

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.183.987/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/497903/ KG ZA 15/1556

arrest van 12 april 2016

inzake

EDWIN FRANCISCUS GILTAY,

wonende te Den Haag,

appellant,

hierna te noemen: Giltay,

advocaat: mr. J.G.J. van Groenendaal te Amsterdam,

tegen

BARBARA OVERDUYN,

wonende te Zoetermeer,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Overduyn,

advocaat: mr. R.F. Thunnissen te Den Haag.

1. Het geding

1.1. Bij exploit van 8 januari 2016 is Giltay in hoger beroep gekomen van een door de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 14 december 2015. In de appeldagvaarding, met producties, heeft Giltay negen grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord, met een productie, heeft Overduyn de grieven bestreden.

1.2. Vervolgens hebben partijen op 25 februari 2016 de zaak doen bepleiten door hun hiervoor genoemde advocaten, beiden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte is arrest gevraagd.

2. De feiten

2.1. De door de voorzieningenrechter in het vonnis van 14 december 2015 vastgestelde feiten zijn niet in geschil, met uitzondering van de wijze waarop in paragraaf 2.3 de rol van Overduyn in het boek is beschreven. De rol van Overduyn in het boek zal het hof daarom zelfstandig vaststellen. Verder zal het hof van de door de voorzieningenrechter vastgestelde feiten uitgaan.

2.2. Giltay is de schrijver van het boek 'De Doofpotgeneraal' (hierna: het boek). Het boek is medio 2014 uitgegeven door uitgever SpeakEasy (hierna: de uitgeverij). De samenvatting op de achterzijde van het boek luidt:

Wat heeft een militaire inlichtingendienst te zoeken op de werkvloer van een kabelbedrijf? Waarom laat een generaal hier een privé-spion infiltreren? En is het beruchte fotorolletje van Srebrenica werkelijk mislukt?

Edwin Giltay raakt als nietsvermoedende burger ongewild betrokken bij een interne strijd van de Militaire Inlichtingendienst, die wordt uitgevochten binnen de muren van kabelbedrijf Casema. Giltay wordt er benaderd om aan de slag te gaan als inlichtingenanalist. Tijdens zijn verblijf bij de kabelaar loopt de situatie volkomen uit de hand.

De doofpotgeneraal biedt een onthutsende inkijk in een wereld waar spionage, chantage en de ongeoorloofde inzet van middelen aan de orde van de dag zijn. Giltay onthult zaken die het daglicht niet kunnen verdragen. En natuurlijk beantwoordt hij ook die ene vraag: wie is de generaal die het deksel op deze doofpot houdt?

2.3. Overduyn was in de periode waarin het boek zich afspeelt, te weten eind jaren negentig, werkzaam bij de Militaire Inlichtingendienst (hierna: de MID) alsmede enige tijd bij Casema. Bij Casema heeft Overduyn drie avonden samengewerkt met Giltay.

2.4. Overduyn komt veelvuldig voor in het boek. De eerste keer (in hoofdstuk 2 'Twee defensievrouwen') wordt zij met haar voor- en achternaam aangeduid, met dien verstande dat haar achternaam is geschreven als Overduin ("Naast Ina leer ik ook de nieuwe collega Barbara Overduin kennen"). Giltay beschrijft in het boek dat hij Overduyn heeft ontmoet toen beide partijen in de avonduren werkzaam waren bij het bedrijf Casema. Overduyn wordt in het boek beschreven als zijnde een spion, werkzaam voor de MID, die door de MID is geplaatst bij Casema om Giltay, die enige tijd daarvoor had gesolliciteerd bij het Ministerie van Defensie als marinier en aldaar was afgewezen, te rekruteren voor de MID. In het boek wordt melding gemaakt van diverse uitlatingen van Overduyn tegen Giltay over het vorenstaande, alsmede onder meer over i) haar overige werkzaamheden voor de MID, ii) haar toegang tot personeelsdossiers bij de MID en het hebben ingezien van het betreffende dossier van Giltay aldaar en iii) haar kennis van het nog bestaan van een rolletje met foto's die een militair van Dutchbat heeft gemaakt in Srebrenica. Ook wordt in het boek gemeld dat Overduyn bij de MID moest vertrekken. In het boek staat dat niets in het boek is verzonnen. Het boek wordt aangeduid als non-fictie.

