

Nr. 19 Tirion/Sauerbreij en Elhorst

Gerechtshof Amsterdam 14 april 2009

zaaknummer: 200.017.796

(mrs. G. Mannoury, A. Smeeïng-van Hees en W.F.R. Rinzema)

Twee jonge snowboarders werden geconfronteerd met een folder waarin zij zonder hun toestemming zijn afgebeeld. Het Hof oordeelt dat hun privacyrechten niet zijn geschonden omdat zij niet populair genoeg zijn.

Arrest in kort geding van de eerste civiele kamer van 14 april 2009 inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tirion Uitgevers BV, gevestigd te Baarn, appellante, advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

tegen

1. Marieke Sauerbreij, wonende te Geldrop,
2. Bas Elhorst, wonende te Badhoevedorp, geïntimeerden, advocaat mr. E.C. Flohil.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 3 oktober 2008 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Utrecht tussen geïntimeerden (hierna ook te noemen: Sauerbreij en Elhorst) als eisers en appellante (hierna ook te noemen: Tirion) als gedaagde in kort geding heeft gewezen; van dat vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Tirion heeft bij exploit van 31 oktober 2008 aan Sauerbreij en Elhorst aangezegd van dat vonnis in hoger beroep te komen, met hun dagvaarding voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft Tirion door verwijzing naar voormeld exploit tien grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht, heeft zij bewijs aangeboden en nieuwe producties in het geding gebracht. Zij heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest, de vorderingen van Sauerbreij en Elhorst alsnog zal afwijzen met hun veroordeling in de kosten van dit geding alsmede in de kosten van het geding in eerste aanleg.

2.3 Bij memorie van antwoord hebben Sauerbreij en Elhorst de grieven bestreden en hebben zij bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht. Zij hebben geconcludeerd dat het hof Tirion in haar vorderingen in hoger beroep niet-ontvankelijk zal verklaren, haar die althans zal ontzeggen en het bestreden vonnis, zo nodig met verbetering van gronden, zal bekrachtigen.

2.4 Ter zitting van 16 maart 2009 hebben partijen de zaak doen bepleiten, Tirion door mr. K.M. van Boven, advocaat te Amsterdam, en Sauerbreij en Elhorst door mr. E.C. Flohil, advocaat te Amsterdam; beiden hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

2.5 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd.

3 De geldigheid van de dagvaarding in hoger beroep

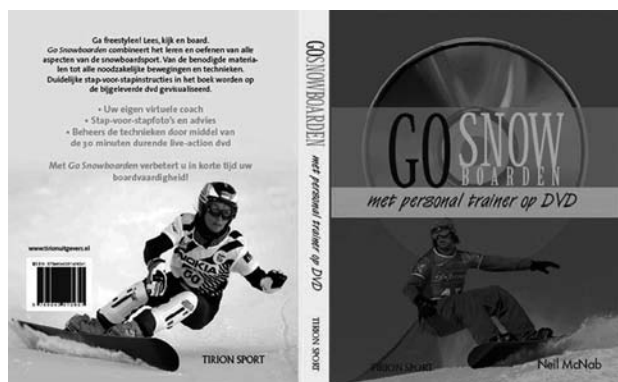
3.1 Sauerbreij en Elhorst hebben de nietigheid van de dagvaarding in hoger beroep ingeroepen op grond dat het exploit is uitgebracht aan het kantoor van Sport Advocaten, hoewel zij daar geen woonplaats hadden gekozen en de betekening dus aan hun eigen adres had moeten geschieden.

3.2 Dit betoog faalt omdat de dagvaarding in eerste aanleg inhoudt dat Sauerbreij en Elhorst domicilie kozen te Amsterdam aan de Willemsparkweg 34 ten kantore van Sport Advocaten waar- van de advocaat mevrouw mr. E.C. Flohil als zodanig zou optreden (en vervolgens is opgetreden). De dagvaarding in hoger beroep is derhalve correct en overeenkomstig artikel 63 Rv betekend aan de Willemsparkweg 34 te Amsterdam, zijnde het kantooradres van mevrouw mr. E.C. Flohil aan wie in persoon het exploit gedaan en afschrift gelaten is. Bovendien zijn Sauerbreij en Elhorst in het geding verschenen zodat ingevolge artikel 122 Rv reeds daarom geen reden zou bestaan aan nietigheid van de dagvaarding als daarvan al sprake was geweest gevolgen te verbinden.

4 De grieven

Tirion heeft de volgende grieven aangevoerd:

1. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.1 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat het verweer van Tirion dat de dagvaarding nietig is omdat Sauerbreij en Elhorst hun vordering niet hebben onderbouwd, geen doel treft.
2. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.2 van het vonnis ten onrechte het verweer van Tirion verworpen dat de gevorderde voorzieningen niet spoedeisend zijn en zich niet lenen voor behandeling in kort geding.
3. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.3 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat de afbeeldingen op het boek aan te merken zijn als portretten in de zin van artikel 21 Auteurswet.
4. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.4 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat Sauerbreij en Elhorst een redelijk belang hebben om zich tegen openbaarmaking te verzetten. Daarbij is de voorzieningenrechter ten onrechte uitgegaan van de door Sauerbreij en Elhorst gestelde feiten.
5. De voorzieningenrechter is bij zijn oordeel in paragraaf 4.4 ten onrechte volledig voorbij gegaan aan het verweer dat de vraag of er sprake is van een redelijk belang beantwoord moet worden naar de stand van zaken ten tijde van de aanschaf van de foto's.
6. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.4 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat de populariteit van Sauerbreij en Elhorst verzilverbaar is; bovendien blijkt uit het feit dat Sauerbreij met de Nederlandse Skivereniging een selectieovereenkomst heeft gesloten waarin afspraken zijn gemaakt over het gebruik alsook het feit dat zowel Sauerbreij als Elhorst gesponsord worden.
7. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.4 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat Elhorst ook een persoonlijk belang heeft bij een verbod op openbaarmaking. Daarbij heeft de voorzieningenrechter ten onrechte geoordeeld dat Tirion dit belang niet weersproken heeft.
8. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.4 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat het betoog van Tirion dat er geen sprake is van een redelijk belang omdat de foto's van Sauerbreij en Elhorst slechts illustratief zijn gebruikt, niet opgaat.



9. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.4 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat vast staat dat Tirion uit commerciële overwegingen de portretten van Sauerbreij en Elhorst heeft gepubliceerd. Daarbij heeft de voorzieningenrechter ten onrechte geoordeeld dat het voor rekening en risico van Tirion dient te blijven dat zij niet wist dat de foto's van Sauerbreij en Elhorst waren.

10. De voorzieningenrechter heeft in paragraaf 4.6 van het vonnis ten onrechte geoordeeld dat Sauerbreij en Elhorst het bestaan van schade voldoende aannemelijk hebben gemaakt.

5 De vaststaande feiten

De eerste rechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.3 feiten vastgesteld. Aangezien daartegen geen grieven zijn aangevoerd of bezwaren zijn geuit, zal het hof in hoger beroep ook van die feiten uitgaan.

6 Bespreking van grief 1 – Geldigheid van de dagvaarding in eerste aanleg

6.1 Sauerbreij en Elhorst hebben bij hun inleidende dagvaarding gevorderd zoals onder 3.1 van het bestreden vonnis weergegeven. Aan die vorderingen hebben zij ten grondslag gelegd dat Tirion hun portretten heeft afgebeeld op het door haar uitgegeven boek 'Go Snowboarden' en dat zij een redelijk belang hebben zich daartegen te verzetten, met name omdat dat gebruik afbreuk doet aan de verzilverbare populariteit die zij als beoefenaren van de snowboardsport hebben verworven.

6.2 Aldus hebben zij, anders dan Tirion in de toelichting bij deze grief betoogd, voldaan aan artikel 111 lid 2 aanhef en onder d Rv, immers hebben zij voldoende duidelijk en feitelijk hun eis en de gronden daarvoor vermeld. Een nadere uiteenzetting waarom zij van mening waren dat er sprake is van portretten, dat zij een verzilverbare populariteit hebben en dat zij in een redelijk belang geschaad zijn, is daartoe niet vereist.

6.3 Wel verlangde artikel 111 lid 3 Rv van hen dat zij in de dagvaarding vermeldden dat Tirion buiten rechte had laten weten op deze punten een andere mening te zijn toegedaan en waarom zij die andersluidende mening onjuist achtten, maar dat hebben zij onder 8, 9 en 10 van de inleidende dagvaarding ook gedaan.

6.4 Grief 1 moet op deze gronden worden verworpen.

7 Bespreking van grief 2 – Spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening

7.1 Nu Sauerbreij en Elhorst klaagden over naar hun mening onrechtmatig handelen van Tirion en Tirion niet bereid was gebleken staking daarvan toe te zeggen, hadden Sauerbreij en Elhorst dus een spoedeisend belang die staking in rechte te vorderen.

7.2 Tirion voert hiertegen aan dat het beroep op portretrecht en op de beweerde verzilverbare populariteit waarop de vorderingen zijn gebaseerd, slechts een redelijk financieel belang geldt en niet een verbodsrecht. Als er sprake zou zijn van een portretrecht en van verzilverbare populariteit, zou er immers nog geen absoluut verbodsrecht bestaan, maar slechts een verplichting voor Tirion om een financiële vergoeding aan te bieden. Met dit betoog mist Tirion echter dat, als zij onrechtmatig handelde, Sauerbreij en Elhorst er recht op hadden dat aan dat onrechtmatig handelen terstond een eind kwam en dat, als zij niet onrechtmatig handelde, niet valt in te zien waarom zij een vergoeding verschuldigd zou zijn.

7.3 Grief 2 moet op deze gronden verworpen worden.

8 Bespreking van grief 3 – Het begrip portret

8.1 Grief 3 is gericht tegen rechtsoverweging 4.3 van het bestreden vonnis. Daarin komt de eerste rechter tot het oordeel dat de op het boek voorkomende afbeeldingen zijn aan te merken als portretten van Sauerbreij en Elhorst. Dat oordeel acht Tirion onjuist. Zij heeft er in eerste aanleg op gewezen dat zowel Sauerbreij als Elhorst is afgebeeld in een dik skipak en een algemeen wedstrijdhesje, dat hun gezichten bedekt zijn met grote skibrillen, dat beiden een helm dragen en dat hun houding niet als identificerend is aan te merken nu het bij beiden gaat om momentopnames tijdens een actie. Onder deze omstandigheden is naar de mening van Tirion geen sprake van herkenbaarheid.

8.2 In hoger beroep heeft Tirion voorts nog aangevoerd dat, als de betrokkene zich voor zijn verzet tegen de openbaarmaking beroept op zijn verzilverbare populariteit, aan een portret de eis gesteld moet worden dat van herkenbaarheid sprake is, niet slechts voor een ex-partner, naaste familie of goede vrienden, maar voor de doelgroep waarop de openbaarmaking zich richt. Als aan die eis niet wordt voldaan, zoals volgens Tirion in het onderhavige geval, is volgens haar geen sprake van een 'portret in de zin van verzilverbare populariteit'.

