt. Het gaat mij hier enkel om het algemene punt dat er zo'n mechanisme zou kunnen bestaan.

18. Een onvoorziene complicatie van, of fijne uitweg uit een probleemgebied via (de erkenning van) deze gedachte is overigens dat de civiele rechter niet meer hoeft na te gaan of de empirische basis voor een bepaalde feitelijke claim aanwezig is, mits hij die claim, als argument, als een kernwaarde kan beschouwen én hij dat ook kan uitleggen en motiveren. In dat geval immers, zou de normatieve correctie kunnen worden toegepast als de door de rechter gebruikte empirische claim onvoldoende gefundeerd zou zijn, en zelfs als juist het daaraan tegenovergestelde standpunt empirisch ondersteund zou worden. Daarmee zou het argument alsnog inzetbaar kunnen zijn, als 'groter goed', als kernwaarde, in plaats van als een enkel (bewezen) feit. De rechter hoeft, zo doordenkend, dus niet altijd het empirische waarheidsgehalte van feitelijke claims te onderzoeken en onderbouwen (hetgeen ook wel een 'ver-van-mijn-bed-show zou opleveren), maar zal zich in plaats daarvan rekenschap kunnen of moeten geven van de mate waarin een gezichtspunt een kernwaarde vertegenwoordigt (die hoger aan te slaan is), hetgeen 'dichter bij huis' staat qua werkzaamheid.
19. Een onbedoeld neveneffect van deze opvatting is natuurlijk dat de exercitie die ik hiervoor ondernomen heb om de empirische basis van de gebruikte assumptie te achterhalen, achteraf overbodig lijkt te zijn geweest. Daarbij mag echter niet vergeten worden dat het op zichzelf goed en verstandig is deze exercitie wel uit te voeren, want dat levert extra (en nieuwe) kennis op; zeker als er wel empirisch bewijs voorhanden is, is dat wel zo waardevol.³⁷ Bovendien was de exercitie in dit geval ook een stap in het denkproces richting de conclusie die ik in het voorgaande trok. Bovendien, als iemand deze nieuwe gedachte niet accepteren wil of niet overtuigend acht, staat altijd nog de daaraan voorafgaande analyse van de rechterlijke assumptie als zodanig overeind als opbrengst van deze bijdrage. Hopelijk is die analyse op zichzelf ook waardevol.

36 Daarmee is overigens in het geheel niet gezegd dat het hof in de onderhavige kwestie 'lui' zou zijn geweest. Het hof heeft geldend recht toegepast, zoals ook blijkt uit het falende cassatieberoep.

37 In dat laatste geval zou men nog kunnen zeggen dat die normatieve correctie dan helemaal niet nodig is. Dat suggereert dan echter een primaat van 'de empirie' boven 'de normatieve correctie' (die zou dan slechts 'subsidiar' inzetbaar zijn, als de empirische data ontbreken), en die claim zou ik hier niet willen maken. De vraag waar dat primaat eventueel ligt, vergt meer aan nadere overdenking dan ik in deze bijdrage kwijt kan en wil. Ik realiseer me overigens dat de term 'correctie' ook al een soort van volgorde impliceert, maar dat is dus niet zo bedoeld.

Afronding

20. Uit de beperkt beschikbare empirische literatuur blijkt dat ‘defensive journalism’ niet vast te stellen of te ontcrachten is in de dagelijkse werkelijkheid van de journalistiek. We weten nog niet of het een ‘feit’ of een ‘nepfeit’ betreft. Dat heeft implicaties voor de waarde van de argumentatie langs die lijn, uiteraard, maar het gevolg daarvan is toch minder verstrekkend dan potentieel gedacht. Want de ‘normatieve correctie’ die, zo betogde ik, een rechter kan toepassen als het om zogenoemde kernwaarden gaat, bijvoorbeeld de persvrijheid, biedt hem een uitweg langs de klippen en valkuilen van de omgang met empirische gegevens, koersend richting de veilige haven van een veel meer juridisch georiënteerde redeneerwijze.