

Hoge Raad 2 mei 2003

Arrest in de zaak van:

1. The Storms Factory BV,
2. P.W.F.M. Storms,
3. SBS Broadcasting BV,

eisers tot cassatie, advocaat: mr. C.J.J.C. van Nispen,

tegen

1. F.M. Niessen,
2. Inter Partner Assistance S.A., gevestigd te Brussel, België,

verweerders in cassatie, advocaat: mr. R.S. Meijer.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie – verder te noemen: Niessen en IPA – hebben bij exploit van 14 september 2000 eiseressen tot cassatie sub 1 en 3 – verder te noemen: The Storms Factory en SBS – in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Amsterdam (zaak I, nummer KG 00/2144 R) en gevorderd The Storms Factory en SBS elk afzonderlijk te verbieden de opnamen gemaakt op 28 en 31 augustus 2000 in de bedrijfsruimte van IPA, uit te (doen) zenden, zulks op straffe van een dwangsom, en voorts The Storms Factory en SBS te verbieden in verband met de zaak [betrokkene 1] andere negatieve uitlatingen over Niessen en/of IPA uit te (doen) zenden, eveneens op straffe van een dwangsom.

The Storms Factory en SBS hebben de vordering bestreden.

De President heeft bij vonnis van 18 september 2000, kort gezegd, The Storms Factory en SBS verboden de opnamen die op 28 en 31 augustus 2000 in de bedrijfsruimte van IPA zijn gemaakt uit te (doen) zenden, alsmede negatieve uitlatingen met de strekking als nader in het vonnis omschreven over Niessen en/of IPA te doen, op straffe van een dwangsom.

Niessen en IPA hebben bij exploit van 2 oktober 2000 The Storms Factory en SBS in kort geding (zaak II, nummer KG 002289 R) gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd:

#### 1. The Storms Factory te verbieden:

- de bedrijfsruimte van IPA te betreden, al dan niet met het oogmerk televisieopnamen te maken, tenzij daarvoor uitdrukkelijk toestemming is verleend door IPA;
- actief contact te zoeken met (medewerkers van) IPA en/of Niessen, voor zover dat contact betrekking heeft op de (partijen bekende) zaak van de familie [betrokkene 1];
- medewerkers en/of klanten van IPA en/of Niessen hinderlijk te volgen en/of opnamen van hen te maken voor zover dit betrekking heeft op bedoelde zaak van de familie [betrokkene 1], op straffe van een dwangsom;

2. The Storms Factory en SBS elk afzonderlijk te verbieden via de televisie of andere media, al dan niet in gewijzigde vorm, het beeldmateriaal dat op 21 september 2000 is opgenomen in verband met de zaak Thijssen uit te zenden, eveneens op straffe van een dwangsom;

3. The Storms Factory te veroordelen aan IPA te betalen een voorschot op de door IPA geleden schade van f 5.000,-.

The Storms Factory en SBS hebben de vorderingen bestreden en van hun kant in reconventie gevorderd het verbod als gegeven in het kort gedingvonnis in zaak I gedeeltelijk ter zijde te stellen. Voorts hebben The Storms Factory en SBS gevorderd Niessen en IPA te verbieden het kort gedingvonnis met betrekking tot in de vordering omschreven uitlatingen ten uitvoer te leggen.

Niessen en IPA hebben de vordering in reconventie bestreden.

De President heeft bij vonnis van 13 oktober 2000 de vorderingen in conventie toegewezen als vermeld in dat vonnis, en in reconventie de gevraagde voorzieningen geweigerd.

Bij exploit van 13 oktober 2000 hebben Niessen en IPA The Storms Factory, SBS en eiser tot cassatie sub 2 – verder te noemen: Storms – in

kort geding gedagvaard (zaak III, nummer KG 002329 G) voor de President van de Rechtbank te Amsterdam en naast hetgeen was gevorderd in zaak II onder 1, gevorderd:

1) The Storms Factory en SBS elk afzonderlijk te verbieden de op 11 oktober 2000 tussen omstreeks 12.45 uur en 13.06 uur gemaakte opnamen als in het lichaam van de dagvaarding omschreven (gedeeltelijk) uit te (doen) zenden, zulks op straffe van een dwangsom;

2) The Storms Factory en SBS elk afzonderlijk te verbieden, in verband met het (partijen bekende) item [betrokkene 1] in het programma Breekijzer:

- de handelsnaam van IPA te noemen, of enige verwijzing op te nemen, herleidbaar tot de handelsnaam van IPA;
- (personeel van) IPA en/of Niessen in beeld te brengen, zulks ongeacht of door technische ingrepen de herkenning van de in beeld gebrachte personen wordt bemoeilijkt;
- het bedrijfspand van IPA in beeld te brengen;

een en ander op straffe van een dwangsom.

3) The Storms Factory te veroordelen tot het betalen van een voorschot op de door Niessen geleden (immateriële) schade, bestaande in de aantasting van zijn persoon, ad f 5.000,-.

The Storms Factory, SBS en Storms – verder ook te noemen: eisers – hebben de vorderingen bestreden en in reconventie gevorderd Niessen en IPA te verbieden het vonnis van de President van de Rechtbank te Amsterdam met kort gedingnummer KG 00/2144 R (zaak I), voor zover betrekking hebbende op het verbod bepaalde uitlatingen te doen, ten uitvoer te leggen, op straffe van een dwangsom.

