

## De grenzen van 'naming and shaming'

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

*Document version:*

Early version, also known as pre-print

*Publication date:*

2007

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Tjong Tjin Tai, T. F. E., (2007). *De grenzen van 'naming and shaming'*, No. 68, Jul 13, 2007. (Nieuwsbrief bedrijfsjuridische berichten; No. p. 287-289).

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Rubriek Aansprakelijkheidsrecht)

De grenzen van 'naming and shaming'

Eric Tjong Tjin Tai

Universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg

HR 13 juli 2007, C06/034HR, LJN BA3161 (Clickfonds)

## 1. Inleiding

'Naming and shaming', het publiekelijk bekendmaken van namen van overtreders, is de nieuwste aanwinst in het sanctie-arsenaal. Op de wenselijkheid van grenzen hieraan is reeds gewezen door D. Doorenbos in zijn Nijmeegse intreerede met deze titel (zie ook F. Michiels, Houdbaar handhavingsrecht, rede Tilburg p. 36-41). Voor de overheid zijn er risico's gelegen in een voorbarig gebruik van publiciteit, indien de verdachte uiteindelijk niet veroordeeld wordt. In een recent arrest heeft de Hoge Raad grenzen gesteld aan de mogelijkheid van publiciteit rond een strafzaak.

## 2. Aansprakelijkheid voor strafrechtelijke dwangmiddelen en vervolging

Ter introductie zal kort het kader worden geschetst waarin de zaak moet worden geplaatst. De Hoge Raad heeft namelijk in een reeks arresten ontwikkeling gegeven aan de aansprakelijkheid van de overheid voor toepassing van strafvorderlijke middelen. Men moet daarbij onderscheiden tussen de positie van een onschuldige derde en van de voormalige verdachte.

(1) De onschuldige derde kan worden benadeeld, bijvoorbeeld doordat er bij hem een huiszoeking wordt verricht waardoor schade wordt toegebracht aan de woning. Indien dan achteraf het feit, ter zake waarvan de verdenking bestond, niet door deze derde, maar door een ander was begaan, dient de overheid de schade te vergoeden. De zaaksbeschadiging vindt weliswaar een rechtvaardigingsgrond in de verdenking, maar als deze verdenking achteraf ongefundeerd blijkt, vervalt daarmee ook de rechtvaardiging en resteert een gewone aansprakelijkheid (HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB; HR 23 november 1990, NJ 1991, 92, zie voor het vervolg HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761).

In HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 (Lavrijsen) is deze vergoedingsplicht geplaatst in de sleutel van de *égalité pour les charges publiques*, de gelijke verdeling van publieke lasten. Ofschoon een correct uitgevoerde huiszoeking rechtmatig is jegens de derde, moet ook schade die niet nodeloos (dat wil zeggen, niet onzorgvuldig) is veroorzaakt worden vergoed. Schade als gevolg van een overheidshandeling die buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico valt, moet niet ten laste van een beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. Het gaat er om of er onevenredig nadeel is toegebracht.

In HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 is dit gepreciseerd. Enig ongemak of gering tijdverlies valt onder het maatschappelijk risico, maar zaaksbeschadiging niet. Daarnaast kan de schadevergoeding op grond van eigen schuld worden verminderd. De bijzondere relatie tussen de derde en de verdachte (zoals een familierelatie of inwoning) kan tot enige, maar mogelijk niet algehele toerekening op grond van eigen schuld leiden.

(2) Voor de voormalige verdachte geldt dat er voor de hechtenis en andere dwangmiddelen reeds een (gefixeerde) vergoeding wordt betaald (art. 89-93, 591 en 591a Sv). De vraag is of bij de burgerlijke rechter aanvullende schadevergoeding kan worden verkregen.

Het is mogelijk dat de hechtenis van meet af aan onrechtmatig kan zijn geweest, indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (bijvoorbeeld wanneer de gronden voor voorlopige hechtenis niet aanwezig waren) dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten, zoals het horen van de verdachte waar dat is voorgeschreven. Dit vormt een onrechtmatige daad die schadeplichtig maakt.

