

Rechtspraak in het kort

Onder (eind)redactie van
S.J. van Gompel en N. van Lingen



**Vzr. Rechtbank Rotterdam
6 september 2017,
ECLI:NL:RBROT:2017:6976
(Apnormal/Punch Out
Battles)**

Ondubbelzinnige toestemming voor het openbaar maken van een portret in de zin van artikel 8a Wbp. Het verlenen van ondubbelzinnige toestemming betekent dat elke twijfel dient te zijn uitgesloten over de vraag of toestemming is gegeven en voor welke specifieke verwerkingen deze toestemming is gegeven. De toestemming kan ook blijken uit het gedrag van de betrokkene. Naar het oordeel van de rechtbank is aan dit vereiste voldaan. Het gedrag van eiser is zodanig geweest dat daaruit expliciet blijkt dat hij zijn toestemming heeft verleend en voor welke specifieke verwerkingen deze toestemming geldt (de verwerking van de opnames van de battles waaraan hij heeft deelgenomen). Het was voor eiser duidelijk dat zijn persoonsgegevens werden verwerkt en voor welk doel.

(...)

“2 De feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding

gebrachte producties, staat tussen partijen – voor zover van belang – het volgende vast.

2.1. [eiser] heeft in de periode van 2010 tot en met 2012 onder de naam “Apnormaal” deelgenomen aan door [gedaagde] georganiseerde “Punch Out Battles”. Dit zijn rapbattles waarbij de deelnemers proberen elkaar verbaal belachelijk te maken door middel van vooraf geschreven en ingestudeerde teksten.

2.2. In e-mailberichten aan [gedaagde] heeft [eiser] onder meer het volgende geschreven:

– op 26 augustus 2010: “(...) Apnormaal is een 18-jarige Mc uit Haarlem die bekend staat als iemand die geen blad voor de mond neemt. (...)

Hij heeft door de jaren heen onder andere in het voorprogramma van Appa, Jiggy Dje, Darryl & Sjaak en Winne & Feis gestaan. Veel shows en battles hebben ervoor gezorgd dat al aardig wat mensen hem kennen. Met als hoogtepunt de punch out battle die ook te vinden is op 101barz en inmiddels 46.000 views heeft. Nu is Apnormaal hongerig dan ooit en werkt hij keihard aan zijn muziek om een platencontract te verdienen. (...)

– op 5 oktober 2010: “(...) Ik wil de laatste kans grijpen om een plek te verdienen in de POB-league. Ik had al meegedaan bij de try-outs onder de naam Apnormaal. Ik vind dat ik een plek verdien in de league en ik zal nog wel een keer laten zien waarom. (...)

– op 21 december 2010: “(...) Ik (Apnormaal) wil het graag opnemen tegen insayno bij het volgende event. (...)

– op 4 augustus 2012: “(...) Hier spreekt Apnormaal, ik ben zeker bereid om nog te battlen alleen wil ik er even tussen uit. (...)

2.3. Van de door [gedaagde] georganiseerde “Punch Out Battles” zijn video-opnames gemaakt. Acht video’s van “Punch Out Battles” waaraan [gedaagde] heeft deelgenomen zijn openbaar gemaakt en geüpload op YouTube.

2.4. Bij e-mailbericht van 21 november 2014 aan [gedaagde] heeft [eiser] verzocht de acht hiervoor bedoelde video’s van You-

Tube te verwijderen. In de e-mail is onder meer het volgende vermeld:

“(...) Door mijn voorbeeldfunctie en religieuze principes heb ik ervoor gekozen om al mijn materiaal van internet te verwijderen. Met ‘alle’ bedoel ik de muziek en video’s die ik er zelf op heb gezet. Helaas circuleren er nog vele video’s en nummer die door andere op youtube zijn gezet. Een aantal van die video’s zijn punchoutbattles. Ik zou deze battles, die geüpload zijn via het kanaal van zwarejongens, graag verwijderd zien worden. Ik doe daarin namelijk veel dingen waar ik nu niet meer achter sta, en die ik ook niet kan maken gezien mijn rol als (toekomstig) hulpverlener. Ook is het iets wat mijn geloof afkeurt, dus wil ik de ogen van andere ook tegen dat gevloek/gescheld beschermen. (...)