2.5. Giltay heeft alvorens het boek te publiceren het manuscript gezonden naar de Minister van Defensie en de Minister van Binnenlandse Zaken, met het verzoek hierop te reageren. Hij heeft het boek niet gezonden aan Overduyn en haar ook niet anderszins geïnformeerd over de publicatie hiervan.

2.6. Overduyn heeft in maart 2015 kennis genomen van het bestaan van het boek nadat zij erover was benaderd door een redacteur van een rtv-programma.

2.7. Medio 2015 heeft Overduyn de uitgeverij van het boek erop gewezen (via haar juridisch adviseur) dat het boek vele onjuistheden bevat en dat haar een rol wordt toegedicht die niet overeenkomt met de realiteit. Zij stelt dat haar eer en goede naam daardoor zijn aangetast en dat haar veiligheid in het gedrang komt. Zij verzoekt Giltay mee te werken aan een rectificatie in een landelijk dagblad, een verbod op verdere publicatie, een terugroepactie van de reeds gedistribueerde exemplaren en een schadeloosstelling. In deze brief wordt aangezegd dat Overduyn voornemens is om, bij gebreke van een voldoende reactie, de

uitgeverij en Giltay in rechte te betrekken om een en ander te bewerkstelligen. Overduyn heeft een afschrift van deze brief aan Giltay verzonden. De uitgeverij heeft Overduyn hierop bericht dat zij geen relatie meer onderhoudt met Giltay. Giltay heeft geen reactie aan Overduyn doen toekomen.

3. Het geschil

3.1. In eerste aanleg heeft Overduyn gevorderd:

1. Giltay te veroordelen om in drie landelijke dagbladen voor zijn rekening een rectificatie te plaatsen, die luidt:

“In mijn boek De Doofpotgeneraal heb ik Barbara Overduyn een majeure rol toegedicht. Het is allemaal onjuist wat ik daaromtrent heb geschreven. Het is geen non-fictie, maar volstrekte fictie die ik zonder haar toestemming niet had mogen (doen) publiceren”;

2. Giltay te veroordelen af te zien van verdere verspreiding, publicatie en/of herdrukken van het boek en het boek te verwijderen van het internet en daar verwijderd te houden en af te zien van verdere promotie van het boek bij lezingen, boekpresentaties en andere openbare uitingen (hierna: het gevorderde verbod);

3. Giltay te veroordelen om aan Overduyn een voorschot op schadevergoeding te betalen van € 10.000,-,

een ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- per dag dat niet aan het vonnis wordt voldaan en met veroordeling van Giltay in de kosten van de procedure.

3.2. De voorzieningenrechter heeft het gevorderde verbod toegewezen, op straffe van de gevorderde dwangsom, met een maximum van € 100.000,-, en de gevorderde rectificatie en het voorschot op de schadevergoeding afgewezen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de inhoud van het boek onrechtmatig jegens Overduyn omdat het recht op bescherming van de eer en goede naam van Overduyn in dit geval zwaarder dient te wegen dan het recht op vrijheid van meningsuiting van Giltay.

3.3. In hoger beroep vordert Giltay dat het hof het vonnis vernietigt en de vorderingen van Overduyn alsnog afwijst, met veroordeling van Overduyn in de kosten in beide instanties. Giltay voert negen grieven aan tegen het vonnis. Samengevat komen die op het volgende neer. Ten eerste heeft de rechter volgens Giltay ten onrechte geoordeeld dat het boek voor een zeer belangrijk deel om Overduyn draait. De rol van Overduyn in het boek moet sterk gerelativeerd worden en vindt bovendien steun in de feiten. Ten tweede bestrijdt Giltay het oordeel van de rechter dat verdere verspreiding van het boek zeer schadelijk is voor haar, waarbij rekening moet worden gehouden met de toezegging van Giltay om haar naam niet meer te noemen in de volgende druk van het boek en in uitingen over het boek. Ten derde stelt Giltay dat de rechter zijn oordeel over de onrechtmatigheid van het boek heeft gebaseerd op onderdelen van het boek die niet aan de orde waren gekomen in het debat tussen partijen. Ten vierde betoogt Giltay dat het feit dat hij Overduyn niet voorafgaand aan de publicatie om commentaar heeft gevraagd, in dit geval geen reden kan zijn om onrechtmatigheid aan te nemen. Ten vijfde heeft de rechter volgens Giltay ten onrechte aangenomen dat er sprake is van ernstige beschuldigingen aan het adres van Overduyn. De beschuldigingen in het boek zijn gericht tegen de Nederlandse staat. Voorts betreft het een autobiografisch werk en is het beeld dat Giltay van Overduyn schetst in overeenstemming met de waarheid. Ten zesde bestrijdt Giltay dat de beschrijving van Overduyn op relevante