Indien dat geval zich niet voordoet heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voorlopige hechtenis rechtmatig is vanwege de verdenking, dat wil zeggen dat uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig feit voortvloeit. Die rechtmatigheid komt te vervallen indien achteraf blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft

bestaan (HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 m.nt. CJHB en EAA, HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 m.nt. C). Dit betekent in wezen dat de onschuld moet blijken uit het dossier (HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99, HR 13 november 1998, NJ 1999, 100 (Granaria) m.nt. ARB, HR 21 april 2000, NJ 2001, 143). Men spreekt ook wel over het 'gebleken-onschuld-criterium'. Hier geldt dus niet het égalité-criterium (HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 m.nt. Vranken (Begaclaim)). De moeilijkheid is hoe de onschuld moet worden vastgesteld: vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging of sepot is daar onvoldoende voor (zie bv. HR 22 december 1995, NJ 1996, 301, HR 1 december 1995, NJ 1996, 180, HR 20 december 1996, NJ 1997, 278, HR 13 november 1998, NJ 1999, 100 (Granaria) m.nt. ARB). Indien de onschuld wordt aangetoond, is de schadevergoeding echter niet beperkt tot buiten het maatschappelijk risico vallende schade (HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 (Begaclaim)). In vergelijking met een getroffen derde is het voor de voormalige verdachte dus moeilijker om schadevergoeding te verkrijgen (de onschuld moet zijn gebleken), maar wordt er wel meer vergoed als de drempel van de onschuld eenmaal is genomen.

Een vordering uit onrechtmatige daad zal – indien niet kan worden bewezen dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan – moeten worden gebaseerd op op andere feiten dan het enkele gebruik van een dwangmiddel op grond van een achteraf ongegrond gebleken verdenking. Dergelijke andere feiten kunnen zijn gelegen zowel in een gebruik van het dwangmiddel in strijd met regels van geschreven of ongeschreven recht, waaronder begrepen het geval dat de toepassing van het dwangmiddel in de gegeven omstandigheden zo disproportioneel was dat zij daarom in strijd met de aan de Staat betamende zorgvuldigheid kwam, alsook in een gedraging die in het geheel niet als het gebruik van enig dwangmiddel kan worden opgevat (HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 m.nt. C, HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 m.nt. ARB).

Deze regels gelden ook ten aanzien van schadevergoeding voor andere handelingen van de politie en justitie in het kader van de strafvervolging, naast de toepassing van dwangmiddelen (HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 m.nt. CJHB). Ook indien het niet tot strafvervolging is gekomen, kan zodanige aansprakelijkheid voor daden bestaan (HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 944 (Begaclaim)).

Inmiddels is er wetgeving in voorbereiding om deze materie te regelen (Brief minister van Justitie 9 november 2005, TK 2005/06, 29 271, nr. 3, blz. 3).

### 3. Naming and shaming in de praktijk

Het arrest van 13 juli 2007 is een uitvloeisel van de zogenaamde operatie Clickfonds in 1997. Justitie deed met grootschalige publiciteit invallen bij diverse commissionairs, banken en de effectenbeurs, teneinde financiële fraude op te sporen. Een deel van de verdachten is uiteindelijk vrijgesproken. Eén van de verdachte ondernemingen (een effectenhuis) waarbij een inval is gedaan heeft vervolgens de Staat aangesproken tot vergoeding van schade.

Het Hof heeft alle vorderingen afgewezen. In cassatie werd hierover geklaagd, deels met succes. De Staat werd twee groepen gedragingen verweten: persberichten, en uitlatingen op een openbare terechtzitting in aanwezigheid van de pers. Hierbij werd medegedeeld dat de genoemde rechtspersoon werd verdacht van strafbare feiten.

De Hoge Raad oordeelt dat voor de (gewezen) verdachte de mogelijkheid bestaat tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige overheidsdaad, onder meer indien het gewraakte optreden van het openbaar ministerie een inbreuk vormt op het door art. 6 lid 2 EVRM gewaarborgde recht dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Of van een dergelijke inbreuk sprake is dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Voor de invulling van dit criterium verwijst de Hoge Raad naar rechtspraak van het EHRM, waaruit blijkt dat sprake is van schending van art. 6 lid 2 EVRM indien een publieke functionaris uitlatingen heeft gedaan waaruit de opinie blijkt dat de verdachte schuldig is, terwijl dat nog niet rechtens bewezen is. Hiertoe volstaat dat er een redenering is te vinden die zodanige opinie suggereert (EHRM 10 mei 2005, nr. 6569/04, met verdere verwijzingen). Men moet dus goed op zijn woorden passen om onjuiste indrukken te vermijden. Verder verwijst de Hoge Raad naar de - als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen - "Richtlijnen informatieverstrekking strafzaken aan media door politie en Openbaar

Ministerie" (Stcrt. 1992, 86), die evenzeer terughoudendheid en zakelijkheid in de berichtgeving voorschrijven. In het bijzonder dient steeds te worden benadrukt dat het slechts gaat om een verdenking.