8.3 Het hof verwerpt het in de vorige rechtsoverweging bedoelde betoog. Artikel 21 Auteurswet 1912 bepaalt dat openbaarmaking van een portret niet geoorloofd is voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich daartegen verzet. Dat betekent dat het voor een beroep op artikel 21 een zelfstandig vereiste is dat het om een portret gaat en dat daarvoor nog niet van belang is welk redelijk belang zich tegen de openbaarmaking verzet en of dat belang uit de verzilverbare populariteit van de geportretteerde dan wel uit heel andere feiten of omstandigheden voortvloeit. Een apart begrip 'portret in de zin van verzilverbare populariteit' kan hier niet worden erkend. Om van 'portret' te kunnen spreken is het voldoende dat de geportretteerde daarin herkend kan worden. Uit de aard der zaak zal het steeds gaan om herkenbaarheid voor een beperkte groep aangezien wie de geportretteerde in het geheel niet kent hem ook nooit zal kunnen herkennen. Of het in een bepaald geval om een grote of een kleine groep gaat en hoe die groep is samengesteld, zal van belang kunnen zijn voor de waardering van het aangevoerde redelijk belang, maar niet voor het antwoord op de vraag of sprake is van een portret.

8.4 Bij gelegenheid van de pleidooien heeft Tirion het door haar uitgegeven boek getoond en het hof heeft kennis genomen van de afbeeldingen. Op de afbeelding van Sauerbreij is haar gezicht te zien, nagenoeg volledig, zij het enigszins vertekend doordat de onderste helft van het gezicht rechtstreeks zichtbaar is en de bovenste helft alleen door de skibril die zij draagt maar die het zicht verder niet erg belemmert. De haardracht is door de helm die zij draagt, niet te zien. Bij Elhorst is de bovenste helft van het gezicht door de skibril verborgen en is alleen de onderste helft, overigens wel tamelijk karakteristiek, te zien. Doordat hij geen skihelm draagt, maar een gebreid mutsje is zijn haardracht ten dele te zien. Houding en kleding zoals die op de afbeeldingen te zien zijn, dragen aan de herkenbaarheid alleen in zoverre bij dat zij duidelijk maken dat het om snowboarders gaat en wel om snowboarders die kennelijk geen beginners in die sport zijn. Dit alles tezamen genomen brengt het hof tot het oordeel dat de afgebeelden voor wie hen redelijk kennen, in deze afbeeldingen herkenbaar moeten zijn. Het hof is van oordeel dat de afbeeldingen als portretten moeten worden aangemerkt. Daaraan doet niet af dat de herkenbaarheid door de brillen, de hoofdbedekkingen en de wel voor de beoefende sport, maar niet voor de geportretteerde personen kenmerkende kleding nogal belemmerd wordt en dat de kring van degenen voor wie de portretten herkenbaar zijn daardoor nogal beperkt zal zijn. Grief 3 wordt op deze gronden verworpen.

9 Strekking en samenhang van de grieven 4 tot en met 9

De redelijke belangen van Sauerbreij en Elhorst

9.1 In rechtsoverweging 4.4 van het bestreden vonnis heeft de eerste rechter aangenomen dat Sauerbreij en Elhorst zich als snowboarders bekendheid en verzilverbare populariteit hebben verworven. Nu, aldus de eerste rechter, Tirion hun portretten uit commerciële overwegingen en niet slechts illustratief heeft gebruikt, verzet een redelijk belang van Sauerbreij en Elhorst zich tegen dat gebruik. Voor Elhorst komt daar nog een persoonlijk belang bij nu hij zich niet met de in het boek voorgestane lesmethode kan verenigen en daarmee niet geassocieerd wenst te worden.

9.2 Tirion bestrijdt deze rechtsoverweging met de grieven 4 tot en met 9 waarin zij betoogt:

- in grief 4: dat Sauerbreij en Elhorst helemaal geen bekendheid, laat staan populariteit hebben verworven;
- in grief 5: dat de belangen van Sauerbreij en Elhorst beoordeeld moeten worden naar de situatie ten tijde van de openbaarmaking in september 2007 of, nog enkele maanden eerder, ten tijde dat Tirion de onderhavige foto's kocht;
- in grief 6: dat, voor zover al sprake is van populariteit, deze niet verzilverbaar is;
- in grief 7: dat het persoonlijk belang van Elhorst ten onrechte aangevoerd wordt omdat het boek helemaal geen lesmethode bevat;
- in grief 8: dat de foto's wel degelijk slechts illustratief gebruikt zijn;
- in grief 9: dat zij niet om commerciële redenen de portretten van Sauerbreij en Elhorst gebruikt heeft.

9.3 Het hof zal de grieven 4, 6 en 9 in paragraaf 12 gezamenlijk behandelen omdat zij in hun samenhang de vraag aan de orde stellen of Tirion de door Sauerbreij en Elhorst verworven verzilverbare populariteit zonder hun toestemming commercieel heeft uitgebuit. Omdat het antwoord op die vraag beïnvloed kan worden door de in acht nemen peildatum en/of door het strikt illustratieve karakter van het van de portretten gemaakte gebruik, zal het hof daaraan voorafgaand afzonderlijk grief 5 in paragraaf 10 en grief 8 in paragraaf 11 bespreken. Ten slotte zal het hof in paragraaf 13 naar aanleiding van grief 7 aandacht besteden aan het door Elhorst aangevoerde persoonlijke belang.

