

Zaaknr: 16/01722
Zitting: 31 maart 2017

mr. F.F. Langemeijer
Conclusie inzake:

Pretium B.V.

tegen

de vereniging met volledige
rechtsbevoegdheid AVROTROS

Het televisieprogramma TROS Radar heeft met een *undercover*-rapportage in een callcenter de wijze waarop een telefoonbedrijf klanten werft aan de kaak willen stellen. Het principaal cassatieberoep gaat over de vraag hoever de bescherming onder art. 10 EVRM reikt voor met een verborgen camera gefilmd materiaal. Daarnaast is aan de orde of het hof een vordering op grond van art. 843a Rv tot afgifte van dat materiaal kon afwijzen op de grond dat het beoogde bewijs ook langs een andere weg, door het horen van getuigen, kan worden verkregen.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die het hof in het bestreden arrest onder 1 heeft vermeld¹:

1.1.1 De TROS² zendt radio- en televisieprogramma's uit. Pretium B.V. (hierna kortweg: Pretium³) is een aanbieder van telecommunicatiediensten, waaronder diensten op het gebied van mobiel telefoneren. Pretium brengt haar diensten onder meer door telefonische benadering van potentiële klanten op de markt.

1.1.2 In een uitzending van het TROS-televisieprogramma TROS Radar van 29 september 2008 is de wijze van telefonische klantenwerving door Pretium kritisch besproken. In de uitzending zijn beelden gebruikt van een cursus bij een destijds voor Pretium werkend callcenter, die door een medewerker van TROS zijn gemaakt met een verborgen camera.

¹ Vgl. HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0598, NJ 2012/556, onder 3.1.

² In het bestreden arrest was nog sprake van: de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid TROS. Inmiddels zijn de AVRO en de TROS gefuseerd.

³ In het bestreden arrest was nog sprake van: Pretium Telecom B.V. Blijkens de 'kop' van de laatste gedingstukken in appel is sprake van een naamswijziging.

1.2 Op 11 september 2009 heeft Pretium de TROS gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage. In deze zaak (hierna: de eerste bodemprocedure, rolnr. 349720 / HA ZA 09-3472) heeft Pretium gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat de TROS onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door Pretium, herhaaldelijk en via verschillende media, openlijk te beschuldigen van agressieve en/of onfatsoenlijke belpraktijken, misleiding en/of het najagen van kwetsbare consumenten, in het bijzonder ouderen. Daarenboven vorderde Pretium verscheidene geboden en verboden en schadevergoeding⁴.

1.3 In deze bodemprocedure heeft Pretium bij conclusie van 21 juli 2010 een zgn. exhibitie-incident geopend. Pretium heeft op grond van art. 843a Rv van de TROS de afgifte gevorderd van (een kopie van) het volledige beeld- en geluidsmateriaal dat zij tijdens de 'infiltratie' van het callcenter heeft verkregen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom. Bij vonnis van 2 februari 2011 heeft de rechtbank deze incidentele vordering toegewezen.⁵

1.4 De TROS heeft tegen het vonnis van 2 februari 2011 hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 21 juni 2011 heeft het hof 's-Gravenhage de TROS niet-ontvankelijk verklaard in dat hoger beroep, omdat het een tussenvonnissen betreft en het hof ervan uitging dat de rechtbank geen verlof had gegeven voor tussentijds hoger beroep (zie art. 337 lid 2 Rv). De Hoge Raad heeft, op het cassatieberoep van de TROS, bij arrest van 28 september 2012 het arrest van 21 juni 2011 vernietigd en de zaak ter afdoening van het hoger beroep in het incident terugverwezen naar het hof⁶.

1.5 In de eerste bodemprocedure heeft de TROS ook van haar kant een exhibitie-incident geopend. Bij conclusie van 16 februari 2011 heeft de TROS op grond van art. 843a Rv incidenteel gevorderd dat aan Pretium zal worden bevolen alle geluidsopnamen van de tijdens de cursus door de cursusleider en de infiltrant van de TROS gevoerde telemarketeer-gesprekken over te leggen, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Bij vonnis van 7 september 2011 (ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3512) heeft de rechtbank deze incidentele vordering van de TROS toegewezen. In de bodemprocedure heeft de rechtbank op grond van art. 22 Rv dezelfde bevelen gegeven als in het eerste en tweede exhibitie-incident: aan

⁴ Deze laatste vorderingen worden hierna niet afzonderlijk besproken. Aan deze eerste bodemzaak is een kort geding tussen partijen voorafgegaan, dat geëindigd is met HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449.

⁵ Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP4605. Een door Pretium gelijktijdig verzochte voorlopige voorziening op de voet van art. 223 Rv werd afgewezen.

⁶ HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0598, NJ 2012/556. Achteraf bleek wel verlof te zijn gegeven voor tussentijds hoger beroep.

de TROS werd opgedragen uiterlijk 21 september 2011 het volledige tijdens de infiltratie opgenomen beeld- en geluidsmateriaal over te leggen; aan Pretium werd bevolen uiterlijk 21 september 2011 de volledige geluidsopnamen van alle door de cursusleider en de infiltrant tijdens de cursus gevoerde telefoongesprekken over te leggen. De TROS heeft op 20 september 2011 aan dit op art. 22 Rv gebaseerde bevel voldaan.⁷

1.6 Op 6 december 2011 heeft de TROS Pretium gedagvaard in een tweede bodemprocedure (rolnr. 409155 / HA ZA 11-2819, in de processtukken ook wel aangeduid als 'de artikel 611d Rv-procedure'). Hierin vorderde de TROS een verklaring voor recht dat zij tijdig heeft voldaan aan de veroordeling in het eerste exhibitie-incident, althans een verklaring voor recht dat zij in de onmogelijkheid verkeerde aan dit vonnis te voldoen (als bedoeld in art. 611d Rv) en opheffing of nihilstelling van de opgelegde dwangsommen. Meer subsidiair vorderde de TROS een verklaring voor recht dat het door Pretium opgeëiste bedrag van € 500.000,- ter zake van dwangsommen die door de TROS zouden zijn verbeurd rechtsgeldig is verrekend met het door de TROS gevorderde bedrag van € 500.000,- ter zake van door Pretium verbeurde dwangsommen.

1.7 Op 11 juli 2012 heeft de rechtbank in beide bodemprocedures een eindvonnis gewezen (ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1975).

In de door Pretium gestarte bodemprocedure kwam de rechtbank in rov. 4.36 tot de slotsom dat de TROS niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Pretium. Op die grond heeft de rechtbank de vorderingen van Pretium afgewezen. In rov. 4.37 – 4.40 stelde de rechtbank vast dat Pretium, op grond van het vonnis in het door de TROS geopende exhibitie-incident, het maximumbedrag van € 500.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd.