De Hoge Raad oordeelt dat het Hof diverse van de uitgegeven persberichten niet toereikend naar deze maatstaven heeft beoordeeld: deze berichten lijken onvoldoende terughoudend te zijn.

Anders ligt het ten aanzien van de naamsvermelding van eiseres in een ander persbericht: het belang op het niet-vermelden van haar naam mocht worden afgewogen tegen het openbaar belang dat ermee gediend was een eind te maken aan bestaande onrust rondom de beurs en de positie van de beurs met betrekking tot de strafvorderlijke maatregelen duidelijk te maken.

Tot slot de mededelingen die door het openbaar ministerie zijn gedaan op een openbare terechtzitting. Deze zitting betrof de beoordeling van de vordering tot onderbewindstelling van eisers. De Hoge Raad geeft aan dat de aldaar gedane uitlatingen ertoe dienden de rechter te overtuigen. In die context behoeft het openbaar ministerie niet dezelfde terughoudendheid in acht te nemen als ten aanzien van mededelingen die buiten die context worden gedaan (bijvoorbeeld in persberichten of tijdens persconferenties) ter voorlichting van de media en het algemene publiek. Dat wordt in beginsel niet anders doordat de desbetreffende procedure, zoals in dit geval, de aandacht van de media had.

#### 4. Commentaar

Deze uitspraak is de laatste uitbreiding van het stelsel van aansprakelijkheid voor gedragingen tijdens de strafvervolgning. Het gaat niet om dwangmiddelen, maar om andere gedragingen, te weten publiciteit (vgl. reeds HR 19 december 2003, NJ 2004, 348). Publiciteit omtrent strafzaken is dus aan banden gelegd.

De Hoge Raad ontvouwt voor publicitaire acties een genuanceerd stelsel van normen en afwegingen met betrekking tot uitlatingen over een verdachte. Zakelijkheid en terughoudendheid dienen de toon te zetten. Dit wijkt af van de gangbare toon in de media, waaruit een voorkeur blijkt voor harde, duidelijke uitlatingen. Justitie dient in haar (op zichzelf prijzenswaardige) streven naar helderheid voor het publiek dus niet in die tendens mee te gaan.

Bij dit alles zij opgemerkt dat ook bij schade uit negatieve publiciteit eventuele eigen schuld van de gewezen verdachte kan leiden tot een aanzienlijke beperking van de schadevergoeding. Een voorbeeld is HR 3 februari 2006, LJN AU6091, waar een voormalig advocaat, na een detentie die met kennisgeving van niet verdere vervolging is geëindigd, 25% eigen schuld krijgt toegerekend vanwege de 'kwetsbare positie' waarin hij zich vanuit publicitair oogpunt bevond. Hij had zich namelijk "gelieerd aan een man die banden met de sex-industrie onderhield, hetgeen nu eenmaal voorzienbaar het risico inhoudt, dat de kwade reuk waarin die branche zich pleegt te bevinden, ook aan [verweerder] kleeft." Wie met pek omgaat, wordt ermee besmet.

#### 5. De omkeringregel

Tot slot heeft de Hoge Raad, haast terloops, aangegeven dat de omkeringsregel in casu niet van toepassing is voorzover er niet is aangetoond dat er schade is geleden (rov. 3.5.10). Dit volgt reeds uit HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 (Kastelijn/gem. Achtkarspelen): de omvang van de schade (en dus ook het causaal verband tussen gestelde schade en gerealiseerde gevaar) vallen niet onder de omkeringsregel en moeten door eiser worden aangetoond (zie ook HR 19 december 2003, NJ 2004, 348, rov. 4.9.6).