Niessen en IPA hebben de vordering in reconventie bestreden.

Bij vonnis van 16 oktober 2000 heeft de President in conventie eisers allen afzonderlijk verboden de op 11 oktober 2000 tussen omstreeks 12.45 uur en 13.06 uur gemaakte opnamen als in het lichaam van de dagvaarding omschreven (gedeeltelijk) uit te (doen) zenden, zulks op straffe van een dwangsom van f 250.000,- per overtreding van dit verbod en het meer of anders gevorderde afgewezen. In reconventie heeft de President de gevraagde voorzieningen geweigerd.

Tegen het eerste vonnis (zaak I) van de President van 18 september 2000 hebben alleen The Storms Factory en Scandinavian Broadcasting Systems SBS6 BV – hierna: SBS6 – hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam (rolnummer Hof 1163/00 KG). Van het tweede vonnis (zaak II) van de President van 13 oktober 2000 hebben The Storms Factory en SBS hoger beroep ingesteld (rolnummer Hof 1247/00 SKG). Van het derde vonnis (zaak III) van de President van 16 oktober 2000 hebben The Storms Factory, SBS en Storms hoger beroep ingesteld (rolnummer Hof 1246/00 SKG).

Het Hof heeft deze zaken bij tussenarresten van 22 februari 2001 gevoegd.

Bij arrest van 12 juli 2001 heeft het Hof in zaak I SBS6 niet-ontvankelijk verklaard in het door haar ingestelde hoger beroep en, voor zover in hoger beroep aan de orde, het vonnis van 18 september 2000 bekrachtigd. In zaak II heeft het Hof het vonnis van 13 oktober 2000, zowel in conventie als in reconventie, bekrachtigd. Voorts heeft het Hof in zaak III het vonnis van de Rechtbank van 16 oktober 2000, zowel in conventie als in reconventie, bekrachtigd. Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof hebben The Storms Factory, SBS en Storms beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. Niessen en IPA hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van Storms in zijn beroep van het bestreden arrest voor zover dit in de zaken met de rolnummers 1163/00 KG (zaak I) en 1247/00 SKG (zaak II) werd gewezen, en tot niet-ontvankelijkverklaring van SBS in haar beroep van het bestreden arrest voor zover dit in de zaak met rolnummer 1163/00 KG (zaak I) werd gewezen, en tot verwerping van de beroepen van eisers tot cassatie voor het overige.

### 3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

In de hiervoor onder 1 met I en II aangeduide zaken (rolnummers Hof 1163/00 KG en 1247/00 SKG) was Storms geen partij in hoger beroep. Hij is derhalve niet-ontvankelijk in zijn cassatieberoep tegen het arrest, voor zover dat in deze beide zaken is geweest. SBS was in de hiervoor onder 1 met I aangeduide zaak (rolnummer Hof 1163/00 KG) geen partij in hoger beroep, zodat zij in haar cassatieberoep tegen het arrest, voor zover dat in deze zaak is geweest, niet kan worden ontvangen.

### 4. Beoordeling van de middelen

4.1 In cassatie kan worden uitgegaan van hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2.

4.2 Bij de beoordeling van de tegen het arrest van het Hof gerichte klachten moet het volgende worden vooropgesteld. De werkwijze van Storms, zoals deze is beschreven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2, onderdelen i, k, o en q, komt naar de vaststellingen van het Hof hierop neer dat Storms voor het maken van televisie-opnamen voor zijn programma Breekijzer meermalen onaangekondigd en met lopende camera op intimiderende wijze Niessen heeft benaderd, hem heeft geconfronteerd met niet-geverifieerde verwijten, zonder hem op behoorlijke wijze gelegenheid te geven zijn visie op de zaak te geven, en zich in uiterst negatieve zin en op denigrerende wijze over hem en IPA heeft uitgelaten, in welke werkwijze Storms heeft volhard ook al was hij zich bewust of behoorde hij zich bewust te zijn van de onjuistheid van de gemaakte verwijten. De hier gevolgde werkwijze is niet gericht op het signaleren van misstanden of het voorlichten of waarschuwen van consumenten, maar beoogt enkel de aantrekkelijkheid voor het grote publiek van het programma Breekijzer te verhogen. Dit een en ander is in cassatie niet bestreden.

4.3.1 Het Hof heeft op grond van de in rov. 6.13 van zijn arrest samengevatte feiten en omstandigheden geoordeeld dat The Storms Factory BV jegens IPA en Niessen onrechtmatig zou handelen door de gewraakte opnamen te doen uitzenden. Ook dit oordeel is in cassatie niet bestreden.

Middel I, dat zich richt tegen hetgeen het Hof heeft overwogen in rov. 6.4, 6.14, 7.13 en 8.9, bestrijdt dan ook uitsluitend het door de President gegeven en in hoger beroep tevergeefs bestreden verbod de opnamen te doen uitzenden.