2.5. Bij e-mailbericht van 15 december 2015 heeft [gedaagde] medegedeeld vier van de acht video’s (de video’s met minder dan 100.000 views) te zullen verwijderen.

2.6. De volgende vier video’s staan nog online:

“Apnormaal vs. Il Duce”, geüpload op 20 april 2010;

“Lijpe Mocro vs. Apnormaal”, geüpload op 30 oktober 2011;

“Foo & Apnormaal vs. Veasum & Jason Bourne”, geüpload op 11 februari 2012;

“Apnormaal vs. Kaascouse”, geüpload op 15 juni 2012.

Deze vier video’s hebben op 9 juli 2016 gezamenlijk 1.332.161 views gegenereerd.

(...)

4 De beoordeling

4.1. In deze procedure moet – kort gezegd – de vraag worden beantwoord of er grond bestaat om [gedaagde] te veroordelen de vier hiervoor onder 2.6 bedoelde video’s van internet te verwijderen.

4.2. [eiser] heeft zijn vordering primair gebaseerd op het portretrecht als bedoeld in artikel 21 Aw.

(...)

4.7. Aldus wordt toegekomen aan het beroep van [eiser] op het portretrecht als bedoeld in artikel 21 Aw. Dat artikel verbiedt de auteursrechtelijke van een

zonder een daartoe strekkende opdracht vervaardigd portret, dat portret openbaar te maken voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich daartegen verzet. Voor een geslaagd beroep op artikel 21 Aw is dus nodig dat [eiser] een redelijk belang heeft zich tegen publicatie van de betreffende video's te verzetten. Volgens [eiser] is aan dat vereiste voldaan, omdat zijn privacy wordt geschonden. [eiser] heeft aangevoerd dat hij in de video's teksten naar buiten heeft gebracht waar hij, vanwege zijn opleiding en zijn geloof, nu niet meer achter staat. Als vast komt te staan dat [eiser] een redelijk belang heeft zich tegen publicatie te verzetten, moet vervolgens worden beoordeeld of dit belang wellicht moet wijken voor een daar tegenover staand belang van [gedaagde]. Volgens [gedaagde] is dat het geval. Hij heeft daartoe aangevoerd dat zijn belang erin is gelegen de door hem gemaakte kosten voor het produceren van de video's terug te verdienen.

4.8. De rechtbank stelt voorop dat indien een geportretteerde toestemming heeft gegeven voor het (maken en) publiceren van een portret (in dit geval: de video's), dan wel geacht moet worden daarmee impliciet te hebben ingestemd, hij geacht wordt afstand te hebben gedaan van het recht zich te verzetten tegen publicatie. In dat geval is toetsing aan de hiervoor onder 4.7. genoemde criteria dus niet aan de orde. Het geven van expliciete dan wel impliciete toestemming tot publicatie mag echter niet al te snel worden aangenomen. Daarvan is eerst dan sprake indien de geportretteerde zich in voldoende mate bewust is dan wel moet zijn geweest van hetgeen die (impliciete) toestemming betekende, althans de wederpartij, gelet op de gedragingen en de verklaringen van de geportretteerde, mede in aanmerking genomen de bijzondere omstandigheden van het concrete geval, in redelijkheid heeft mogen aannemen dat toestemming is gegeven zoals hiervoor is bedoeld.