10 Bespreking van grief 5 - De te hanteren peildatum

10.1 In deze grief betoogt Tirion dat de belangen van Sauerbreij en Elhorst beoordeeld moeten worden naar de situatie ten tijde van de openbaarmaking in september 2007 of, nog enkele maanden eerder, ten tijde dat zij de onderhavige foto's kocht. De eerste rechter heeft hieromtrent geen beslissing gegeven. Sauerbreij en Elhorst bestrijden het standpunt van Tirion omdat de boeken, ook na de uitgave, in de handel blijven.

10.2 Artikel 21 Auteurswet 1912 verbiedt de openbaarmaking van het portret voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich daartegen verzet. De openbaarmaking waartegen Sauerbreij en Elhorst zich bij de inleidende dagvaarding onder 3 verzetten, was gelegen in het uitgeven van het boek 'Go Snowboarden'. Dat is, naar Tirion onweersproken heeft gesteld, gebeurd in september 2007 en het was niet met artikel 21 Auteurswet 1912 in strijd indien zich op dat ogenblik geen redelijk belang van Sauerbreij en Elhorst daartegen verzette.

10.3 Het hof onderschrijft derhalve het in deze grief vervatte betoog. Dat hoeft op zichzelf nog niet tot vernietiging van het bestreden vonnis te leiden, nu dat immers geen beslissing op dit punt inhield, maar dient wel in aanmerking te worden genomen bij de bespreking van de verdere grieven, in het bijzonder van de grieven 4, 6 en 9.

11 Bespreking van grief 8 - Het illustratieve karakter van het gebruik

11.1 Tirion heeft de portretten van Sauerbreij en Elhorst gebruikt door ze te plaatsen op de achterkant onderscheidenlijk de voorkant van het boekomslag. De afbeeldingen gaan niet vergezeld van een bijschrift en staan niet zichtbaar in verband met bepaalde onderdelen van de inhoud van het boek die als daardoor geïllustreerd zouden kunnen worden beschouwd.

11.2 Onder deze omstandigheden moet het ervoor worden gehouden dat de afbeeldingen slechts bestemd zijn om het boek in zijn totaliteit te verfraaien en om het reeds op het eerste gezicht te profileren als een boek over snowboarden en niet om enig onderdeel van de tekst te verduidelijken of te illustreren. De grief moet daarom worden verworpen.

12 Bespreking van de grieven 4, 6 en 9 - De verzilverbare populariteit

12.1 Terwijl Sauerbreij en Elhorst hoog opgeven over het niveau van hun sportbeoefening en Tirion zich daartegenover inspannt uitte te zetten dat zij als snowboarders niet veel voorstellen, dat zij juist zeer onbekende sporters zijn (afgezien van de bekendheid van Sauerbreij als zuster van de beste Nederlandse snowboardster van dit moment) en volledig afwezig in de media, is door Sauerbreij en Elhorst in elk geval onweersproken gesteld dat zij beiden op Nederlandse Kampioenschappen en op belangrijke buitenlandse wedstrijden uitkomen. Hun in dit geding omstreden foto's zijn genomen onderscheidenlijk op de Nederlands Kampioenschappen 2006 en op de World Cup 2005. Een en ander maakt naar het oordeel van het hof voorshands aannemelijk dat zij in elk geval binnen de kring van liefhebbers van de snowboardsport enige bekendheid zullen hebben.

12.2 Waar het om gaat is echter of die bekendheid ook verzilverbaar is, dat wil zeggen of ze zodanig is dat commerciële exploitatie ervan door openbaarmaking van portretten redelijkerwijs mogelijk kan worden geacht. Die verzilverbaarheid zou kunnen blijken uit het metterdaad exploiteren van het portretrecht door Sauerbreij en Elhorst. Wat zij daarover meedelen, stelt echter teleur. Zij voeren aan dat zij sponsor- en supplierovereenkomsten hebben gesloten waarbij zij hun wederpartijen het gebruik van hun portretten toestaan. Elhorst noemt een viertal sponsors en suppliers, Sauerbreij noemt zeven sponsors en maakt bovendien melding van een selectieovereenkomst tussen haar en de Nederlandse Skivereniging waarin zij deze eveneens het gebruik van haar portret toestaat. Die selectie-overeenkomst (op 2 juli 2008 aangegaan met ingang van 1 mei 2008) is overgelegd, evenals een van de sponsorovereenkomsten van Sauerbreij (op 8 juli 2008 aangegaan met ingang van 1 juli 2008). Hoewel echter Tirion uitdrukkelijk betwist dat er voordien ook al dergelijke overeenkomsten golden, zijn verder geen voorbeelden overgelegd. Ten aanzien van de supplierovereenkomsten is bij gelegenheid van de pleidooien meegedeeld dat die doorgaans op informele wijze worden aangegaan en niet op schrift worden gesteld, wat niet wijst op een aanmerkelijke economische betekenis. En ten slotte hebben Sauerbreij en Elhorst ook desgevraagd geen enkel voorbeeld kunnen noemen van commerciële exploitatie van hun portretten, hetzij door henzelf, hetzij door een sponsor, supplier of de Nederlandse Skivereniging.

12.3 Dat de populariteit van Sauerbreij en Elhorst verzilverbaar is, zou volgens hen ook kunnen worden afgeleid uit het feit dat Tirion uit commerciële overwegingen van de portretten gebruik maakte. Het hof kan Sauerbreij en Elhorst hierin niet volgen. Bij de afbeeldingen zelf, maar ook elders in het boek worden de namen van de geportretteerden niet genoemd en wordt op hun identiteit ook in geen enkel opzicht gezinspeeld. Als de portretten met het oog op de identiteit van de geportretteerden en wegens een daaraan toegeschreven wervende kracht gebruikt zouden zijn, zou dat toch slechts kunnen werken ten opzichte van hen die de geportret-

terden goed genoeg kennen om hen te herkennen en, zoals hiervoor onder 8.4 reeds werd overwogen, zou dat een nogal beperkte kring zijn en zou de commerciële betekenis van dat gebruik dus ook nogal beperkt zijn. Om die reden acht het hof het commerciële gebruik van de foto's slechts in zo geringe mate toegespitst te zijn op en voort te vloeien uit de identiteit van de geportretteerden dat daaruit het bestaan van een verzilverbare populariteit niet kan worden afgeleid. De grieven 4, 6 en 9 slagen derhalve.

13 Bespreking van grief 7 – Het persoonlijk belang van Elhorst

13.1 Elhorst heeft zich beroepen op zijn persoonlijk belang bij het gevraagde verbod, daarin gelegen dat hij zich niet met de in het boek voorgestane lesmethode kan verenigen en daarmee niet geassocieerd wenst te worden. Dat belang is door de eerste rechter als een redelijk belang aangemerkt en daartegen richt zich grief 7.

13.2 Indien een tegenstelling bestaat tussen de inhoud van het boek en de opvattingen van Elhorst omtrent de wijze waarop het snowboarden onderwezen moet worden, ligt het uiteraard niet op de weg van de rechter over juistheid of onjuistheid van de ene of de andere opvatting te oordelen. Wel dient het hof te beoordelen of inderdaad een dergelijke tegenstelling bestaat. Daartoe heeft Elhorst het hof op geen enkele wijze in staat gesteld. Hij heeft niet aangegeven welke passages, onderdelen of uitgangspunten van het boek bij hem op bedenkingen stuiten en heeft evenmin aangeduid welke die bedenkingen zijn. Hij heeft daarmee naar het oordeel van het hof het door hem aangevoerde belang onvoldoende omschreven en gemotiveerd, zodat het niet gehonoreerd kan worden.

13.3 Op deze gronden is de grief terecht voorgesteld.

14 Slotsom

14.1 De gegrondbevinding van de grieven 4, 6, 7 en 9 leidt ertoe dat met vernietiging van het bestreden vonnis de door Sauerbreij en Elhorst ingestelde vorderingen alsnog dienen te worden afgevoerd met hun veroordeling in de kosten van beide instanties.

15 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep in kort geding:

- vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Utrecht van 3 oktober 2008 en doet opnieuw recht;
- wijst de vorderingen van Sauerbreij en Elhorst af;
- veroordeelt Sauerbreij en Elhorst in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Tirion wat betreft de eerste aanleg begroot op € 816,- voor salaris van de advocaat en € 254,- voor griffierecht en wat betreft het hoger beroep begroot op € 2.682,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief, € 303,- voor griffierecht en € 71,80 voor exploitkosten;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Egbert Dommering

Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam.

In deze noot worden de uitspraak van het Amsterdamse Hof van 14 april 2009 in de zaak *Go snowboarding* en een portretrechtelijke uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 15 januari 2009 in de zaak *Reklos* besproken.

Uitgeverij Tirion heeft een uit het Engels vertaald boekje *Go Snowboarding* met een dvd op de markt gebracht. Op de voorkant van

het boek is een foto van Bas Elhorst en op de achterkant een foto van Marieke Sauerbreij, beiden fanatiek snowboardend, afgebeeld. Zowel het hof als de voorzieningenrechter in Utrecht (vonnis 3 oktober 2008, KG ZA 08-682) stelden vast dat de beide sporters op die foto's voldoende herkenbaar waren, zodat van portretten in de zin van artikel 21 Aw kan worden gesproken. Tirion had de foto's gekocht van Soenar Chamid Sportfotografie. De beide snowboarders zijn redelijk fanatieke sporters, maar (nog) niet bekende snowboarders. Ze hadden voor het maken en openbaar maken van de foto's geen toestemming gegeven. Het waren mooie digitale plaatjes, die onze sportfotograaf Chamid ergens met een teelens zal hebben genomen, zoals hij nog wel honderden van die met teelens genomen digitale prentjes van sporters in alle denkbare sporten in huis zal hebben. Zolang er maar geen leden van het koninklijk huis op die sneeuw piste zijn te zien, zijn ze zonder al te veel risico's bij de fotograaf te verkrijgen. In eerste aanleg wijst de voorzieningenrechter het gevraagde verbod van verdere openbaarmaking toe, maar niet het gevraagde voorschot op de schadevergoeding. Gevorderd was om 'alle geleden schade' te vergoeden, die op € 5000,- per sporter was begroot. De voorzieningenrechter achtte wel aannemelijk dat er schade was geleden, maar onduidelijk wat de omvang daarvan was. In hoger beroep wijst het hof alle vorderingen af.

In hoger beroep gaat het over de vraag of de beide sporters wel een 'redelijk belang' in de zin van artikel 21 Aw hadden. De discussie concentreert zich op de vraag of Sauerbreij en Elhorst wel voldoende 'verzilverbare populariteit' hadden verworven, zoals dat sinds het *'t Schaep met de Vijf Pooten*-arrest heet (HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383, m.nt. Wichers Hoeth). *'t Schaep* bestond dus op 19 januari van dit jaar dertig jaar, reden voor Dirk Visser op 19 januari een *Schaep*-symposium in Leiden te organiseren, en een bundel over portretrecht te redigeren, die in het najaar bij DeLex uitkomt. Het hof vindt dat Sauerbreij en Elhorst wel goed kunnen snowboarden, maar nog niet voldoende verzilverbaar populair zijn geworden. Elhorst had bovendien aangevoerd dat hij 'een persoonlijk belang' bij het verbod had, omdat hij zich niet met de in het boekje voorgestane lesmethode om het snowboarden onder de knie te krijgen, kon verenigen. Kennelijk baseerde hij zich daarbij op de discodanser (HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661, m.nt. Verkade). De voorzieningenrechter gaat van dat belang uit omdat het niet voldoende was tegengesproken. In hoger beroep spreekt Tirion dat flink tegen en valt Elhorst stil, zodat het hof dat persoonlijke belang niet meer ziet zitten (r.o. 13.2). Ook in hoger beroep zijn er geen feitelijke details over de lesmethode in de beslissing te vinden, en dat vind ik jammer, omdat ik wel eens zou willen weten hoe je behoorlijk kunt leren snowboarden zonder je benen te breken.

Het zal de lezer van mijn commentaar op de noot van Bas Pinckaers bij het arrest van hetzelfde Hof in de zaak *Hollandse Hoogte* (Hof Amsterdam 27 januari 2009 AMI 2009/2, nr. 6, met noot J.C.S. Pinckaers en discussie daarover in AMI 2009/4, p. 143-147) niet verwonderen dat ik het met dit arrest niet eens ben. Ik heb mijn argumenten uitvoeriger uiteengezet in de bundel over *'t Schaep*. Kort gezegd komt het er op neer dat ik het recht om het gebruik van je eigen portret door derden te controleren een privacy zelfbeschikingsrecht acht, waarvan de uitoefening beperkt kan worden als er andere openbare belangen in het spel zijn, maar dat niet hoeft te wijken voor commerciële belangen. Dat betekent dus: geen commerciële exploitatie van je portret zonder uitdrukkelijke toestemming. Deze opvatting vindt steun in het inmiddels uitgesproken arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake *Reklos & Davourlis* (EHRM 15 januari 2009, appl. 1234/05, jammer genoeg niet uitgesproken op 19 januari, maar toch op een haar na dertig jaar na *'t Schaep!*). Ik recapituleer de beslissingen van het arrest (niet volledig weergegeven in het commentaar van Pinckaers in AMI 2009/4, p. 145, maar nu in dit blad integraal te vinden).

Anastasios Reklos werd op 31 maart 1997 in een privé-kliniek in Griekenland geboren. De baby werd onmiddellijk na de geboorte

in een gesteriliseerde ruimte geplaatst, die alleen toegankelijk was voor medisch personeel. De kliniek liet alle geboren baby's fotograferen als een service aan de ouders. De ziekenhuisfotograaf fotografeerde Anastasios in die gesteriliseerde ruimte waar de ouders niet mochten komen. Wanneer de ouders dat bemerkten, omdat de foto's hun door de kliniek worden aangeboden, verlangen zij vernietiging van de foto's en eisen zij de negatieven op. Het ziekenhuis weigert aan beide verzoeken te voldoen. De ouders starten een civiele procedure tegen de kliniek wegens schending van privacy van de baby en zij eisen schadevergoeding. Er volgt een procedure in drie instanties, die eindigt in 2004 met een voor de ouders negatieve beslissing van de Griekse Hoge Raad. Zij krijgen bij het EHRM gelijk.

Het Hof oordeelt dat het fotograferen van iemand in de privé-sfeer zonder diens toestemming in de omstandigheden van dit geval een schending van privacy is. Dat zal ook voor andere zeer privacygevoelige situaties gelden. Dat toestemmingsvereiste lijkt, blijkens het arrest, minder strikt als iemand zich in een openbare ruimte bevindt. Dan geldt echter het recht om zich te verzetten tegen verdere verspreiding, tenzij een algemeen belang dat recht beperkt. Het Hof omschrijft het recht op privacy, als 'een recht op eigen identiteit' en 'een recht op zelfontplooiing', 'whether in terms of personality or of personal autonomy'. Het Hof beschouwt iemands portret als een van de belangrijkste gegevens om iemands persoonlijke kenmerken te onderscheiden: 'The right of protection of one's image is thus one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image.' Dit controlerecht op verdere verspreiding is niet afhankelijk van de vraag of iemand in de privé-sfeer wordt waargenomen in intieme of schokkende omstandigheden (dat kan wel voor de toestemmingseis van belang zijn) en evenmin afhankelijk van de vraag of iemand een groot commercieel belang bij de uitoefening van dat controlerecht heeft.

De rechtvaardiging voor publicatie en verspreiding van een portret zonder toestemming kan gelegen zijn in de nieuwswaarde (het Hof citeert hier de zaak *Krone Verlag* van 26 februari 2002, appl. 34315/96; ook genoemd kan worden de publicatie van het portret van een bekende misdadiger, *News Verlag*, EHRM 11 januari 2000, NJ 2001, 74, m.nt. Dommering.). Bij deze afweging kan de aard van de afbeelding wel een rol spelen. Iemand die beroemd is, is daarmee nog niet al zijn privacy kwijt, ook niet als hij of zij zich in de publieke ruimte beweegt. Dit vergt dus een afbakening van de omvang van het begrip 'public' in het begrip 'public figure'. Behoort het optreden tot de privé-sfeer dan kan de openbaarmaking zonder toestemming wel degelijk een privacyschending zijn (EHRM 4 juli 2004, NJ 2005, nr 22, m.nt. Dommering (*Prinses Caroline*)). Ik verwijs voorts naar mijn opinie op de NRC opiniepagina van 17 augustus 2009 over de Argentijnse skifoto's van Willem Alexander en Máxima; de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 28 augustus 2009 geeft naar mijn oordeel blijk van een onjuiste opvatting van wat nieuwswaarde is bij publieke figuren zoals leden van het koninklijk huis). Dit publieke belang kan soms ook wijken voor het recht op afscherming van een intieme en/of schokkende situatie, al verschilde het Hof ernstig van mening over de opvallende publicatie van de foto van de door een terrorist doodgeschoten ambtsdrager, zoals hij na de aanslag op het wegdek lag (de zaak *Filipacchi*, EHRM 14 juni 2007, NJ 2008, 583, m.nt. Dommering): de meerderheid vond dat een schending van de privacy van de erven, een minderheid met wie ik het in deze eens ben, achtte de nieuwswaarde doorslaggevend. Er kunnen ook andere algemene belangen zijn (bijvoorbeeld pasfoto's die op grond van tal van maatschappelijke verplichtingen ingeleverd moeten worden).

In de systematiek van art. 19-21 Aw wordt er een onderscheid gemaakt tussen *in opdracht gemaakte* en *niet in opdracht gemaakte* portretten. Een opdracht is een species van een toestemming en over de andere vormen van (stilzwijgende) toestemming zeggen de artikelen niets. Daaruit wordt mijns inziens ten onrechte afgeleid dat er in Nederland voor het maken van een portretfoto geen toe-

stemming nodig is (F.F. Blokhuis in zijn noot onder het *Reklos & Davouris* in *Mediaforum* 2009-5, p. 221). Ik kom op die kwestie hieronder terug. Artikel 21 Aw geeft aan de niet in opdracht geportretteerde het recht zich tegen *openbaarmaking* van zijn portret te verzetten als hij daarbij een redelijk belang heeft. Spoor-Verkade-Visser nr. 6.6 lezen in 'zonder daartoe strekkende opdracht' als 'zonder toestemming' en zo wordt het artikel ook in de praktijk gehanteerd, mijns inziens ten onrechte. Zie daarvoor ook hierna. De rechtspraak bracht morele belangen onder het redelijk belang van artikel 21, maar in 't *Schaep* heeft de Hoge Raad onder dat redelijk belang van de geportretteerde ook een commercieel belang begrepen. In het *Ferdi E.*-arrest heeft de Raad artikel 21 Aw 'ingebod' in het privacyrecht (HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473, m.nt. Verkade). In het arrest *Discodanser* stelde hij vast dat de geportretteerde een recht heeft om het gebruik van zijn portret te controleren. Het ging om het gebruik van het portret zonder toestemming in een reclamecampagne. In dat arrest kan men lezen dat de Hoge Raad erbij betreft de aard van de afbeelding (reclamecampagne) die de geportretteerde in een 'omgeving' zou kunnen plaatsen waarin hij zich niet wil bevinden en ten onrechte bij het publiek de indruk zou kunnen wekken dat hij de reclamecampagne ondersteunt (HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661, m.nt. Verkade). Zoals dit arrest van het Europese Hof leert is die nadere clausulering niet nodig: het toestemmingsrecht is een zelfbeschikkingsrecht zonder meer. Het moet echter soms wijken voor zwaardere belangen, zoals nieuwsvoorziening. Commercieel gebruik van je portret zonder je toestemming levert altijd een redelijk belang op om je daartegen te verzetten.

De artikelen 19-21 moeten dus uitgelegd worden in de context van artikel 8 EVRM en ook *verdragsconform*. Dat brengt mij eerst op de kwestie van de toestemmingsvormen, buiten de specifiek in deze artikelen geregelde toestemming in de vorm van een opdracht. Hierboven gaf ik aan dat de toestemmingseis kan voortvloeien uit de aard van de situatie en dat de toestemmingseis voor een foto in de openbare ruimte minder strikt is. Dat betekent echter niet dat een geportretteerde in de openbare ruimte zijn beschikkingsrecht kwijt is. In het overgrote deel van de gevallen zal hij of zij (mede door het gebruik van een telelens) zich er niet van bewust zijn dat er een foto wordt genomen. In het overgrote deel van de gevallen speelt de privacyvraag dus pas in de fase van de opslag en verspreiding. Het is echter heel wel mogelijk dat de betrokkene zich van het maken van een foto bewust is en bezwaar maakt. Zoiets doet zich nogal eens voor in traditionele gemeenschappen, waarin agressief op het afbeelden van zijn portret wordt gereageerd of het maken van foto's pas wordt toegestaan na betaling. Maar het kan zich ook in een modern land voordoen, eenvoudig omdat iemand geen trek heeft om gefotografeerd te worden. Wie zich van het maken van een foto bewust is en dat stilzwijgend accepteert, heeft daarom nog geen toestemming tot openbaarmaking gegeven. Het privacyrecht eist een ondubbelzinnige toestemming voor alle vormen van gebruik. Een uitleg van artikel 21 Aw dat voor het maken van een portret geen toestemming nodig is of dat (stilzwijgende) toestemming, toestemming voor openbaarmaking impliceert is naar mijn oordeel dus in strijd met artikel 8 EVRM. Een uitleg van artikel 21 Aw, hierop neerkomende dat er in geval van commercieel gebruik van het portret alleen een redelijk belang zich tegen openbaarmaking verzet, als de geportretteerde een aantoonbaar commercieel belang heeft (reeds gerealiseerde of te verwachten verzilverbare populariteit) of zich verzet tegen een vorm van commercieel gebruik waar de betrokkene aantoonbaar moreel wordt geschaad, lijkt mij eveneens een uitleg in strijd met artikel 8 EVRM. Zou de rechtspraak zich aldus voortzetten, dan belandt Nederland naar mijn oordeel in dezelfde situatie als Duitsland dat 'haar portretrecht' uitlegde op een manier die niet in overeenstemming was met artikel 8 EVRM (*Prinses Caroline*-arrest).

De openbaarmaking van een portret zonder toestemming zal vaak niet tot materiële schade leiden, zoals in deze zaak. Dat kan nooit een reden zijn om een verbod af te wijzen, zoals het Hof Amsterdam kennelijk meent. Het *Reklos & Davouris*-arrest van het EHRM

leert dat schending van het zelfbeschikkingsrecht morele schade veroorzaakt. Het Hof schat de immateriële schade als gevolg van de schending van de artikelen 6 en 8 EVRM in deze zaak op € 8000. De inschatting van de immateriële schade kan per situatie verschillen maar een bandbreedte van rond de € 2000 - 4000 voor schending van het zelfbeschikkingsrecht lijkt een redelijke Europese taxe. Ook naar Nederlands recht kan immateriële schadevergoeding worden gevorderd bij schending van een fundamenteel zelfbeschikkingsrecht. (zie Ti Hanh Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending van fundamentele rechten zonder letsel', in *Nederlandse Juristenblad* 2009, afl. 28, p. 1812-1818; deze noemt bedragen van € 1000 - 3000 bij lichte schendingen). Evenmin als in de zaak *Hollandse Hoogte* was in deze zaak een vergoeding van immateriële schade gevorderd. Overigens behoeft het feit dat de gedupeerden ook materiële claims hebben niet als ongefundeerde hoogmoed bestraft te worden (zoals Pinckaers in zijn repliek op mijn reactie in *AMI* 2009/4 betoogt). In deze zaak had Elhorst en/of Sauerbreij misschien wel het plan om iets meer met hun sportprestatie te doen, ook in commerciële zin. De publicatie zonder hun toestemming heeft ze de mogelijkheid ontnomen om daar zelf richting aan te geven. Misschien hadden ze om die reden zelfs wel naamsvermelding bij de foto's gewild, zoals fotografen dat bijna altijd, met een beroep op hun onvervreemdbare morele recht, bij publicatie van hun foto's eisen.

De Wet Bescherming Persoonsgegevens beheert het hele traject van opslag, bewerking en verstrekking van portretten in databanken. Ook die wet gaat uit van de hoofdregel van toestemmingsrecht dat bij verdere bewerking kan wijken voor andere belangen (artikel 8 van die wet). In de zaak *Hollandse Hoogte* was de databank van de portretten gedaagd, maar niet de openbaarmaker (de *Consumentengids*), in deze zaak is de openbaarmaker en niet de databank (de fotograaf) gedagvaard. In de eerste zaak heeft het hof ten onrechte de Wet Bescherming Persoonsgegevens niet toegepast, in deze zaak kon het hof aan de toepassing daarvan niet toekomen.

Wat betekent dit voor de praktijk? Het betekent dat portretfoto's alleen opgeslagen, bewerkt en verstrekt kunnen worden als aan de eisen van de Wbp is voldaan en in de openbare ruimte genomen foto's zonder toestemming van de betrokkenen niet commercieel mogen worden gebruikt. De bescherming van de rechten van de geportretteerden vergt een zelfde soort behandeling als de rechten van de fotograaf. Dat betekent de hantering van een behoorlijk registratieformulier van personen die in een databank verdwijnen. Het alternatief is dat foto's die buiten het verband van een nieuwsgebeurtenis worden gebruikt niet tot de persoon herleidbare gegevens bevatten. Overigens kan dan eenzelfde discussie ontstaan als bij sportfoto's: wanneer wordt een foto van een spelsituatie een portretfoto? Er zullen zich wel veel 'weeskinderen' (*orphan works*) in die portretdatabanken bevinden. Dan zit er niets anders op om een regeling te treffen als deze zich na publicatie alsnog melden. Dat had in deze en de zaak van de *Hollandse Hoogte* natuurlijk moeten gebeuren.

Fotografen zijn goed georganiseerd en hebben het gebruik en de financiële afrekening van hun foto's goed geregeld. Voor verveelvoudiging zonder toestemming van de fotograaf is er gewoon een 'tarief' of je nu een beroemde fotograaf bent of niet. Geportretteerden zijn niet georganiseerd. Misschien is het tijd dat er een Bond voor Portretrechten komt of dat een collectieve belangorganisatie zich dit belang aantrekt. Misschien iets voor de Consumentenbond? Die heeft na de zaak *Hollandse Hoogte* iets goed te maken.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 16 juli 2009 [procestaal: Deens]

Een handeling die onderdeel is van een data-captureprocedé waarbij een uit elf woorden bestaand fragment uit een beschermd werk in een computergeheugen wordt opgeslagen en wordt geprint, kan vallen onder het begrip gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij indien - hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan - de aldus weergegeven bestanddelen de uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de auteur ervan.

Voor het printen van een uit elf woorden bestaand fragment tijdens een data-captureprocedé zoals in het hoofdgeding aan de orde is, is niet voldaan aan de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 gestelde voorwaarde dat de reproductiehandeling van voorbijgaande aard is, en dit procedé kan dus niet worden uitgevoerd zonder de toestemming van de betrokken auteursrechthebbers.

In zaak C-5/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Højesteret (Denemarken) bij beslissing van 21 december 2007, ingekomen bij het Hof op 4 januari 2008, in de procedure

Infopaq International A/S

tegen

Danske Dagblades Forening,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis en J. Malenovský (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 20 november 2008,

gelet op de opmerkingen van:

- Infopaq International A/S, vertegenwoordigd door A. Jensen, advocaat,
- Danske Dagblades Forening, vertegenwoordigd door M. Dahl Pedersen, advocaat,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door E. Riedl als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. Krämer en H. Støvlbæk als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 februari 2009,

het navolgende