In de tweede, door de TROS gestarte, bodemprocedure (rolnr. 409155 / HA ZA 11-2819) besliste de rechtbank dat de TROS de veroordeling in het vonnis van 2 februari 2011 in een relevante mate niet is nagekomen. Volgens de rechtbank was er geen sprake van onmogelijkheid van nakoming van de veroordeling (zoals bedoeld in art. 611d Rv). De rechtbank kwam tot de slotsom dat ook de TROS het maximumbedrag van € 500.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd (rov. 4.42 – 4.45). De rechtbank heeft vervolgens voor recht verklaard dat het door de TROS verschuldigde bedrag van € 500.000,- rechtsgeldig is verrekend met het door Pretium verschuldigde bedrag van € 500.000,-. Hierdoor zijn deze schulden van gelijke omvang over en weer teniet gegaan. De rechtbank wees het door de TROS overigens gevorderde af.

⁷ Zie rov. 2.15 van het eindvonnis van de rechtbank d.d. 11 juli 2012 en rov. 4 van het in cassatie bestreden arrest.

1.8 Na genoemd arrest van de Hoge Raad van 28 september 2012, waarin de zaak naar het hof werd teruggewezen, hebben partijen bij het hof voortgeprocedeerd in het hoger beroep van de TROS tegen het vonnis in het eerste exhibitie-incident (nr. 200.116.653/01). Pretium heeft in deze appelprocedure een incidentele grief aangevoerd tegen de (volgens haar: te geringe) hoogte van de door de rechtbank bepaalde dwangsomsanctie.

1.9 Pretium heeft hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis van 11 juli 2012 in de eerste bodemprocedure (nr. 200.117.421/01). Pretium heeft afzonderlijk (onder nr. 200.117.428/01) hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 11 juli 2012 in de tweede, door de TROS gestarte, bodemprocedure.

1.10 Bij arrest van 16 juli 2013 in het voegingsincident heeft het gerechtshof Den Haag de voeging bevolen van de appelprocedure betreffende het eerste exhibitie-incident (nr. 200.116.653/01) en de door Pretium onder nr. 200.117.421/01 gestarte appelprocedure in de eerste bodemprocedure. Op grond van de overweging dat de beslissing in het eerste exhibitie-incident van invloed kan zijn op inhoud en omvang van het debat van partijen in de beide bodemprocedures, heeft het hof bepaald dat in de twee door Pretium gestarte appelprocedures de TROS haar memorie van antwoord pas behoeft te nemen nadat in de appelprocedure onder nr. 200.116.653/01 (het appel in het eerste exhibitie-incident) arrest zal zijn geweest.⁸

1.11 Na verwijzing oordelend over het hoger beroep van de TROS in het eerste exhibitie-incident, heeft het hof bij arrest van 22 december 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:3532) het vonnis van 2 februari 2011 vernietigd voor zover de TROS daarin is veroordeeld tot afgifte aan Pretium van een kopie van het volledige beeld- en geluidsmateriaal dat zij tijdens de infiltratie van het callcenter heeft verkregen. Het hof wees deze incidentele vordering van Pretium af.⁹ De overwegingen van het hof - voor zover in cassatie van belang - luiden als volgt:

“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

⁸ Zie rov. 7-10 en het dictum van het arrest van 16 juli 2013 in het voegingsincident en rov. 22 van het in cassatie bestreden arrest van 22 december 2015.

⁹ Het hof stelt in rov. 22 vast dat de overige beslissingen in het tussenvonnis van 2 februari 2011 geen deel uitmaken van dit hoger beroep, zodat die niet bekrachtigd behoeven te worden.

de bescherming van artikel 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 hebben 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 verstrekende 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."

1.12 Pretium heeft tegen het arrest van 22 december 2015 - tijdig - beroep in cassatie ingesteld. De TROS heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en incidenteel cassatieberoep ingesteld, waarop Pretium heeft geantwoord. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, gevolgd door re- en dupliek.

2. Bespreking van het principaal cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel van Pretium valt uiteen in twee onderdelen. Het eerste onderdeel is gericht tegen het criterium (in rov. 7 en 8, reeds aangehaald), aan de hand waarvan het hof de incidentele vordering van Pretium tot afgifte door de TROS van een kopie van het volledige beeld- en geluidsmateriaal dat zij tijdens de infiltratie van het callcenter heeft verkregen, heeft afgewezen.

Met een verborgen camera gemaakte beelden in relatie tot art. 10 EVRM

2.2 Journalisten zijn voor het verkrijgen van informatie soms afhankelijk van zogenoemde 'klokkenluiders' of andere informatiebronnen die (uit vrees voor negatieve gevolgen van openbaarmaking voor henzelf of voor hun naaste omgeving) eisen dat hun identiteit niet bekend wordt gemaakt. De bescherming van zulke journalistieke bronnen wordt beschouwd als één van de hoekstenen van de door art. 10 EVRM beschermde persvrijheid. Zonder die bescherming zouden potentiële bronnen kunnen worden afgeschrikt om de pers te informeren over zaken van algemeen belang, met het gevolg dat de rol van de pers als 'publieke waakhond' wordt ondergraven. Het is vaste rechtspraak van het EHRM, dat een inbreuk op de vertrouwelijkheid van journalistieke bronnen een stringente toetsing vereist en moet kunnen worden gerechtvaardigd door een zwaarwegend publiek belang.¹⁰ Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft een aanbeveling over bronbescherming opgesteld.¹¹

2.3 De door het hof aangehaalde uitspraak van het EHRM inzake Nordisk Film & TV tegen Denemarken¹² betrof een tv-documentaire over pedofilie. Deze documentaire was gebaseerd op onder meer met een verborgen camera opgenomen gesprekken van een journalist met pedofielen. Tijdens deze gesprekken hadden de pedofielen voor zichzelf belastende verklaringen afgelegd. In het kader van een strafrechtelijk onderzoek heeft de Deense rechter het tv-bedrijf en de undercover-journalist bevolen een deel van diens aantekeningen en niet uitgezonden beeldmateriaal van de verborgen camera over te leggen. Het tv-bedrijf heeft bij het EHRM geklaagd over schending van art. 10 EVRM. In zijn uitspraak wees het EHRM op het verschil met eerdere zaken over journalistieke bronbescherming: de personen met wie de journalist had gesproken wisten niet dat hij een journalist was, noch dat zij gefilmd werden. Het EHRM vervolgde:

"In fact, the majority of the persons participating in the programme were not freely assisting the press to inform the public about matters of public interest or matters concerning others, on the contrary. Nor did they consent to being filmed or recorded and thus providing information in that way. Consequently, those participants cannot be regarded as sources of journalistic

¹⁰ EHRM 27 maart 1996 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), NJ 1996/577 m.nt. E.J. Dommering. Van de latere rechtspraak over bronbescherming noem ik hier alleen: EHRM 22 november 2007 (Voskuil/Nederland, nr. 64752/01), NJ 2008/216 m.nt. E.J. Dommering; EHRM 14 september 2010 (Sanoma/Nederland, 38224/03), NJ 2011/230 m.nt. E.J. Dommering en T.M. Schalken. Zie ook: J.H. Gerards e.a. (red.), SDU Commentaar EVRM – Deel 1 Materiële bepalingen, art. 10 EVRM, aant. C.6.2.4; G.A.I. Schuijt, Groene Serie, Onrechtmatige daad, BW Boek 6, aant. 89.