4.3.2 Het middel beroept zich daartoe in de eerste plaats in onderdeel 1 op art. 7 lid 2, tweede zin, Gw, welke norm zich, aldus het onderdeel, ertegen verzet dat de rechter (in kort geding) uitzendverboden uitspraak doet als in dit geval is geschied. Het onderdeel, dat klaarblijkelijk strekt ten betoge dat het ontbreken in het tweede lid van de wet in het eerste en derde lid van art. 7 voorkomende zinsnede 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' meebrengt dat de daarmee beoogde beperking van de vrijheid van meningsuiting niet geldt voor radio- en televisie-uitzendingen, berust op een onjuiste rechtsopvatting. Blijkens de eerste zin van art. 7 lid 2 kan de wet regels stellen voor radio en televisie, welke regels blijkens de tweede zin evenwel niet zo ver kunnen gaan dat daarbij voorafgaand toezicht van overheidswege op de inhoud van een uitzending zou kunnen worden ingesteld. Er bestaat mede in het licht van art. 3:296 BW echter geen grond aan te nemen dat het in art. 7 Gw neergelegde verbod van censuur – het voorafgaand overheids-toezicht op een voorgenomen uiting – in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter met het oog op een effectieve rechtsbescherming een uiting die jegens een ander onrechtmatig is, te verbieden.

4.3.3 Onderdeel 2 berust op de opvatting dat uitzendverboden als in dit geval uitgevaardigd in strijd zijn met het EVRM, nu art. 15 EVRM afwijking van onder meer art. 10 EVRM alleen toelaat in geval van oorlog of enige andere algemene noodtoestand, van welk een en ander geen sprake is. Het onderdeel faalt, omdat het eraan voorbijziet dat ook in art. 10 lid 2 EVRM is voorzien dat het recht op vrijheid van meningsuiting aan voorwaarden en beperkingen kan zijn onderworpen.

4.3.4 Onderdeel 3 klaagt dat, zo het uitgangspunt van het Hof al juist zou zijn dat uitzendverboden als in dit geval gegeven door art. 7 Gw en art. 10 EVRM zijn toegelaten indien deze in een democratische samenleving noodzakelijk zijn, het Hof deze regel onjuist heeft toegepast.

Voor zover het onderdeel betrekking heeft op art. 7 Gw, faalt het aangezien deze bepaling voor een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting niet de eis stelt dat deze in een democratische samenleving noodzakelijk is.

Voor de beoordeling van het onderdeel in verband met art. 10 EVRM moet, nu hier sprake is van een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting, in de eerste plaats worden onderzocht of voldaan is aan het vereiste dat deze beperking voorzien is bij de wet. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord, nu de verboden hun grondslag vinden in art. 6:162 BW in verbinding met art. 3:296 BW. Hieraan doet niet af dat de onrechtmatigheid van de gewraakte gedragingen hierin bestaat dat Storms heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, aangezien immers zodanig handelen door art. 6:162 als onrechtmatig wordt aangemerkt. Volgens de rechtspraak van het EHRM is voldoende dat het recht waarop de beperking berust voor de burger voldoende kenbaar is en dat de desbetreffende norm zodanig precies is geformuleerd dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen (vgl. onder meer EHRM 20 november 1989, CEDH, Serie A, vol. 165, NJ 1991, 738 en EHRM 11 januari 2000, nr. 31457/96, NJ 2001, 74). Aan die eis is bij de toepassing van art. 6:162, gezien de rechtspraak over die bepaling, voldaan. Dit een en anders is niet anders indien het gaat om een verbod in kort geding. Bovendien kan in gevallen als het onderhavige van een effectieve rechtsbescherming veelal slechts sprake zijn indien de voorgenomen onrechtmatige gedraging in kort geding wordt verboden.

Vereist is voorts dat de beperking een van de in art. 10 lid 2 EVRM genoemde belangen dient. Aan dit vereiste is voldaan, daar het Hof bij zijn oordeel het in art. 10 lid 2 genoemde belang van de 'bescherming van de goede naam of de rechten van anderen' in aanmerking heeft genomen.

Ten slotte dient de vraag onder ogen te worden gezien of de beperking in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van dit belang en of die beperking evenredig is aan het te beschermen belang.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het door het Hof in aanmerking genomen 'belang van Niessen en IPA bij bescherming van een ongestoorde bedrijfsvoering en de persoonlijke levenssfeer en het belang gevrijwaard te blijven van aantasting van hun goede naam' nimmer of uitsluitend in, door het onderdeel niet nader aangeduide, bijzondere omstandigheden een dringende maatschappelijke noodzaak kan opleveren om een uitzendverbod te rechtvaardigen, berust het op een rechtsopvatting die, gelet op art. 10 lid 2 EVRM, niet als juist kan worden aanvaard.

Voor zover het onderdeel, subsidiair, aanvoert dat geen dringende maatschappelijke noodzaak bestaat in een situatie waarin het gaat om een programma als Breekijzer, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Het oordeel van het Hof in rov. 6.14 van zijn arrest komt hierop neer dat de wijze waarop aan de door The Storms Factory geformuleerde doelstelling van dit programma 'hulp bieden aan individuen die bekeld zijn geraakt in een raderwerk van instellingen' uitvoering is gegeven (vgl. hetgeen hiervoor in 4.2 is overwogen) zo zeer afwijkt van de normen van een zorgvuldige en maatschappelijk aanvaardbare journalistiek dat niet behoeft te worden betwijfeld of de gevorderde beperking – de gegeven uitzendverboden – evenredig is aan het te beschermen belang. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Onderdeel 3 faalt derhalve.