onderdelen onjuist is. Ten zevende betoogt Giltay dat Overduyn de bewijslast draagt van haar stelling dat zij onjuist is geciteerd in het boek. Ten achtste maakt Giltay bezwaar tegen de breedte van het door de rechter opgelegde verbod, dat onbeperkt op de toekomst is gericht en alle thema's uit het boek betreft. Ten negende wijst Giltay erop dat in overweging 5.2 van het vonnis een onjuiste verwijzing staat.

4. De beoordeling

omvang rechtsstrijd in hoger beroep

4.1. Overduyn heeft geen (incidenteel) hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de voorzieningenrechter om de door haar gevorderde rectificatie en schadevergoeding af te wijzen. In hoger beroep is, afgezien van de proceskostenveroordeling, dus uitsluitend aan de orde of de voorzieningenrechter terecht het gevorderde verbod (met dwangsom) heeft toegewezen.

toetsingskader

4.2. Bij een botsing tussen enerzijds het door artikel 7 Grondwet (Gw) en artikel 10 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting van Giltay en anderzijds het door artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM beschermde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van Overduyn – waaronder het door haar ingeroepen recht op bescherming van de goede naam/reputatie is begrepen (EHRM 15 november 2007, no. 12556/03, *Pfeifer/Oostenrijk*, EHRC 2008, 6) – moet het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten in het concrete geval zwaarder weegt, worden gevonden door een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval. Bij deze afweging geldt niet als uitgangspunt dat voorrang toekomt aan het door artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM gewaarborgde recht. Voor de door artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM beschermde rechten geldt hetzelfde. Dit brengt met zich dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing (aldus dat eerst aan de hand van de omstandigheden moet worden bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in artikel 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging), maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden, waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende lid 2 (zie HR 19 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3210, *Van Gasteren/Hemelrijk*, HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9230, *Endemol en SBS/A*).

4.3. Daarnaast moet het hof, zoals Giltay terecht heeft opgemerkt, de situatie *ex nunc* beoordelen, dat wil zeggen: het hof moet oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing. Concreet brengt dat mee dat het hof onder meer moet meewegen dat Giltay heeft toegezegd de naam van Overduyn niet meer te vermelden in een herdruk van het boek en (al dan niet online) uitingen over het boek.

belangenafweging

4.4. Een afweging van de vrijheid van meningsuiting van Giltay tegen het recht op

eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van Overduyn brengt om de volgende redenen mee dat het gevorderde verbod moet worden afgewezen.

4.5. Enerzijds zou (een bekrachtiging van de) toewijzing van het gevorderde verbod een ernstige beperking van de vrijheid van meningsuiting tot gevolg hebben. Tenminste een deel van het boek gaat namelijk over zaken die onderwerp kunnen zijn van een debat van maatschappelijk belang. Zo stelt Giltay in zijn boek onder meer:

- i) dat het Ministerie van Defensie personen die solliciteren bij het korps mariniers stelselmatig afwijst op grond van homoseksualiteit;
- ii) dat het rolletje met foto's die een militair van Dutchbat heeft gemaakt in Srebrenica, niet per ongeluk is vernietigd, maar bewust is achtergehouden door de MID en nog in de archieven van de MID ligt;
- iii) dat Overduyn is geobserveerd omdat zij zich binnen de MID kritisch uitte over het achterhouden van het fotorolletje en vervolgens is ontslagen.

Een beperking van de vrijheid van Giltay om deze zaken naar voren te brengen en zijn mening daarover te uiten zou de fundamentele uitingsvrijheid in de kern aantasten.