¹¹ Recommendation van 8 maart 2000 nr. R (2000) 7, 'on the right of journalists not to disclose their sources of information', www.coe.int.

¹² EHRM 8 december 2005, EHRC 2006/27, Mediaforum 2006, nr. 8. Het arrest is besproken door D. Voorhof in Mediaforum 2006-3, p. 65-67 en P.H. van Kempen in NJCM-Bulletin 2006, nr. 5, p. 708-721.

information in the traditional sense (see for example the definition set out in the explanatory notes to Recommendation No. R (2000) 7, above).

Seen in this light, the applicant company was not ordered to disclose its journalistic source of information. Rather, it was ordered to hand over part of its own research-material. 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*, *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, par. 114 ...). However, this matter can only be properly addressed in the circumstances of a given case.

On the other hand, the Court is not convinced that the degree of protection under Article 10 of the Convention to be applied in a situation like the present one can reach the same level as that afforded to journalists, when it comes to their right to keep their sources confidential, notably because the latter protection is two-fold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the source who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest.

2.4 Uit deze uitspraak van het EHRM valt op te maken dat informatie, verkregen van personen die zich niet ervan bewust zijn dat zij informatie aan een journalist verstrekken, niet is aan te merken als een 'journalistieke bron' in de zin van het arrest-Goodwin: voor hen geldt niet dat zij door de mogelijkheid van bekendmaking als 'bron' kunnen worden afgeschrikt om informatie te verstrekken aan een journalist. De sterke bescherming van journalistieke bronnen onder art. 10 EVRM is daarom niet van toepassing. Wel kan een minder ver gaande bescherming geboden zijn wanneer het risico om bepaald onderzoeksmateriaal (hier: het beeldmateriaal dat met een verborgen camera is verkregen) of een bepaalde onderzoeksmethode te moeten prijsgeven een afschrikwekkende werking kan hebben op de persvrijheid (*'may have a chilling effect on the exercise of journalistic freedom of expression'*). Of laatstbedoelde situatie zich voordoet, moet volgens het EHRM worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In de zaak van *Nordic Film & TV* was het EHRM van oordeel dat de beslissing van de Deense rechter een inmenging in de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting opleverde in de zin van art. 10 lid 1 EVRM, die bij de wet was voorzien en waarmee een legitiem doel werd nagestreefd. In het kader van de toetsing aan het tweede lid van art. 10 EVRM, kwam het EHRM tot het oordeel dat het bevel van de Deense rechter proportioneel was ten opzichte van het daarmee nagestreefde doel en dat de voor deze inbreuk opgegeven redenen relevant en toereikend waren. Daarbij nam het EHRM in aanmerking dat het bevel van de Deense rechter tot het overleggen van niet uitgezonden beeldmateriaal betrekking had op slechts een deel daarvan: opnamen en aantekeningen waarmee de identiteit van drie wél als journalistieke bronnen te beschouwen personen zou kunnen worden onthuld, waren uitgezonderd.¹³

¹³ De kernoverwegingen zijn herhaald in EHRM 27 mei 2014 (appl.no. 8406/06; *Ravage/Nederland*), EHRC 2014/185 m.nt. S.P. Poppelaars, rov. 63 en 64.

2.5 Onderdeel I klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan door slechts *in algemene zin* te beoordelen of van het opvragen van opgenomen (beeld- en geluids)materiaal een '*chilling effect*' zou kunnen uitgaan Volgens de klacht had het hof direct de concrete omstandigheden van het geval in dit oordeel behoren te betrekken (cassatiedagvaarding onder 8 en 9).

Het middelonderdeel vervolgt met de klacht dat het hof verscheidene stellingen van Pretium (opgesomd in alinea's 10 en 11 van de cassatiedagvaarding)¹⁴ niet kenbaar in zijn oordeel heeft betrokken. Volgens de klacht in de cassatiedagvaarding onder 12 en 13 had het hof op deze stellingen moeten responderen alvorens tot de slotsom te kunnen komen dat het opgevraagde opgenomen beeld- en geluidmateriaal binnen het beschermingsbereik van art. 10 EVRM valt. Dit klemt temeer, nu het hof zelf (in rov. 6) heeft vastgesteld dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een journalistieke bron in de klassieke zin van het woord.

2.6 Het hof concludeert in rov. 8 dat de vordering van Pretium op grond van art. 843a Rv moet worden beoordeeld met inachtneming van de bescherming van de opnamen (van beeld en geluid) onder art. 10 EVRM. In de eerste zin van rov. 7– in cassatie niet bestreden – heeft het hof de uitspraak van het EHRM inzake Nordisk Film & TV tot leidraad genomen. Het EHRM heeft in die uitspraak overwogen dat het risico van het daar bedoelde *chilling effect* moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In zijn overwegingen heeft het hof de relevant geachte omstandigheden van het geval uiteengezet. In het kort:

- het materiaal is verkregen door een journalist bij zijn onderzoek naar een mogelijke maatschappelijke misstand;
- voor persvrijheid is vereist dat een journalist in beginsel vrij is en zich vrij moet voelen om onderzoek te doen naar maatschappelijke misstanden; gebruik van een verborgen camera kan in uiterste gevallen noodzakelijk zijn om deze misstanden aan de kaak te stellen;
- het hof acht het denkbaar dat gedwongen afgifte van met een verborgen camera gemaakte opnamen een *chilling effect* zal hebben, in die zin dat journalisten als gevolg van de dreiging van een gedwongen afgifte terughoudender zullen worden met deze onderzoeksmethode.

2.7 Dit laatste is inderdaad een overweging die het individuele geval van deze TROS-rapportage te boven gaat – het argument geldt voor elke gedwongen afgifte van met een

¹⁴ Voor de vindplaatsen van de bedoelde stellingen in de gedingstukken: zie de voetnoten 7 en 8 in de cassatiedagvaarding.

verborgen camera gemaakte opnamen in het kader van het onderzoek door een journalist naar een mogelijke maatschappelijke misstand –, maar daaruit volgt allerminst dat het hof een oordeel *in abstracto* heeft gegeven dat los staat van de omstandigheden van het geval. Het hof heeft het in dit concrete geval te duchten *chilling effect* nader omschreven in de laatste helft van rov. 7. Die redengeving kan het oordeel dragen dat niet slechts in het algemeen, maar (ook) in het onderhavige geval een gedwongen afgifte van de beeld- en geluidsopnamen een *chilling effect* op het werk van journalisten kan hebben als bedoeld in het arrest Nordic Film & TV. De stellingen van Pretium waarop het onderdeel zich beroept hielden, naar de kern genomen, in dat de journalist van de TROS zich aan journalistieke onzorgvuldigheid schuldig heeft gemaakt en daarom geen aanspraak kan maken op de bescherming van art. 10 EVRM. Voorts heeft de TROS betoogd dat (de infiltrant van) de TROS zich onzorgvuldig heeft gedragen en zich schuldig heeft gemaakt aan uitlokking en manipulatie zoals aldaar nader omschreven (in het cassatiemiddel samengevat als: ‘het onzorgvuldige gedrag van de journalist’). De gestelde onzorgvuldigheid stond echter niet vast. Nu Pretium door middel van de gedwongen afgifte van het beeld- geluidmateriaal door de TROS deze (door de TROS betwiste) stellingen hoopte te bewijzen, behoefde het hof die stellingen niet te betrekken in de beoordeling of de gevorderde afgifte een *chilling effect* op journalisten kan hebben.

2.8 Hoe dan ook, het hof heeft deze bezwaren van Pretium onderkend. In rov. 7 heeft het hof aannemelijk geacht dat journalisten er ernstig bezwaar tegen zullen hebben om de met een verborgen camera opgenomen beelden af te geven (uitgerekend) aan het bedrijf waartegen het onderzoek naar de maatschappelijke misstand is gericht. Het hof heeft dit oordeel nader uitgewerkt: door de afgifte van de integrale opnamen worden ook beelden bekend die door de journalist bewust *niet* zijn geselecteerd voor uitzending. Daarbij komt, dat de opnamen naar hun aard beelden zullen bevatten van personen die, 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. In de redenering van het hof ondergraaft het opeisen door Pretium van de beeld- en geluidsopnamen de in dit geval gebruikte journalistieke onderzoeksmethode. Anders dan Pretium betoogt, behoefde het hof niet – op straffe van nietigheid van zijn uitspraak wegens ontoereikende motivering – uitdrukkelijk in te gaan op haar stelling dat de TROS in de procedure bij het hof geen voorbeeld heeft genoemd waaruit blijkt dat de gedwongen afgifte leidt tot het onthullen van een (journalistieke) werkwijze of van iemands identiteit. De motivering maakt voor de lezer voldoende duidelijk op welke gronden het hof het standpunt van Pretium niet heeft gevolgd. Klaarblijkelijk, en niet onbegrijpelijk, is het hof ervan uitgegaan dat het geven van dergelijke concrete voorbeelden zich moeilijk verdraagt met de doelstelling, te weten het voorkómen

dat de toegepaste journalistieke onderzoeksmethode (hier: de wijze van infiltratie in het callcenter bij een serieus te nemen onderzoek door een journalist naar een mogelijke maatschappelijke misstand) wordt onthuld. De slotsom is dat onderdeel I faalt.

Toepassing van art. 843a lid 4 Rv

2.9 Het huidige vierde lid van art. 843a Rv bepaalt dat geen verplichting bestaat om aan een vordering tot inzage of verstrekking van bescheiden te voldoen, onder meer, "indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd". In de memorie van toelichting is hierover het volgende opgemerkt:

"In het algemeen zal aangenomen kunnen worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook gewaarborgd is indien bewijs van de onderwerpelijke feiten redelijkerwijs ook langs andere weg, bijvoorbeeld door het horen van getuigen, kan worden verkregen. Onder omstandigheden, bijvoorbeeld als de relevante getuigen in een ver buitenland wonen, kan dat echter anders zijn."¹⁵

2.10 Onderdeel II onder A komt neer op de klacht dat het hof op basis van deze bepaling de vordering van Pretium tot afgifte van (een kopie van) de beeld- en geluidsopnamen heeft afgewezen zonder dat de TROS aan haar beroep op het vierde lid van art. 843a Rv ten grondslag had gelegd dat getuigenbewijs een alternatief kan zijn voor de afgifte. Weliswaar heeft de TROS tijdens het op 15 oktober 2015 gehouden pleidooi gesteld dat Pretium kan beschikken over verklaringen van de cursusleider en de overige callcenter-medewerkers, maar die stelling werd aangevoerd in een ander verband. Subsidiar klaagt het middelonderdeel dat de TROS deze stelling tardief heeft aangevoerd.

2.11 Bij de beoordeling van deze klacht kan uitgangspunt zijn dat de stelplecht, met betrekking tot een beroep op art. 843a lid 4 Rv, rust op de partij die verweer voert tegen de inzagevordering.¹⁶ De klacht gaat eraan voorbij dat de TROS in eerste aanleg al had aangevoerd dat de vordering van Pretium op grond van art. 843a Rv moet worden afgewezen: niet slechts omdat gewichtige redenen zich daartegen verzetten, maar ook omdat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de opgevraagde gegevens is gewaarborgd.¹⁷ In hoger beroep, bij memorie van grieven onder 43, heeft de TROS andermaal gesteld dat een behoorlijke rechtsbedeling

¹⁵ Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 553 (nr. 2). Zie ook J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht (2010), p. 24-29.

¹⁶ Vgl. HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ7774, NJ 2006/547, rov. 3.3.4.

¹⁷ Zie rov. 3.20 – 3.22 van het vonnis van de rechtbank van 2 februari 2011.

ook mogelijk is zonder dat Pretium kennis neemt van het (niet in de uitzending gebruikte) ruwe beeld- en geluidmateriaal. Tijdens het op 15 oktober 2015 gehouden pleidooi heeft de TROS dit standpunt geadstrueerd door aan te voeren dat Pretium beschikte over de verklaringen en al sinds september 2008 op de hoogte was van de naam van de desbetreffende cursusleider en van het callcenter en dat de gevorderde afgifte van het materiaal daarom niet noodzakelijk is voor de waarheidsvinding.¹⁸ Het hof heeft deze stellingen van TROS kennelijk opgevat als (ook) een nadere uitwerking van het door TROS gedane beroep op art. 843a lid 4 Rv. Dat oordeel geeft geenszins blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering om voor de lezer begrijpelijk te zijn. De klacht onder A faalt en kan met toepassing van art. 81 lid 1 RO worden afgedaan.

2.12 Onderdeel B vormt de kern van het cassatiemiddel. Onder B.1 klaagt Pretium over onjuistheid van het uitgangspunt dat een vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv slechts kan worden toegewezen indien de informatie op geen enkele andere manier kan worden verkregen. Dat niet uit te sluiten valt dat het bewijs ook langs een andere weg wordt verkregen, staat volgens de klacht *op zichzelf* niet in de weg aan toewijzing van de exhibitievordering; er zijn bijkomende omstandigheden nodig. In elk geval dient de rechter terughoudend gebruik te maken van deze uitzonderingsgrond en zich te beperken tot een marginale toetsing van de keuze van de eisende partij om op grond van art. 843a Rv de afgifte van het bewijsmateriaal te vorderen. Volgens Pretium kan niet worden aanvaard dat de partij die inzage vordert altijd gehouden zou zijn, eerst in een getuigenverhoor uit te testen of het geheugen van de getuigen hen in de steek heeft gelaten.

2.13 De klacht van dit middelonderdeel vindt steun in vakliteratuur, waarin kritiek wordt geuit op een toepassing van de uitzonderingsgrond in het vierde lid van art. 843a lid 4 Rv die zó ruim is, dat een exhibitievordering reeds wordt afgewezen op de grond dat het bewijs ook langs een andere weg (bijv. via getuigenverhoor) kan worden verkregen. In het kort komt deze kritiek erop neer dat het erom gaat dat de waarheid boven tafel komt: voor dat doel is een getuigenverhoor niet (in elk geval: niet altijd) beter dan de inzage van de relevante documenten en gegevens. De gedachte dat een getuigenverhoor altijd betere informatie oplevert dan het toewijzen van een vordering op grond van art. 843a Rv zou bovendien neerkomen op een verboden bewijsprognose. Ook wijzen de critici erop dat het alternatief van een (voorlopig) getuigenverhoor beide partijen dikwijls veel meer tijd en geld kost dan

¹⁸ Pleitnota voor AVROTROS onder 33. Daarnaast heeft de TROS in het kader van art. 10 lid 2 EVRM aangevoerd dat, om dezelfde redenen, de vordering van Pretium tot afgifte van de ruwe beeld- en geluidopnamen in strijd zou zijn met de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit; zie de memorie na verwijzing van de TROS d.d. 18 december 2012, onder 86.

het eenvoudigweg ter inzage afgeven van documenten en gegevens¹⁹. In de feitenrechtspraak zou deze afwijzingsgrond niet eenduidig worden toegepast. Enkele schrijvers zagen een tendens in de rechtspraak om een exhibitie-vordering *niet* te laten stranden op de mogelijkheid van een getuigenverhoor.²⁰ In 2008 heeft de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht een advies uitgebracht, meer in het algemeen, over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken²¹.

2.14 De in de vorige alinea samengevatte kritiek heeft weerklank gevonden in een wetsvoorstel, dat nu bij de Tweede Kamer in behandeling is. De afwijzingsgrond 'behoorlijke rechtsbedeling anderszins gewaarborgd' keert daarin niet terug.²² Deze keuze is toegelicht als volgt:

"Op grond van het bestaande artikel 843a lid 4 Rv kan geen beroep op het recht worden gedaan als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van afschrift van de bescheiden is gewaarborgd. Het recht op afschrift van bescheiden lijkt daarmee ondergeschikt te zijn aan andere bewijsmiddelen, waaronder het (voorlopige) getuigenverhoor en het (voorlopige) deskundigenbericht. Het wetsvoorstel brengt daarin verandering. Buiten twijfel wordt gesteld dat het recht op afschrift van bescheiden niet langer een soort ultimum remedium is, maar op gelijke voet met andere bewijsmiddelen staat. Vooral waar het een partij te doen is om bepaalde bescheiden, maar die partij daarop onder het huidige artikel 843a Rv geen aanspraak kan maken omdat ook een (voorlopig) getuigenverhoor mogelijk is, heeft de voorgestelde regeling meerwaarde. De voorgestelde regeling is een goed alternatief voor tijdrovende en kostbare (voorlopig) getuigenverhooren, die geen betere garantie voor waarheidsvinding bieden."²³

2.15 Bij de Tweede Kamercommissie bleken veel vragen over het wetsvoorstel te leven. De minister heeft in zijn brief van 21 februari 2014 geschreven dat een goede beantwoording van deze vragen alleen mogelijk is wanneer meer duidelijkheid bestaat over de ontwikkelingen op het terrein van het bewijsrecht²⁴. Met het oog daarop heeft de Minister besloten advies te vragen van een Expertgroep modernisering bewijsrecht. In afwachting daarvan is de behandeling van het wetsvoorstel stilgelegd. Onlangs, op 10 april 2017, heeft

¹⁹ Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/199; Pitlo, Rutgers en Krans 2014, Bewijs, nr. 99; J.E. Bosch-Boesjes, Tekst & Commentaar Rv, art. 843a Rv, aant. 6.e; J. Ekemans, Groene Serie, Burgerlijke rechtsovername, art. 843a Rv, aant. 7; J. Ekemans, De exhibitieplicht, 2010, p. 168-173; J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht (2010), p. 24-29 en 194-198; B. Altena, Inzage in en exhibitie van bescheiden bij derden (2016), p. 10-11; H.B. Krans, Exhibitie van bescheiden, noot bij HR 6 oktober 2006, AA 2007/4, blz. 371-374, i.h.b. p. 373,

²⁰ Vgl. H.W.B. thoe Schwanzenberg, Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak (2013), p. 67; J. Ekemans, De exhibitieplicht (2010), p. 170; J. Ekemans, Groene Serie, Burgerlijke rechtsovername, art. 843a, aant. 7; zie ook J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht (2010), p. 198.

²¹ TCR 2008, p. 123 e.v.

²² Wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden (Kamerstukken II, 2011-2012, 33079). Op grond van dit wetsvoorstel komt het huidige art. 843a Rv te vervallen en wordt dit vervangen door een regeling in de nieuwe artikelen 162a - 162c Rv.

²³ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 2.

²⁴ Kamerstukken II, 2013-2014, 33 079, nr. 6

de werkgroep van experts haar advies aan de Minister aangeboden²⁵. Voor de onderhavige kwestie is hoofdstuk 3 ('Het inzagerecht') van belang. Na een weergave van het geldende recht en de discussie daarover (par. 3.2 – 3.3) en een samenvatting van het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel (par. 3.4), stelt de expertgroep in par. 3.5.1:

"...dat een belangrijk verschil tussen het inzagerecht en andere wijzen van informatieverzameling erin gelegen is dat het geven van inzage in bescheiden *zonder de rechter* mogelijk is. Voor het horen van getuigen, het inschakelen van getuigen [lees: getuigedeskundigen] of het doen van een gerechtelijke plaatsopneming ligt dit anders (...). De tussenkomst van de rechter is voor deze bewijsmiddelen dus onontkoombaar".