4.9. In het onderhavige geval is niet in geschil dat [eiser] [gedaagde] heeft verzocht om deelname aan de "Punch Out Battles". Evenmin is in geschil dat [eiser] zich er bewust van was dat de evenementen werden vastgelegd op film. Dat [eiser] daartegen bezwaar heeft gemaakt, is niet

gesteld en evenmin gebleken. Integendeel, bij aanvang van de battles heeft hij zich tot de camera gericht om zich – evenals de andere deelnemers – in de camera voor te stellen. Dat [eiser] toestemming heeft gegeven voor het maken van de opnames, staat daarmee voldoende vast. Vervolgens moet echter worden beoordeeld of [eiser] ook toestemming heeft gegeven voor publicatie van de opnames. In dat kader heeft [eiser] ter comparitie verklaard dat hij na de eerste (try-out)battle wist dat de opnames op internet zouden kunnen worden geplaatst. [eiser] heeft daartegen vervolgens geen bezwaar gemaakt. In zijn e-mails van 26 augustus 2010, 5 oktober 2010 en 21 december 2010 (zie hiervoor onder 2.2) heeft hij verzocht om opnieuw deel te nemen aan de battles, waarbij hij in de e-mail van 26 augustus 2010 expliciet heeft verwezen naar de op internet gepubliceerde video van de eerdere battle (met op dat moment 46.000 views). Ter comparitie heeft [eiser] verder verklaard dat hij aanvankelijk deelnam aan de battles voor zijn eigen plezier en later ook om naamsbekendheid te verwerven. Dat [eiser] naamsbekendheid wilde verwerven volgt ook uit zijn e-mail van 26 augustus 2010 aan [gedaagde]. Dat het daarbij – vooral – ging om bekendheid bij het publiek dat aanwezig was bij de battles ligt, gelet ook op de verwijzing naar de gepubliceerde video in de e-mail van 26 augustus 2010, niet voor de hand. Naamsbekendheid kan immers met name worden verkregen door publicatie van de opnames. De rechtbank neemt in dit kader ten slotte in aanmerking dat [eiser] ter zitting heeft verklaard dat hij besepte dat de opnames een inkomstenbron waren voor [gedaagde] en dat dat een van de redenen was dat hij niet gelijk bezwaar heeft gemaakt tegen het feit dat de video's online werden gezet. Een en ander leidt tot de conclusie dat uit het gedrag van [gedaagde] moet worden afgeleid dat hij heeft ingestemd met publicatie van de video's. Dat betekent dat [eiser] geacht moet worden afstand te hebben gedaan van het recht zich te verzetten tegen publicatie op grond van artikel 21 Aw. Dat [eiser] inmiddels niet meer achter de teksten staat die hij destijds in de battles naar buiten heeft gebracht, kan daaraan niet afdoen. Zijn beroep op artikel 21 Aw kan dan ook niet slagen.

4.10. Conclusie van het voorgaande is dat de vordering van [eiser] niet kan worden toegewezen op de primaire grondslag.

4.11. Subsidiair heeft [eiser] zich op het standpunt gesteld dat sprake is van strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens, omdat hij geen ondubbelzinnige toestemming heeft verleend voor het verwerken van persoonsgegevens door [gedaagde], als bedoeld in artikel 8 onder a Wbp. Volgens [gedaagde] is wel sprake van ondubbelzinnige toestemming.

4.12. Dat de Wet bescherming persoonsgegevens in het onderhavige geval van toepassing is, is niet tussen partijen in geschil. Ook de rechtbank gaat daarvan uit, nu sprake is van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 1 sub a Wbp en de wet blijkens de Memorie van Toelichting (TK 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 70 e.v.) van toepassing is op beeldmateriaal dat is vastgelegd met (digitale) camerasystemen.