4.6. Anderzijds is het belang van Overduyn bij toewijzing van het verbod beperkt. Ten eerste heeft Giltay onweersproken aangevoerd dat van de eerste druk van het boek geen verdere verspreiding kan plaatsvinden omdat het al volledig is verspreid en dat alle vermeldingen van de naam van Overduyn in uitingen over het boek op de website van Giltay al zijn verwijderd. In zoverre kan het gevorderde verbod dus geen effect hebben. Ten tweede heeft Giltay toegezegd de naam van Overduyn niet meer te zullen gebruiken in eventuele nieuwe drukken van het boek, waaronder begrepen vertalingen, en evenmin in uitingen over het boek (productie 8 van Giltay, en nogmaals toegezegd ten overstaan van het hof tijdens het pleidooi). Gesteld noch gebleken is dat er een reëel risico bestaat dat Giltay zich niet aan die toezegging zal houden. Overduyn heeft alleen aangevoerd dat de toezegging onvoldoende is omdat lezers van een herdruk haar naam kunnen achterhalen via de verspreide exemplaren van de eerste druk en via publicaties over het boek. Die mogelijkheid bestaat inderdaad, maar voorshands is niet aannemelijk dat een aanzienlijk aantal lezers van de herdruk of van eventuele nieuwe uitingen van Giltay over het boek van die mogelijkheid gebruik zal maken. Overduyn heeft ook niet duidelijk gemaakt waarom lezers van herdrukken op zoek zouden gaan naar mogelijkheden om haar te koppelen aan een van de personages in het boek.

4.7. Daar komt bij dat de kritiek die in het boek wordt geuit over de hiervoor genoemde maatschappelijke misstanden zich niet richt tegen Overduyn, maar tegen de Nederlandse Staat en een oud-generaal. Overduyn stelt ook niet dat het boek suggereert dat haar in dit opzicht een verwijt kan worden gemaakt. De kern van haar bezwaren tegen het boek is dat zij erin wordt gepresenteerd als een – in haar eigen woorden – ‘babbelzieke’ spion of ‘praatgraag persoon die uit de school klappt over haar werk bij de MID’. Dat is een beschrijving die negatief is, maar het betreft geen beschrijving die dusdanig beschadigend is dat die zelfs in geanonimiseerde vorm moet worden verboden.

4.8. Verder weegt mee dat Giltay, gegeven het zwaarwegende belang van de uitingsvrijheid, een ruime mate van vrijheid moet worden gegund in de keuze van de vorm om de door hem gesignaleerde maatschappelijke misstanden aan de kaak te stellen. Het stond Giltay daarom vrij te kiezen voor – wat hij zelf aanduidt als – een ‘autobiografische vorm’, dat wil zeggen een vorm waarin het betoog over die misstanden wordt onderbouwd met eigen ervaringen. Die vorm brengt mee dat ook (de perceptie van de auteur van) gedrag en

uitingen van personen die geen publiek figuur zijn, maar wel een rol spelen in het verhaal, zoals Overduyn, gedetailleerd worden beschreven. Daarom treft het beroep op de vrijheid van meningsuiting niet alleen doel ten aanzien van de delen van het boek die gaan over de rol van de Nederlandse staat en een oud-generaal, maar ook ten aanzien van de delen die gedrag en uitingen van niet-publieke figuren beschrijven, zeker indien die personen met fictieve namen worden aangeduid, zoals Giltay heeft toegezegd te zullen doen ten aanzien van Overduyn.

4.9. Het bezwaar van Overduyn dat in het boek allerlei onjuistheden over haar staan, kan niet leiden tot een ander oordeel. De enige onjuistheden die tussen partijen onbetwist vast staan betreffen haar leeftijd (34 in plaats van 40) en de spelling van haar naam ('Overduin' in plaats van 'Overduyn'). Die beperkte misslagen zijn als zodanig onvoldoende om een zodanig ernstige inbreuk op de rechten van Overduyn aan te nemen dat een verbod op publicatie van het boek van Giltay gerechtvaardigd is. Anders dan de voorzieningenrechter, is het hof van oordeel dat deze onjuistheden ook onvoldoende zijn om de zorgvuldigheid in twijfel te trekken waarmee Giltay te werk is gegaan bij het schrijven van het boek. Wat betreft de spelling van de naam wordt dat onderstreept door de toelichting van Giltay dat hij die spelling heeft overgenomen uit een notitie die de MID heeft opgemaakt in het kader van het onderzoek van de ombudsman (productie 14 van Giltay) en door het feit dat Overduyn zelf haar naam niet op de juiste wijze spelt in een brief die zij heeft gestuurd in het kader van datzelfde onderzoek (productie 22 van Giltay).