2.16 In par. 3.5.2 van haar rapport doet de expertgroep de aanbeveling, de toetsingscriteria voor het inzagerecht gelijk te trekken met criteria voor andere voorlopige bewijsverrichtingen. Dit komt volgens de expertgroep neer op de volgende maatstaven: het vereiste van bepaaldheid van de ter inzage gevraagde bescheiden (par. 3.5.3); het vereiste dat de partij die bescheiden ter inzage vraagt voldoende belang daarbij heeft (par. 3.5.4); het vereiste dat toewijzing van het verzoek niet in strijd is met de goede procesorde, bijv. door het tijdstip waarop het verzoek wordt gedaan in een lopende procedure (par. 3.5.5); volgens de expertgroep kan een verzoek om inzage worden afgewezen wanneer sprake is van misbruik van deze bevoegdheid (par. 3.5.6, ook verwijzend naar de criteria van art. 3:13 BW); ten slotte de eis dat er geen zwaarwegende belangen zijn die aan toewijzing van het inzageverzoek in de weg staan; hierbij kan worden gedacht aan een geheimhoudingsplicht van degene tot wie het inzageverzoek is gericht, mits deze is erkend door toekenning van een verschoningsrecht ; de expertgroep noemt daarnaast: gewichtige redenen (par. 3.5.7, ook verwijzend naar het in wetsvoorstel 33 079 voorgestelde artikel 162a lid 2).

2.17 Het voorgaande maakt duidelijk dat naar huidig recht nog steeds de afwijzingsgrond in het vierde lid van art. 843a Rv geldt. Dit betekent dat het hof rechtens de exhibitievordering van Pretium mocht afwijzen op de grond dat redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Deze wettelijke uitzondering is in wezen een toepassing van het subsidiariteitsbeginsel: als de uitoefening van het recht op inzage in documenten of gegevens die onder een ander (de wederpartij in de procedure of een derde) berusten voor deze belastend is en niet noodzakelijk omdat de verlangde informatie langs een andere weg is of kan worden verkregen, kan dit naar huidig recht een geldige reden opleveren om de exhibitievordering af te wijzen.

2.18 De vraag waar het in dit cassatiemiddel om gaat, is niet de toepasselijkheid van het

²⁵ Zie NJB 2017/905 (p. 1157).

vierde lid van art. 843a Rv, maar de toepassing daarvan (in rov. 10 – 11). Levert het alternatief dat de verlangde informatie door middel van een (voorlopig) getuigenverhoor kan worden verkregen op zich al voldoende grond op om de exhibitie-vordering van Pretium af te wijzen? De aangehaalde vakliteratuur maakt duidelijk dat bewijsgaring door inzage van geschriften (documenten en gegevens, waaronder mede te begrijpen: beeld- en geluidopnamen) niet zonder meer ondergeschikt kan worden geacht aan bewijsgaring door middel van getuigenverhoren of door het horen van deskundigen, in die zin dat voor toewijzing van een exhibitievordering *in het algemeen* eerst plaats zou zijn nadat de betrokkene vergeefs heeft getracht de verlangde duidelijkheid over de feiten te verkrijgen in een (voorlopig) getuigenverhoor of deskundigenbericht.

2.18 Het komt mij voor, dat het hof dit laatste niet heeft miskend. Zoals de expertgroep heeft opgemerkt (zie het citaat in alinea 2.15 hiervoor), is een essentieel verschil tussen een toegewezen exhibitievordering en, anderzijds, bewijsgaring in de vorm van een getuigenverhoor dat een (voorlopig of regulier) getuigenverhoor plaatsvindt onder rechtstreeks toezicht van de rechter. Wanneer tijdens een getuigenverhoor verschil van mening ontstaat over de vraag of een bepaalde vraag van een der partijen aan de getuige toelaatbaar is, kan de rechter onmiddellijk daarover beslissen. Bij toewijzing van een gevorderd bevel tot afgifte van bescheiden (in dit geval: van het beeld- en geluidmateriaal) op straffe van verbeurte van een dwangsom, is het meteen alles of niets. Bij verschil van mening of een bepaald bescheid echt wel relevant is voor hetgeen bewezen moet worden, resteert slechts de mogelijkheid van een 411d Rv-procedure of een executiegeschil achteraf. De executiegeschillen tussen Pretium en de TROS illustreren dit voor het onderhavige geval.

2.19. Anders dan het middelonderdeel veronderstelt, heeft het hof zijn oordeel niet slechts gefundeerd op de alternatieve mogelijkheid van een getuigenverhoor. Het hof heeft zijn oordeel mede aan de hand van bijkomende omstandigheden opgebouwd. In rov. 7 en 8 heeft het hof immers uiteengezet dat – en waarom – de gevorderde afgifte van (een kopie van) het ruwe beeld- en geluidmateriaal voor de TROS belastend is en een inmenging oplevert in een door art. 10 EVRM beschermd recht van de TROS. Of de gevorderde inmenging in een democratische samenleving noodzakelijk is, moet met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit worden beoordeeld (rov. 8). Bij de verdere beoordeling moet mede worden onderzocht of noodzakelijk is dat het volledige materiaal wordt verstrekt, of dat met een minder ver strekkende maatregel kan worden volstaan (rov. 9). Vervolgens komt het hof in rov. 10 tot de slotsom dat Pretium de mogelijkheid had kunnen en moeten benutten om getuigen te laten horen “alvorens haar vordering ex artikel 843a Rv in te stellen”. Dit laatste maakt nog eens duidelijk dat de

exhibitievordering van Pretium niet voorgoed werd afgewezen, maar voor dit moment, omdat een volgens het hof voor de hand liggend en voor de TROS minder bezwarend alternatief (te weten: de mogelijkheid van getuigenverhoor) niet was benut. Kortom, het hof acht de exhibitievordering prematuur ingesteld. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste opvatting van art. 843a Rv, zodat onderdeel B.1 geen doel treft.

2.20 Ten overvloede: hoe zou dit moeten worden opgelost indien wetsvoorstel 33 079 in deze vorm tot wet zal zijn verheven? Van de grond 'dat redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd' kan dan geen gebruik meer worden gemaakt. Het zal in de nieuwe situatie dan mogelijk blijven, een beroep te doen op gewichtige redenen die zich tegen inzage of tegen afgifte van een kopie verzetten (art. 162a, lid 2 onder b, wetsvoorstel, al dan niet in verbinding met art. 162c).

2.21 Pretium klaagt onder B.2 dat het hof heeft miskend dat de rechter art. 843a lid 4 Rv niet mag toepassen dan na een uitdrukkelijke belangenafweging, althans deze afweging onvoldoende begrijpelijk voor de lezer heeft gemaakt. Hierbij aansluitend klaagt onderdeel B.3 dat het oordeel dat niet valt in te zien waarom Pretium geen bewijs zou kunnen leveren door de cursusleider en de cursisten van het callcenter als getuigen te laten horen, onvoldoende is gemotiveerd in het licht van onder (i) - (iii) opgesomde essentiële stellingen van Pretium. Ook is volgens dit middelonderdeel onbegrijpelijk hoe het houden van getuigenverhoren, meer dan twee jaar na dato, even betrouwbaar bewijs zou kunnen opleveren als de afgifte van het opgevraagde ruwe beeld- en geluidmateriaal. Dit klemt volgens Pretium te meer, nu het hof niet is ingegaan op haar stelling dat zij een woordelijke weergave van hetgeen tijdens de cursus daadwerkelijk is gezegd, nodig heeft om te kunnen beoordelen op welke onderdelen de TROS zich heeft schuldig gemaakt aan onrechtmatige uitlokking en/of aan het manipuleren van beeldmateriaal.

2.22 De klacht onder B.2 is toegelicht aan de hand van een opmerking in de memorie van toelichting bij art. 843a Rv, luidend²⁶:

"Onder omstandigheden zullen redenen die zijn aangevoerd tegen een verplichting tot verstrekking van stukken minder zwaar wegen dan de eisen van een behoorlijke rechtsbedeling. Hierbij komt het in beginsel erop aan of een partij een onredelijk (of: unfair) voordeel geniet, of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald (bewijs-)stuk in de procedure niet (als bewijsmiddel) beschikbaar komt."²⁷

²⁶ Zie de cassatiedagvaarding, nr. 27.

²⁷ Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht 2002, p. 553. Zie ook: J.E. Bosch-Boesjes, T&C Rv, art. 843a Rv, aant. 6.f; K. Teuben, De verplichting tot het overleggen van stukken ex art. 843a Rv, MvV 2006/12, p. 218.

De rechtsklacht faalt omdat het hof, blijkens rov. 10, de noodzaak van deze in de memorie van toelichting bedoelde afweging niet heeft miskend. Overigens lees ik in de memorie van toelichting niet dat de rechter deze afweging (in alle gevallen) *uitdrukkelijk* dient te maken, zoals de klacht onder B.2 tot uitgangspunt neemt.

2.23 Wat betreft de motiveringsklachten: de in middelonderdeel B 3 bedoelde stellingen van Pretium houden in, kort gezegd, dat de uitlokking en manipulatie slechts kunnen worden vastgesteld door kennisneming van het volledige ruwe beeld- en geluidmateriaal; dat getuigen niet in staat zullen zijn zich woordelijk te herinneren wat is gezegd en in hun verklaringen per definitie een subjectief beeld geven; dat getuigen na ruim twee jaar zich niet meer zullen herinneren hoe de infiltrant in het callcenter precies te werk is gegaan. In rov. 10 is het hof op deze stellingen ingegaan. In deze overweging heeft het hof voldoende en op een voor de lezer begrijpelijke wijze uiteengezet waarom de in het middelonderdeel bedoelde (feitelijke) stellingen niet in de weg staan aan afwijzing van de exhibitie-vordering. Verder ligt in de overwegingen besloten dat volgens het hof een "woordelijk verslag" niet noodzakelijk is, in elk geval niet in dit stadium. Dat oordeel is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en behoefde geen nadere motivering om begrijpelijk te zijn. Hetzelfde geldt voor de overweging dat de cursusleider en cursisten uit eigen wetenschap kunnen verklaren "of de in de Radar-uitzending uitgezonden beelden overeenstemmen met hun herinneringen". De slotsom is dat ook onderdeel II faalt.

3. Bespreking van het incidenteel cassatiemiddel

3.1 Over de door TROS in de verwijzingsprocedure doorgevoerde eiswijziging besliste het hof als volgt:

"16. TROS heeft in dit hoger beroep (bij memorie na verwijzing) haar eis gewijzigd, in die zin dat zij tevens, ten titel van ongedaanmaking, bij wijze van sequeel vordert:

- dat Pretium wordt veroordeeld het op grond van het vonnis van 2 februari 2011 door TROS aan haar afgegeven ruwe beeldmateriaal binnen vijf werkdagen aan TROS te retourneren, op straffe van een dwangsom van € 5000,- per dag;
- te verklaren voor recht dat TROS ten aanzien van de bevolen afgifte van het ruwe materiaal op grond van het vonnis van 2 februari 2011 geen dwangsommen heeft verbeurd alsook dat de titel aan de hiermee verband houdende verrekening zoals bepaald in het dictum van het vonnis van 11 juli 2012, komt te vervallen.

17. Pretium stelt dat sprake is van een vermeerdering van eis, waarvoor na verwijzing geen plaats meer is. Voorts wijst zij er op dat de rechtbank ook op grond van artikel 22 Rv aan TROS heeft bevolen om het ruwe opnamemateriaal in het geding te brengen, waardoor de dvd's deel zijn gaan uitmaken van de bodemprocedure, en derhalve niet in te zien valt welk belang TROS heeft bij teruggave van de ingevolge artikel 843a Rv verkregen dvd's door Pretium. Ook bij de gevorderde verklaring voor recht heeft TROS volgens Pretium geen belang. Indien het vonnis van 2 februari 2011 wordt vernietigd, dan omvat dat ook de

oplegging van een dwangsom. Een verklaring voor recht waarin dat wordt bevestigd voegt niets toe.

18. Het hof overweegt dat voor een vermeerdering van eis in de procedure na verwijzing in beginsel geen plaats meer is. Het gaat in dit geval echter niet om een inhoudelijke vermeerdering van eis, maar om de toevoeging van een nevenvordering die voortvloeit uit de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis. De rechtsstrijd in hoger beroep wordt hierdoor niet uitgebreid. Naar het oordeel van het hof is in een dergelijk geval geen sprake van strijd met een goede procesorde.

19. Pretium stelt echter terecht dat TROS geen belang heeft bij haar nevenvorderingen. Niet valt in te zien welk belang TROS heeft bij teruggave door Pretium van de dvd's, nu deze inmiddels deel uitmaken van de processtukken in de bodemzaak. Ook bij de gevorderde verklaring voor recht heeft TROS naar het oordeel van het hof geen belang. Nu het hof, zoals uit het voorgaande blijkt, het tussenvonnis van de rechtbank zal vernietigen, vervalt daarmee ook de aan TROS opgelegde dwangsom. Daarmee komt de grondslag aan de in het eindvonnis van 11 juli 2012 toegepaste verrekening te ontvallen. Een verklaring voor recht zoals verzocht voegt daaraan niets toe. TROS heeft ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep toegelicht dat haar belang daaruit bestaat dat zij een executoriale titel nodig heeft om de door Pretium verbeurde dwangsommen te kunnen innen. Hiervoor heeft zij een vorm bedacht die - aldus TROS - aansluit bij het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 1976, NJ 1977,485(ECLI:NL:HR:1976:AC0523), hetgeen volgens TROS een aparte procedure voorkomt.

20. Het hof verwerpt dit betoog. Zoals volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan een betaling op grond van een vonnis, indien dit vonnis in hoger beroep wordt vernietigd, als onverschuldigd worden teruggevorderd. Ter voorkoming van een aparte procedure kan deze vordering ook als sequeel van de vernietiging bij de appelrechter worden ingesteld. In het onderhavige geval is echter geen sprake van enige betaling door TROS op basis van het tussenvonnis van 2 februari 2011, waarvan zij thans terugbetaling vordert. De door TROS op basis van het tussenvonnis verbeurde dwangsommen zijn immers niet door TROS betaald maar door de rechtbank in haar eindvonnis van 11 juli 2012 verrekend met de door Pretium verbeurde dwangsommen. De door TROS thans gevorderde verklaring voor recht dat de titel aan deze verrekening is komen te ontvallen, kan haar echter nog geen executoriale titel verschaffen voor de inning van de door Pretium volgens het eindvonnis van 11 juli 2012 verbeurde dwangsommen. Daarbij merkt het hof op dat de vraag of Pretium dwangsommen heeft verbeurd, welke vraag door de rechtbank in het eindvonnis van 11 juli 2012 bevestigend is beantwoord, nog onderwerp van debat is in het hoger beroep dat Pretium heeft ingesteld tegen dit eindvonnis van de rechtbank, welke zaak is gevoegd met de onderhavige zaak."

3.2 Het cassatiemiddel van AVROTROS is gericht tegen het zo-even geciteerde oordeel in rov. 19 en 20 dat de TROS geen belang heeft bij haar nevenvordering tot het verkrijgen van een verklaring voor recht, welke zou moeten inhouden dat de TROS ten aanzien van de bij vonnis van 2 februari 2011 bevolen afgifte van het ruwe beeld- en geluidmateriaal geen dwangsommen heeft verbeurd en dat daarmee de grondslag komt te ontvallen aan de in het vonnis van 11 juli 2012 bepaalde, hiermee verband houdende verrekening.²⁸

3.3 Het middel klaagt onder 1 over onbegrijpelijkheid van de overweging in rov. 19 dat de gevorderde verklaring voor recht niets toevoegt aan de gevolgen van de vernietiging van het vonnis van 2 februari 2011. Onderdeel 2 klaagt dat het hof heeft miskend dat de vordering tot

²⁸ Zie de memorie na verwijzing, tevens houdende vermindering van eis in het incident en wijziging van eis in de hoofdzaak, d.d. 18 december 2012 aan de zijde van de TROS.

verklaring voor recht (dat de door Pretium gevorderde dwangsommen rechtsgeldig zijn verrekend met de door de TROS gevorderde dwangsommen) door de TROS was ingesteld onder de voorwaarde dat in rechte komt vast te staan dat zij dwangsommen heeft verbeurd. Onder 3 voert het middel motiveringsklachten aan tegen bepaalde gedeelten van de in rov. 20 gevolgde redenering. Ter toelichting op deze klachten heeft AVROTROS betoogd dat toewijzing van de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht voor haar van belang is, omdat daarmee de eerdere verklaring voor recht teniet wordt gedaan en AVROTROS alsnog de door Pretium verbeurde dwangsommen kan executeren. Het middel bevat onder 4 een 'veegklacht'. De klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

3.4 Wie aan een (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) veroordelend vonnis van de burgerlijke rechter heeft voldaan, heeft de mogelijkheid in hoger beroep *met het oog op het verkrijgen van een executoriale titel* aan zijn appelvordering tot vernietiging van dat vonnis een vordering te verbinden tot ongedaanmaking van de ingevolge dat vonnis verrichte prestatie(s).²⁹ De rechtbank heeft bij vonnis van 11 juli 2012 voor recht verklaard dat de TROS de ingevolge het vonnis van 2 februari 2011 verbeurde dwangsommen heeft voldaan door middel van verrekening met de door Pretium ingevolge het vonnis van 7 september 2011 verbeurde dwangsommen. In cassatie onbestreden en geenszins onbegrijpelijk is de constatering van het hof in rov. 19 dat uit de vernietiging van het vonnis van 2 februari 2011 volgt dat de grondslag aan deze verrekening is komen te ontvallen.³⁰ Daaruit volgt dat de TROS met het (uitvoerbaar bij voorraad verklaarde) vonnis van 7 september 2011 reeds beschikte over een executoriale titel om de in haar visie door Pretium verbeurde dwangsommen alsnog te innen.³¹ Daarenboven wijst het hof in rov. 20 terecht erop, dat de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht zelf geen executoriale titel oplevert. Daarmee heeft het hof toereikend gemotiveerd dat – en waarom – de TROS belang miste bij de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht. Alle motiveringsklachten stuiten hierop af. De slotsom is dat het incidenteel cassatiemiddel niet tot cassatie leidt.

²⁹ Zie onder meer: HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327, NJ 2005/246 m.nt. H.J. Snijders; HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4039, NJ 2007/140 m.nt. H.J. Snijders. Zie verder: T.F.E. Tjong Tjin Tai, Groene Serie, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 30i Rv, aant. 8.8 en art. 136, aant. 8; Snijders/Wendels, Civiel appel (2009), par. 136.

³⁰ Vgl. A.W. Jongbloed en N.W.M. van den Heuvel, T&C Rv, art. 611c, aant. 4; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Groene Serie, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 257 Rv, aant. 4; M.B. Beekhoven van den Boezem, Groene Serie, art. 611c Rv, aant. 4; M.B. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom (2007), blz. 179-185.

³¹ Het proces-verbaal van de op 15 oktober 2015 gehouden pleitzitting vermeldt op blz. 3 (eerste alinea) dat de advocaat van de TROS bij die gelegenheid over de gevorderde verklaring voor recht heeft opgemerkt: "De achtergrond hiervan is dat TROS een executoriale titel nodig heeft om de door Pretium verbeurde dwangsommen te kunnen innen. Hiervoor is een vorm bedacht die aansluit bij het arrest NJ 1977, 48 met annotatie door W. Heemskerck. Dit voorkomt een aparte procedure."

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal en incidenteel cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

 plv