4.13. Aldus moet de vraag worden beoordeeld of [eiser] ondubbelzinnige toestemming aan [gedaagde] heeft verleend voor het verwerken van de opnames. Het verlenen van ondubbelzinnige toestemming betekent dat elke twijfel dient te zijn uitgesloten over de vraag of toestemming is gegeven en voor welke specifieke verwerkingen deze toestemming is gegeven. De toestemming hoeft blijkens de Memorie van Toelichting (TK 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 66 e.v.) niet schriftelijk te worden verleend, maar kan ook blijken uit het gedrag van de betrokkene. Naar het oordeel van de rechtbank is aan dit vereiste, gelet op hetgeen hiervoor onder 4.9 reeds is overwogen, voldaan. Het gedrag van [eiser] is zodanig geweest dat daaruit expliciet blijkt dat hij zijn toestemming heeft verleend en voor welke specifieke verwerkingen deze toestemming geldt (de verwerking van de opnames van de battles waaraan hij heeft deelgenomen). Het was voor [eiser] duidelijk dat zijn persoonsgegevens werden verwerkt en voor welk doel. De conclusie is dat ook de subsidiaire grondslag de vordering van [eiser] niet kan dragen.

4.14. De slotsom is dat de vordering van [eiser] zal worden afgewezen.

(...)

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde] tot op heden begroot op € 1.490,00,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.J. Heevel en in het openbaar uitgesproken op 6 september 2017.”

Noot

Deze zaak (die meer omvat dan alleen de portretrecht kwestie, het gaat ook over filmrecht) is aanleiding om even na te denken over de verschillende regimes voor het gebruik van een portret sinds de introductie van een wettelijke bescherming van persoonsgegevens. Zowel het auteursrechtelijk regime van artikel 21 Aw als dat van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is van toepassing. In dit geval maakt het volgens de rechter niet uit welk regime wordt toegepast, in beide gevallen kan de geportretteerde zich niet verzetten tegen openbaarmaking van zijn portret, ook al heeft hij daar persoonlijk goede, in dit geval religieuze, redenen voor. De zaak deed me even denken aan een van de klassieke mondelinge tentamenvragen die Bernt Hugenholz en ik lang geleden altijd met veel plezier stelden. ‘Kijk’, zeiden we dan, en toonden een ansichtkaart met de foto van een blondine in minieme bikini, ‘zij is non geworden en wil niet langer zo uitgebeeld. Wat zijn haar kansen?’ Bescherming van persoonsgegevens was in de tijd eigenlijk niet aan de orde, de student die daar wel op kwam ging ongetwijfeld met een 8 weg. Nu valt er niet meer te ontkomen aan een beroep van de geportretteerde op de bescherming van zijn portret als een persoonsgegeven en dat wordt alleen maar klemmender wanneer volgend jaar mei de ten opzichte van de huidige wet enigszins aangescherpte en van gigantische sancties voorziene Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) in werking treedt. Het is daarom goed even te kijken wat de



© N. van Lingen

verschillen zijn tussen die twee regimes en wat de eventuele risico's zijn voor de gebruiker van een portret bij een beroep door de geportretteerde op de bescherming van het portret als een persoonsgegeven. Ik ben daarin niet volledig in deze noot, maar stip het probleem slechts even aan. De gebruiker van het portret heet in de termen van de AVG de verwerkingsverantwoordelijke.

De geportretteerde kan zich in het auteursrechtelijk regime tegen publicatie van zijn portret verzetten wanneer hij een redelijk (commercieel of zedelijk) belang heeft. Hij of zij kan ook afstand doen van dat verzetsrecht door (ook impliciet) toestemming voor publicatie te geven. Van toestemming is volgens deze uitspraak 'eerst dan sprake indien geportretteerde zich in voldoende mate bewust is dan wel moet zijn geweest van hetgeen die (impliciete) toestemming betekende, althans de wederpartij, gelet op de gedragingen en de verklaringen van de geportretteerde, mede in aanmerking genomen de bijzondere omstandigheden van het concrete geval, in redelijkheid heeft mogen aannemen dat toestemming is gegeven zoals hiervoor is bedoeld'. Dezelfde combinatie van belan-

genafweging en toestemming als grond voor publicatie zien we bij artikel 8 van de Wbp en artikel 6 van de AVG, zij het dat het begrip toestemming daar scherper is omschreven en bij de belangenafweging de noodzaak van de verwerking van persoonsgegevens op de voorgrond staat. Ik richt mij op de Verordening omdat die al snel in werking treedt (volgend jaar mei) en het er verdacht veel op lijkt dat pas met de Verordening de al bestaande regelgeving serieus gaat worden genomen vanwege de ommekeer sancties die de Verordening introduceert.

De vraag die zich hier voordoet, is of het begrip toestemming dan wel de belangenafweging die artikel 8 Wbp bieden, ook kunnen worden gebruikt om de verwerking van persoonsgegevens in een geval als dit te rechtvaardigen. Volgens deze uitspraak kan dat. Doorslaggevend is de invulling van het begrip ondubbelzinnige toestemming in de zin van artikel 8 van de Wbp. De toestemming hoeft niet schriftelijk te worden verleend en zij kan ook blijken uit het gedrag van betrokkenen. Het was, aldus de rechter, voor eiser duidelijk dat zijn persoonsgegevens werden verwerkt en voor welk doel en daarmee is de verwerking van

zijn persoonsgegevens gerechtvaardigd onder het regime van artikel 8a Wbp. Het toestemmingsregime onder de Verordening is wat minder soepel. De toestemming moet vrij zijn, specifiek, geïnformeerd en door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling plaatsvinden, de verwerkingsverantwoordelijke moet bewijs daarvan kunnen overleggen en de toestemming moet gemakkelijk te allen tijde weer kunnen worden ingetrokken, zij het dat die intrekking geen terugwerkende kracht heeft. Ingevolge artikel 7 lid 3 van de AGV laat namelijk het intrekken van de toestemming de rechtmatigheid van de verwerking op basis van de toestemming vóór de intrekking daarvan, onverlet. De vraag is echter wat er na het intrekken van de toestemming in dit soort gevallen zou moeten gebeuren. Het zal wel duidelijk zijn: zo gemakkelijk komt men er niet meer van af bij het openbaar maken van een portret op basis van een veronderstelde toestemming.

In het auteursrechtelijk regime kan bij het ontbreken van toestemming het belang van de geportretteerde worden afgewogen tegen het belang van de gebruiker van het portret. In deze zaak overweegt de rechter dat het dan mag gaan om een afweging tussen het zedelijke privacybelang van de geportretteerde en het commerciële belang van gedaagde dat erin is gelegen de door hem gemaakte kosten voor het produceren van de video's terug te verdienen. In de context van de bescherming van persoonsgegevens, had gedaagde in dit geval een beroep kunnen doen op artikel 8f van de Wbp. Artikel 8 bevat een limitatief aantal gronden waarop persoonsgegevens mogen worden verwerkt. Naast toestemming kan ook een beroep worden gedaan op een belangenafweging in de zin van artikel 8f Wbp. Dat artikellid maakt het mogelijk gegevens te verwerken wanneer dat 'noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert'. Volgens de toelichting kan onder gerechtvaardigd belang ook een bedrijfsbelang worden verstaan, zij het dat degene die zich daarop beroept, moet aantonen dat het absoluut noodzakelijk is voor

de behartiging van dat belang om, zoals hier, het portret van betrokkene te publiceren en er ook geen enkele andere manier gevonden kan worden om het bedrijfsbelang van de verantwoordelijke te dienen.

Ik heb het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens wel eens het prinsesje onder de grondrechten genoemd vanwege de prioriteit die het Hof van Justitie EU geneigd is aan dat grondrecht boven andere grondrechten te verlenen (*Privacy & Informatie* 2015/6, nr. 183, p. 215). Het Hof komt tot zo'n afweging door middel van een gestrengere toepassing van de proportionaliteitstoets op beperkingen op het recht van de bescherming van persoonsgegevens. Het gaat dan om de vraag of het absoluut noodzakelijk is, gelet op het doel van het gebruik van het portret om dat te publiceren. Een dergelijke toets dwingt de verwerkingsverantwoordelijke tot een tamelijk heftige afweging. Louter commerciële belangen hoeven dan geen gelijk gewicht in de schaal te leggen als zedelijke belangen. Zelfs het belang van de openbaarheid van landbouwsubsidies heeft het in de zaak *Schecke & Eifert/Land Hessen* (HvJ EU 9 november 2010, C-92/09 en 93/09) moeten afleggen tegen de bescherming van persoonsgegevens, omdat de publicatie van die gegevens in een aantal gevallen niet noodzakelijk was gelet op het doel van het systeem en voor hetzelfde geld minder volledig had behoeven te zijn. Die rechtspraak geldt ook onder de Verordening en de tekst waar het hier om gaat, artikel 6 onder f van de AGV, verschilt niet van de tekst van de Wbp en van de Richtlijn die door het Hof in de eerder genoemde zaak werd toegepast. Ook hier zal wel duidelijk zijn, dat deze toets gemakkelijk tot andere resultaten kan leiden dan de auteursrechtelijke toets.

Het regime van de Verordening kent nog andere verschillen. Naast acties door betrokkene, is er een bestuursrechtelijke Autoriteit persoonsgegevens die over vergaande sancties beschikt. Het gaat niet alleen om openbaarmaking, ook niet-openbare verwerking van persoonsgegevens valt onder het regime. De gebruiker van een portret heeft in dat regime specifieke plichten en de betrokkene specifieke rechten die niet gemakkelijk in te passen zijn in het auteursrechtelijk niet-commerciële

portretrecht, zoals een kennisgevingsplicht inzake rectificatie of wissing van persoonsgegevens of verwerkingsbeperking, een recht op overdraagbaarheid van gegevens, een recht op beperking van de verwerking, een recht op gegevenswissing (het recht op vergetelheid) en allerlei informatierechten. Kortom: ik ben benieuwd hoe dit betrekkelijk nieuwe instrument voor de bescherming van het niet-commerciële portretrecht nog zal uitpakken na mei 2018.

JK

**Hof Amsterdam 6 juni 2017,
ECLI:NL:GHAMS:2017:2132
(gepubliceerd op
18 september 2017)
(The Alphabet Game)**

Hoger beroep inzake Vzr. Rb. Amsterdam 26 augustus 2016. Dat eiseres rechthebbende is ten aanzien van het finalespel van 'The Alphabet Game' is meer aannemelijk dan dat gedaagde dat is. Niettemin is dat onvoldoende reden om de vorderingen van eiseres hangende de bodemprocedure toe te wijzen. De in eerste aanleg toegewezen vordering van gedaagde wordt alsnog afgewezen.

"3.1. (i) In 1995/1996 hebben [A.], [B.] en [C.] een televisiespelshow getiteld *The Alphabet Game* ontwikkeld. Het format is kort gezegd een quiz waarin de te geven antwoorden zijn gebaseerd op de letters van het alfabet.

(ii) Sinds 1996 treedt (de rechtsvoorganger van) ITV met betrekking tot het format op als exclusief agent van [A.], [B.] en [C.]. ITV is onderdeel van een internationale organisatie die zich onder meer toelegt op het ontwikkelen en (wereldwijd) licentiëren van televisieprogramma's (formats). De uiteindelijke moeder van ITV is het aan de Londense beurs genoteerde ITV Plc.

(iii) In januari 1999 verleenden [A.], [B.] en [C.] aan de Italiaanse televisieproducent Einstein Multimedia S.R.L. (hierna: Einstein) een licentie voor de exploitatie van het format. Einstein produceerde het format voor de Italiaanse markt onder de naam *Passaparola*. Einstein is op meerdere punten van het format afgeweken. Zij heeft een