4.3.4 Onderdeel 5, dat klaagt dat het gegeven verbod niet proportioneel is omdat het als een 'eeuwig' verbod is bedoeld, miskent vooreerst dat het onrechtmatige karakter van de voorgenomen uitzendingen daaraan niet door enkel tijdsverloop komt te ontvallen, en ziet voorts eraan voorbij dat het gegeven verbod, zoals elke in kort geding gegeven voorziening, in die zin een voorlopig karakter heeft dat het in een bodemprocedure opnieuw ten toets kan komen.

4.3.5 Onderdeel 6 mist feitelijke grondslag voor zover het ervan uitgaat dat het Hof van The Storms Factory en Storms zou hebben gevergd aan te tonen dat met de gewraakte uitzending een publiek belang is gediend of daarbij is betrokken. Het Hof heeft op grond van de voldoende vaststaande aard en inhoud van de uitzendingen geoordeeld dat daarbij geen publiek belang is betrokken. Ook in het licht van de door The Storms Factory geformuleerde doelstelling van het programma is dit oordeel, gelet op de wijze waarop aan die doelstelling gestalte is gegeven, niet onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd. In zoverre faalt het onderdeel.

4.3.6 Onderdeel 7, dat betrekking heeft op het in het derde kort geding in de zaak met rolnummer 1246/00 gegeven verbod, berust kennelijk op de opvatting dat het Hof in rov. 8.9 van zijn arrest bij de beoordeling van de vraag of een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat, enkel het belang van Niessen om niet op de in rov. 8.5 van het arrest van het Hof omschreven wijze te worden afgebeeld, in aanmerking heeft genomen. Het onderdeel kan in zoverre bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, omdat het Hof zijn in rov. 8.9 vervatte oordeel heeft gegeven 'met inachtneming van het voorgaande', waarmee het Hof onder meer het oog heeft op zijn rov. 8.6 en 8.7, die telkens verwijzen naar rov. 6. Het Hof heeft derhalve zijn oordeel in rov. 8.9 mede doen steunen op de in zijn rov. 6.6-6.16 neergelegde uitvoerige motivering die in cassatie niet dan wel tevergeefs wordt bestreden.

Voor zover het onderdeel zich richt tegen het oordeel van het Hof dat een publiek belang bij uitzending ontbreekt, bouwt het voort op onderdeel 6 en moet het het lot daarvan delen.

4.3.7 Uit het hiervoor overwogene volgt dat de overige in middel I aangevoerde klachten eveneens falen.

4.4 Middel II heeft betrekking op het volgende.

In rov. 6.14 heeft het Hof in verband met de vraag of een uitzendverbod door een dringende maatschappelijke noodzaak wordt gerechtvaardigd, geoordeeld dat op grond van het ter terechtzitting getoonde ruwe beeldmateriaal van de opnamen op 28 en 31 augustus 2000 met voldoende mate van nauwkeurigheid vaststaat wat de inhoud van het desbetreffende programma-onderdeel is.

Het Hof heeft in rov. 7.11 met betrekking tot de opnamen van 21 september 2000 geoordeeld dat met voldoende nauwkeurigheid vaststaat wat de inhoud van die opnamen is, aangezien deze beelden een vastlegging bevatten van het hierboven – waarmee het Hof kennelijk doelt op hetgeen het heeft overwogen in rov. 7.5 en 7.7 – aangeduide tumult. Onderdeel 2 klaagt dat het Hof niet tot dit oordeel had kunnen komen zonder dat de opnamen ter terechtzitting zijn getoond. Het onderdeel faalt, omdat het miskent dat ook op andere wijze dan op grond van eigen waarneming voldoende duidelijk kan komen vast te staan wat de opnamen inhouden. Het oordeel van het Hof, dat berust op een aan de rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden waardering, is niet onbegrijpelijk.

Onderdeel 3 verwijt het Hof met betrekking tot de opnamen van 11 oktober 2000 niet te hebben getoetst of volstaan is aan het vereiste dat de inhoud van die opnamen voldoende nauwkeurig vaststaat. Het onderdeel kan bij gebrek aan feitelijk grondslag niet tot cassatie leiden. Kennelijk heeft het Hof op overeenkomstige gronden als ten aanzien van de opnamen op 21 september 2000 geoordeeld dat de inhoud van de opnamen voldoende nauwkeurig vaststaat.

4.5.1 Middel III, dat zich richt tegen rov. 6.15 van 's Hofs arrest, heeft betrekking op het verbod bepaalde negatieve uitlatingen over Niessen en IPA te doen. Ten aanzien van deze uitlatingen moet worden vooropgesteld dat in cassatie niet is bestreden dat het doen van deze uitlatingen onrechtmatig is jegens Niessen en IPA, en dat het derhalve ook hier uitsluitend gaat om de vraag of een verbod die uitlatingen te doen voor toewijzing vatbaar was.

4.5.2 Onderdeel 1 beoogt dat het Hof ten onrechte niet heeft getoetst of een verbod van die uitlatingen in een democratische samenleving noodzakelijk is. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld. Het Hof heeft rov. 11 van het vonnis van de President onderschreven, welke overweging het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk aldus heeft opgevat dat de President het verbod van het doen van negatieve uitlatingen heeft toegewezen op dezelfde of overeenkomstige gronden als ten aanzien van de eerder tussen partijen uitgesproken uitzendverboden waren gehanteerd en dat hij aldus ook het verbod van het doen van deze uitlatingen heeft getoetst aan art. 10 EVRM.

4.5.3 Onderdeel 2 herhaalt de door middel I ten aanzien van de uitzendverboden naar voren gebrachte klachten dat 's Hofs oordeel dat een verbod in een democratische samenleving noodzakelijk is, onjuist althans onbegrijpelijk is, en dat een dringende maatschappelijke noodzaak ontbreekt nu het enkel gaat om de particuliere belangen van Niessen en IPA en/of het gevorderde verbod enkel berust op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, gehanteerd door de rechter in kort geding, en/of het verbod niet aan een kort tijdsverloop is gebonden. Deze klachten falen op grond van hetgeen hiervoor in 4.3.2-4.3.4 is overwogen.

4.6.1 Middel IV heeft betrekking op het door Niessen en IPA gevorderde verbod de op 11 oktober 2000 gemaakte opnamen uit te zenden. Aan deze vordering hadden zij ten grondslag gelegd dat deze opnamen zonder toestemming van Niessen zijn vervaardigd en dat hij zich op grond van art. 21 Auteurswet 1912 (hierna: Aw) tegen openbaarmaking daarvan kan verzetten. De President heeft het gevorderde verbod toegewezen en het Hof heeft de daartegen gerichte grieven ongegrond bevonden.

4.6.2 Onderdeel 1 stelt zich op het standpunt dat aan art. 21 Aw geen grondslag kan worden ontleend om zich te verzetten tegen openbaarmaking van film- of televisie-opnamen waarin iemand te zien en/of te horen is. Dit standpunt kan niet als juist worden aanvaard. Noch de tekst noch de strekking van art. 21 Aw geeft grond voor de opvatting dat de technische wijze van vervaardiging van een portret beslissend is voor het antwoord op de vraag of de geportretteerde zich op de voet van art. 21 Aw tegen openbaarmaking kan verzetten. Ook de geschiedenis van de totstandkoming van deze wet biedt evenmin als haar systeem enig aanknopingspunt voor deze opvatting.

Subsidiair voert het onderdeel aan dat het verbod zich niet kan uitstrekken tot de van die opnamen deel uitmakende geluidsopnamen. Ook in zoverre faalt het onderdeel. Het verbod zoals in eerste aanleg gevorderd en toegewezen had betrekking op opnamen van beeld en geluid, die waren bedoeld om in die vorm, derhalve inclusief geluid, te worden uitgezonden. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof in de grieven niet de klacht gelezen dat het door de President gegeven verbod te ruim was, in die zin dat het geen betrekking kon hebben op het van de opnamen deel uitmakende geluid. Het stond het Hof derhalve niet vrij het verbod te beperken tot de beeldopnamen.

4.6.3 Onderdeel 2 verwijt het Hof niet te zijn ingegaan op de stelling van The Storms Factory en Storms dat openbaarmaking van de opnamen niet op grond van art. 21 Aw kan worden verboden, indien het gelaat van de betrokkene wordt 'afgeblokt' of in het beeld volledig onherkenbaar wordt gemaakt. Het onderdeel is gegrond, maar het kan niet tot cassatie leiden, omdat voormelde algemene stelling niet als juist kan worden aanvaard. Zij miskent immers dat het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon niet eraan in de weg behoef te staan dat sprake is van een portret in de zin van art. 21 Aw, nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken, en dat derhalve openbaarmaking van een dergelijke afbeelding op de voet van deze bepaling kan worden verboden (vgl. HR 30 oktober 1987, nr. 13269, NJ 1988, 277). Hierbij verdient nog opmerking dat door het afblokken of anderszins onherkenbaar maken van het gelaat het onrechtmatige karakter van de uitzending in het kader van het onderhavige programma niet wordt weggenomen, maar eerder wordt geaccentueerd, aangezien bij het grote publiek immers allicht de indruk zal ontstaan dat een aldus afgebeelde persoon als verdachte, zo niet als schuldige moet worden aangemerkt.

## 5. Beslissing

De Hoge Raad:

Verklaart Storms niet-ontvankelijk in zijn beroep tegen het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 12 juli 2001, voor zover gewezen in de zaken met rol-nummers 1163/00 KG en 1247/00 SKG;

Verklaart SBS niet-ontvankelijk in haar beroep tegen dit arrest, voor zover gewezen in de zaak met rolnummer 1163/00 KG;

Verwerpt het beroep voor het overige;

Veroordeelt The Storms Factory, Storms en SBS in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Niessen en IPA begroot op 286,88 aan verschotten en € 1.365,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren H.A.M. Aaftink, A.G. Pos, O. de Savornin Lohman en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 2 mei 2003.

## Noot

### Het rechterlijk verbod en de vrije meningsuiting

Gerard Schuijt

Prof. mr. G.A.I. Schuijt is hoofddocent aan de Universiteit van Amsterdam en bijzonder hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden.

1. Bijna 35 jaar na de beroemde bijdrage van H. Drion aan de Beekhuisbundel *Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting* (Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 91-108) heeft de Hoge Raad weer eens de gelegenheid gekregen zich over een publicatieverbod, in casu uitzendverbod uit te spreken. Drion schreef: 'Nemen we de vrijheid van drukpers van art. 7 Grondwet en de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM serieus, dan zal de rechter bij het formuleren van verboden, waardoor die vrijheden voor bepaalde (te weten de veroordeelde) personen aan banden worden gelegd, met de grootste voorzichtigheid te werk moeten gaan. Anders dan een veroordeling terzake van in het verleden gedane uitlatingen, is een verbod erop gericht de vrijheid van meningsuiting voor de toekomst in concreto te beperken.'

2. Aanleiding voor Drions beschouwing was o.m. het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 1966, NJ 1966, 208. Een lid van de Nederlandse Klokkenspel Vereniging had via de krant felle kritiek geuit op het bestuur, dat niet objectief en integer te werk zou gaan in adviezen bij wie men het beste terecht kon voor restauratie van oude klokken en het aanbrengen van nieuwe. Door het hof was hem op verbeurte van een dwangsom verboden om zich, anders dan binnen verenigingsverband, zodanig over de NKV of haar bestuursleden uit te laten, 'dat bij derden twijfel kan worden gewekt aan derzelver integriteit en objectiviteit.' Het hiertegen ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen. Wel legde de Hoge Raad de stelregel vast dat, wanneer een verbod in wat algemene termen is geformuleerd, de draagwijdte ervan beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld, dat zij onder de door de rechter verboden inbreuk kunnen vallen.

3. Daarover is Drion niet tevreden want, zo vraagt hij zich af, hoe zit het dan als gedaagde de integriteit en objectiviteit van de bestuursleden opnieuw in twijfel wil trekken onder aanvoering van nieuwe feiten en omstandigheden? En ook wijst Drion op de remmende werking op de vrijheid van meningsuiting van de dwangsom die als een zwaard van Damocles boven de veroordeelde hangt en op diens ongunstige bewijspositie in dat geval. Wij zouden dat tegenwoordig een *chilling effect* noemen. Maar ook los van nieuwe feiten en omstandigheden legt een dergelijke vage veroordeling een rem op de uitingsvrijheid. De Hoge Raad lijkt niet meer te zeggen dan 'Het is toch vanzelfsprekend dat U de wet niet mag overtreden en U weet wanneer dat het geval is'. Dat is nu juist het probleem! Men kan niet altijd goed inschatten wat de rechter onrechtmatig zal vinden.

4. In 1990 liet de Hoge Raad een kans voorbij gaan om een rechterlijk verbod aan strengere voorwaarden te binden. Geklaagd werd over een verbod om zich in de toekomst zowel mondeling als schriftelijk onjuist en/of beledigend en/of grievend uit te laten over en jegens X. De Hoge Raad vond dat verbod gerechtvaardigd omdat reeds in twee procedures uitlatingen van gedaagden over X onrechtmatig waren geoordeeld en omdat 'uit de aard der zaak de mogelijke toekomstige uitlatingen niet verder concreet kunnen worden aangeduid' (HR 2 februari 1990, NJ 1991, 291).

5. In lagere rechtspraak treft men echter uitspraken aan die wél als uitgangspunt hanteren dat een verbod niet ruim geformuleerd mag zijn. Een verbod zich 'op soortgelijke wijze uit te laten' werd te ruim bevonden door Hof Amsterdam (16 december 1976, NJ 1977, 86). Een verbod een bepaalde beschuldiging te herhalen werd beperkt tot 'zonder daartoe nieuwe en deugdelijke met bewijsstukken gestaafde feiten aan te voeren' (Hof Amsterdam 4 december 1997, *Mediaforum* 1998-3, nr. 11). Zie verder nog Pres. Rb. Rotterdam 17 januari 1997, *KG* 1997, 124 en Hof Amsterdam 16 oktober 1997, *Mediaforum* 1998-1, nr. 2. Zie ook mijn 'Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en de rechtspraak', [www.ivir.nl](http://www.ivir.nl).

6. In het voorgaande ging steeds om een verbod een bepaalde (of soortgelijke) uitlatingen te herhalen. Hoe zit het met een verbod van nog niet gepubliceerd materiaal of een nog niet uitgezonden radio- of televisieprogramma? Daarover was mij tot nu toe geen uitspraak van de Hoge Raad bekend. Volgens het Hof Amsterdam is het niet onmogelijk: 'Het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting sluit preventief optreden tegen een nog te verwachten publicatie van een wat de inhoud betreft met de wet strijdig geschrift door mid-

del van een in kort geding te treffen voorlopige voorziening niet uit' (13 september 1984, NJ 1985, 409). Daaruit mag men echter afleiden dat de strijdigheid met de wet moet vaststaan, dus dat men de inhoud moet kennen van de voorgenomen publicatie. Althans zo, formuleerde de Pres. Rb. Den Haag het toen men inzage in een te publiceren boek vroeg om te zien of er onrechtmatige uitlatingen over eisers in stonden. 'De strekking van de vordering is geen andere dan om gedaagden in een situatie te brengen dat zij voorafgaand verloop nodig hebben en is daarmee in strijd met het uitgangspunt van de grondwetgever' (Pres. Rb. Den Haag 17 december 1993, *Mediaforum* 1994-2, p. B23-B24). Van recenter datum is het arrest van Hof Den Bosch, dat een publicatieverbod van de Rb. Maastricht vernietigde. Die had op vordering van de burgemeester van Beek verboden dat *De Limburger* een artikel publiceerde indien de burgemeester vóóraf geen inzage werd gegeven en hij niet 24 uur de gelegenheid had gekregen om daarop commentaar te geven'. De rechter moet immers, aldus het hof, om een juiste belangenafweging te kunnen maken, nauwkeurig nagaan wat hij precies verbiedt (18 februari 1999, NJ 2000, 369; ook *Mediaforum* 1999-3, nr. 17). Zie voorts Hof Amsterdam 13 september 1984, NJ 1985, 409.

7. Bij een televisie-uitzending is het gemakkelijker om vooraf naar de rechter te stappen omdat de benadeelde partij vaak weet dat er opnamen zijn gemaakt. Dat is bijvoorbeeld het geval als de overvaljournalistiek wordt gehanteerd op de wijze zoals Pieter Storms van het programma Breekijzer gewoon is te doen en één van zijn voorgenomen uitzendingen leidde tot bovenvermeld arrest van de Hoge Raad. De feiten kan men er op nalezen bij Hof Amsterdam 14 juni 2001, *Mediaforum* 2001-10, nr. 38 of in de conclusie van de A-G Keus, bij [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) AF3416. Zij komen er op neer dat Storms weer eens een iemand met draaiende camera had overvallen, tumult had veroorzaakt, de desbetreffende persoon beschuldigd had van feiten die hij niet kon hard maken, hem geen gelegenheid had gegeven te reageren en dergelijke. Dat het in casu onrechtmatig zou zijn de daarbij gemaakte opnamen uit te zenden, daarover waren partijen het eens. De meeste opnamen had Storms de rechter laten zien. Het gaat in cassatie vooral nog om de vraag of de voorgenomen uitzending door een rechterlijk verbod getroffen mocht worden (r.o. 4.2 en 4.3.1).

8. Storms komt met een constitutioneel bezwaar tegen zo'n rechterlijk verbod nu het om een omroepuitzending gaat. In artikel 7 lid 2 Grondwet staat dat er geen voorafgaand toezicht is op de inhoud van een radio- of televisieuitzending, maar in dat tweede lid ontbreken de woorden 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Volgens de toelichting op het cassatiemiddel (zie de conclusie van de A-G) vormen die woorden in het 1e lid het plechtanker dat Drion in deze clausele zag voor een rechterlijk verbod en die clausele ontbreekt in lid 2. Ergo artikel 7 lid 2 Grondwet vormt een absoluut beletsel voor een rechterlijk uitzendverbod. De Hoge Raad wijst echter op de eerste zin van artikel 7 lid 2: 'De wet stelt regels...'. Deze regels mogen weliswaar niet zover gaan dat daarbij voorafgaand toezicht van overheidswege op de inhoud van een uitzending zou kunnen worden ingesteld, maar er bestaat geen reden om aan te nemen dat het grondwettelijke censuurverbod in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter om met het oog op een effectieve rechtsbescherming een uiting die jegens een ander onrechtmatig is te verbieden. De Hoge Raad wijst nog expliciet op art. 3:296 BW op grond waarvan de rechter iemand kan veroordelen tot het doen of nalaten van iets waartoe hij wettelijk of contractueel verplicht is. De Hoge Raad maakt hier dus onderscheid tussen voorafgaand *overheidstoezicht* op een voorgenomen uiting (hetgeen onder het censuurverbod valt) en een rechterlijk verbod van een onrechtmatige uiting (hetgeen de grondwet niet onmogelijk maakt) en zegt dat dat voor alle in artikel 7 Grondwet genoemde censuurverboden geldt. Let ook op de nadruk die de Hoge Raad legt op het belang van een effectieve rechtsbescherming dat de rechter heeft te dienen. Het probleem bij schadelijke publicaties is dat het kwaad meestal reeds is geschied. Wil men dat voorkomen dan heeft de rechter daar het instrumentarium voor in 6:162 en 3:296 BW, zo lijkt de Hoge Raad te zeggen, want dat valt onder het 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' c.q. 'de wet stelt regels' in artikel 7 van de Grondwet.

9. Storms klaagt ook over schending van artikel 10 EVRM. De Hoge Raad gaat in r.o. 4.3.4 de stappen van lid 2 na: voorzien bij wet in art. 6:162 en 3:296 BW onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de voldoende kenbaarheid en voldoende precisie waaraan ongeschreven rechtsnormen, zoals de zorgvuldigheidsnorm moeten voldoen en waaraan artikel 6:162 voldoet. De beperking dient het belang van de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen en de beperking is in een democratische samenleving noodzakelijk ter bescherming van dit belang. Het oordeel van het hof over

een en ander acht de Hoge Raad juist en niet onbegrijpelijk. De bevoegdheid van de rechter een voorgenomen uitzending te verbieden is dus wél een beperking van de uitingsvrijheid die moet worden getoetst aan de criteria van artikel 10 lid 2 EVRM, in het bijzonder het noodzakelijkheids criterium.

10. Het tweede cassatiemiddel kiest – terecht volgens de A-G – als uitgangspunt dat de rechter het uitzenden van onrechtmatige opnamen slechts dan mag verbieden, als vaststaat dat het verbod door een dringende sociale noodzaak in een democratische samenleving wordt gerechtvaardigd. Om dat te kunnen beoordelen moet de inhoud van de opnamen met een voldoende mate van nauwkeurigheid vaststaan, hetgeen volgens de A-G een feitelijke vraag is. Volgens de Hoge Raad heeft het hof geoordeeld dat op grond van het ter terechtzitting getoonde ruwe materiaal van de opnamen met voldoende mate van nauwkeurigheid vaststaat wat de inhoud van het desbetreffende programma-onderdeel is. Maar Storms klaagt erover dat het hof dat ook oordeelde van bepaalde niet ter zitting getoonde beelden. Dit middel miskent volgens de Hoge Raad dat ook op andere wijze dan op grond van eigen waarneming voldoende duidelijk kan komen vast te staan wat de opnamen inhouden. Hieruit mag men afleiden dat de Hoge Raad ook uitgaat van de eis dat de inhoud met voldoende mate van nauwkeurigheid bekend moet zijn om te kunnen oordelen over de onrechtmatigheid ervan en om te kunnen oordelen over de noodzaak in een democratische samenleving van een uitzendverbod. De rechter hoeft de voorgenomen uitzending echter niet per se te hebben gezien. Niet bestreden mededelingen ter zitting kunnen bijvoorbeeld ook leiden tot de vaststelling dat de inhoud in voldoende mate vaststaat. Zie bijvoorbeeld het vonnis Pres. Rb. Amsterdam waarin Storms werd verboden de opnamen uit te zenden van een jongeman bij de door Storms geregisseerde maar door de jongeman niet gewilde confrontatie met zijn natuurlijke moeder. (Pres. Rb. Amsterdam 28 november 1996, KG 1996, 381).

11. Men hoeft de gemaakte beelden of de voorgenomen uitzending niet aan de rechter te tonen. Zou dat het geval zijn dan zou men, om met Pres. Rb. Den Haag zoals hierboven vermeld te spreken gedaagden ‘in een situatie te brengen dat zij voorafgaand verlof nodig hebben’ en dat zou in strijd met het uitgangspunt van de grondwetgever. Door de beelden niet aan de rechter te tonen kan men het hem dus wel moeilijk, zij het niet onmogelijk, maken de inhoud van de voorgenomen uitzending met voldoende mate van nauwkeurigheid vast te stellen.

12. Het arrest bevat nog twee interessante overwegingen over het portretrecht. Niet alleen spreekt de Hoge Raad – nadat daarover in lagere rechtspraak al eerder voorbeelden van te vinden zijn – voor het eerst uit dat televisie-opnamen ook een portret kunnen zijn. Noch de tekst noch de strekking van art. 21 Auteurswet geeft grond voor de opvatting dat de technische wijze van vervaardiging van een portret beslissend is (r.o. 4.6.2). Belangrijker is echter de uitleg die de Hoge Raad in r.o. 4.6.3. geeft aan zijn eigen *Naturiste*-arrest. In ons boekje *Portretrecht voor iedereen* (Amsterdam: Mets & Schilt 2003) werpen Dirk Visser en ik nog de vraag op of van een portret gesproken kan worden als niets van het gelaat zichtbaar is. De opvatting dat uitsluitend de afgebeelde gelaatstrekken tot herkenning moeten leiden en dat daarbij niet ook een typerende lichaamshouding een rol mag spelen, vindt geen steun in het recht volgens dat *Naturiste*-arrest. Zouden de woordjes ‘daarbij’ en ‘ook’ er op kunnen duiden dat in elk geval nog iets van het gelaat zichtbaar moet zijn, zo vragen wij ons af. Storms verwijt nu het hof niet te zijn ingegaan op zijn stelling dat de uitzending niet kon worden verboden indien het gelaat van de betrokkene wordt ‘afgeblokt’ of in het beeld volledig onherkenbaar wordt gemaakt. Daarover zegt de Hoge Raad dat het *geheel* (curs. GS) of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon niet eraan in de weg hoeft te staan dat sprake is van een portret in de zin van art. 21 Aw, nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken. Dus ook de bekende foto’s van het achterhoofd van Pim Fortuyn, van Johan Cruijff op de rug gezien met rugnummer 14, van Ruud Gullit met zijn rastahaar zijn portretten in de zin van art. 21 Aw, omdat deze personen herkend worden of kunnen worden.

13. Interessant is nog het obiter dictum van de Hoge Raad dat door afbalken of anderszins onherkenbaar maken van het gelaat het onrechtmatige karakter van een uitzending niet wordt weggenomen, maar eerder wordt geaccentueerd, aangezien bij het grote publiek immers allicht de indruk zal ontstaan dat een aldus afgebeelde persoon als verdachte, zo niet schuldige moet worden aangemerkt. Balkjes criminaliseren!

14. Samenvattend kan men uit dit arrest concluderen dat de rechter bevoegd is tot een publicatie c.q. uitzendverbod, mits dat (dringend) noodzakelijk is in een democratische samenleving met het oog op een effectieve rechtsbescherming. Deze noodzakelijkheid kan pas worden beoordeeld als de inhoud van de voorgenomen publicatie c.q. uitzending in voldoende mate vaststaat. Die vaststelling hoeft evenwel niet per se uit eigen waarneming te geschieden.

15. Het arrest zal Drion genoeg doen.