4.10. Wat betreft de overige onderdelen van de beschrijving van Overduyn kan in het kader van dit kort geding niet worden vastgesteld in hoeverre die juist zijn, mede omdat de beschrijving voor een belangrijk deel bestaat uit een weergave van mondelinge gesprekken tussen Giltay en Overduyn. Vast staat echter wel dat de rol die Overduyn in het boek speelt, anders dan zij suggereert, niet 'puur verzonnen' of 'volstrekte fictie' is. Zo staat tussen partijen vast:

- i. dat in de betreffende periode Overduyn en Giltay allebei in de avonduren hebben gewerkt bij Casema;
- ii. dat Overduyn in die periode ook werkzaam was bij de MID;
- iii. dat Overduyn en Giltay tijdens het werk bij Casema hebben gesproken over de sollicitatie van Giltay bij het korps mariniers en dat Overduyn Giltay heeft geadviseerd over het solliciteren bij de MID.

Daarmee is niet gezegd dat de hele beschrijving van Overduyn in het boek juist is, maar het geeft wel aan dat die beschrijving ten minste gedeeltelijk steun vindt in de feiten.

4.11. Het feit dat Giltay Overduyn niet om een reactie heeft gevraagd alvorens het boek te publiceren, kan ook niet leiden tot een ander oordeel. Niet in geschil is dat het recht op wederhoor geen absoluut recht is en dat de verspreiding van een boek dus niet onrechtmatig is enkel omdat niet alle personen die in het boek figureren om een weerwoord is gevraagd. Het ontbreken van wederhoor is wel een omstandigheid die meeweegt, maar die omstandigheid doet in dit geval de weegschaal niet uitslaan naar de kant van Overduyn, mede omdat de kritiek die Giltay in het boek uit op maatschappelijke misstanden niet is gericht tegen Overduyn, maar tegen de Staat en een oud-generaal.

4.12. Het betoog van Overduyn dat zij een veiligheidsrisico loopt omdat een (ex)militair met een Srebrenica-verleden en post-traumatische stoornis zich zou kunnen ergeren aan de in het boek gestelde loslippigheid van Overduyn over het fotorolletje, kan evenmin leiden tot een andere uitkomst. Voor zover (ex)militairen met een Srebrenica-verleden zich zouden

ergeren aan die gestelde loslippigheid, is voorshands niet aannemelijk dat daaruit een reëel veiligheidsrisico voor Overduyn voortvloeit, mede gelet op het feit dat gesteld noch gebleken is dat zich veiligheidsincidenten hebben voorgedaan naar aanleiding van de publicatie van de eerste druk van het boek of de publiciteit daarover. Overduyn heeft ook geen concrete aanwijzingen voor een dreiging aangevoerd of het gestelde veiligheidsrisico anderszins onderbouwd, terwijl Giltay het risico uitdrukkelijk heeft bestreden onder verwijzing naar een bericht daarover van de voorzitter van de Vereniging Dutchbat 3 (productie 1 van Giltay).

conclusie

4.13. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de tegen de toewijzing van het verbod (met dwangsom) gerichte grieven slagen. Het hof zal dat deel van het vonnis daarom vernietigen. Gelet daarop kan een afzonderlijke bespreking van de grieven achterwege blijven.

4.14. Overduyn zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties.

5. De beslissing

Het hof:

5.1. vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 14 december 2015 voor zover het gevorderde verbod en een dwangsom daarbij zijn toegewezen en Giltay is veroordeeld in de proceskosten;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

5.1.1. wijst het gevorderde verbod af;

5.1.2. veroordeelt Overduyn in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van Giltay begroot op € 78,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris advocaat;

5.2. bekrachtigt het vonnis voor het overige;

5.3. veroordeelt Overduyn in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Giltay tot op heden begroot op € 314,- aan griffierecht, € 94,08 aan kosten deurwaarder en € 2.682,- (3 punten × € 894,-) aan salaris advocaat;

5.4. verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. P.H. Blok, mr. G. Dulek-Schermers en mr. H.J.M. Burg en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 april 2016 in aanwezigheid van de griffier.

Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag