



Annotatie bij het Breekijzer-arrest (Storms Factory/Niessen), Hoge Raad 2 mei 2003
Verschenen in *NJ* 2004, 80.

E.J. Dommering

Inleiding

1. In deze zaak gaat het om drie verboden die in drie onderling samenhangende kort gedingen tegen Storms zijn uitgesproken. Het gaat om beperkingen die aan de verrichtingen van Storms als maker van het televisieprogramma *Breekijzer* zijn opgelegd, waardoor hij ten aanzien van Niessen en IPA in de toekomst niet dezelfde 'overvalsjournalistiek' kan bedrijven als die in deze zaken over het verleden tegenover deze partijen onrechtmatig is geacht. Onder 'overvalsjournalistiek' ware hier te verstaan: het zonder toestemming van het object van nieuwsgaring of onderzoek, soms met geweld, zich de toegang verschaffen tot de kantoren van de betrokkene om deze of een onwillige woordvoerder onder een lopende camera vragen te stellen waarom deze nog altijd niets heeft gedaan aan het slachtoffer van bureaucratie, gebrek aan aandacht en zorg, dat Storms in het gegeven geval vertegenwoordigt. De titel van het programma zegt het al: 'Breekijzer'. Pieter Storms (zich voorstellende: 'Sturms') is de zelf benoemde Robin Hood van dit programma. Het leverde over het algemeen televisieprogramma's op die bestonden uit een aaneenschakeling van schermutselingen bij balies van bedrijven met portiers, veiligheidsbeambten en persvoorlichters, gevolgd door intimiderende confrontaties in de lopende camera tussen een directie en Storms, vergezeld van het door het onrecht platgewalste individu. Veel close ups ook van een opgewonden en nog van de schermutseling nahijgende Robin Hood zelf, als hij op de achterbank van het busje waarin hij zich verplaatste zijn verdere plan van aanval ontvouwt of verder stormt naar een volgend *target*.

2. In dit geval ging het om een verzekeraar en hulpverleningsorganisatie IPA (directeur Niessen, mede partij in deze procedure) die de repatriëring van zieke reizigers die een reisverzekering hadden afgesloten, moest regelen. De familie Thijssen had een dergelijke reisverzekering. Pa Thijssen moest tijdens zijn vakantie in Cannes, waar hij op 8 juni 2000 een ernstig hartinfarct had gekregen en was opgenomen in een ziekenhuis, naar Nederland worden overgebracht. Op het moment dat die repatriëring verantwoord was (na drie weken) was er in de ziekenhuizen rond de woonplaats van Thijssen geen bed vrij. Thijssen wordt daarom met toestemming van de verzekeraar overgebracht naar een ziekenhuis in Antwerpen. Zijn toestand verslechterde door het transport naar Antwerpen. Op 21 augustus is zijn toestand zodanig verbeterd dat hij van daar uit naar Nederland kan worden overgebracht. De Belgische arts geeft echter de indicatie 'verpleeghuis' af, en die kon IPA niet meer bemiddelen omdat ziekenhuizen in Nederland geen patiënten opnemen met die indicatie. Impasse. Mevrouw Thijssen meent deze te kunnen doorbreken door zich reeds op 24 augustus tot Storms te wenden. Deze trekt op 28 augustus met een cameraploeg ten strijde tegen IPA, hetgeen leidt tot de bekende schermutselingen en onverhoedse confrontatie met de directie, die uitstel vraagt om de zaak te bestuderen. In een telefonisch contact op 29 augustus tussen IPA en Storms, legt Niessen uit dat de plaatsing in een verpleeghuis niet de verantwoordelijkheid is van IPA, maar van de ziektekostenassuradeur, en dat hij aan een uitzending wil meewerken mits hij het standpunt van IPA kan toelichten. 31 augustus vindt een tweede opname plaats, waarin Niessen tracht aan het woord te komen, maar vooral

voor de camera wordt 'afgedroogd' door Storms (zie rechtsoverweging 5.1 onder k van het Hof). De opnamen van 28 en 31 augustus zijn onderwerp van het eerste kort geding dat eindigt met een verbod om het materiaal van die opnamen te gebruiken en een verbod de negatieve kwalificaties gedaan tijdens het interview met Niessen op 31 augustus te herhalen. Naar aanleiding van dit vonnis van 18 september rukt Storms op 21 september opnieuw uit met een cameraploeg om nieuwe opnamen in het kantoor van IPA te maken met het voorspelbare gevolg van schermutselingen in de hal. Hierover beginnen IPA en Niessen een nieuw kort geding waarin een verbod wordt gevraagd om de kantoorruimten van IPA te betreden en het materiaal van de opname van 21 september te gebruiken. Die vorderingen worden in het tweede kort geding vonnis van 13 oktober toegewezen. Voorafgaand aan de zitting van 11 oktober van dit tweede kort geding had Storms echter nieuwe opnamen gemaakt in het Paleis van Justitie waar hij met een cameraploeg was verschenen. In het derde kort geding vonnis van 16 oktober wordt hem ook verboden die opnamen te gebruiken.

3. Ik geef de feiten hier nog eens in verkorte vorm weer, omdat ze onontbeerlijk zijn voor een goed begrip van de beslissingen van Hof en HR waarin de drie verboden overeind worden gehouden. Die beslissingen zijn weliswaar ten principale van belang voor de betekenis van het rechterlijk verbod in mediazaken, maar zij zijn gegeven binnen deze feitelijke context. Het recht is nu eenmaal niet abstract. Ik wijs op rechtsoverweging 4.3.1 van het arrest van de HR. Daarbij is ook niet zonder belang dat de HR als onbestreden uitgangspunt in cassatie neemt dat de gevolgde werkwijze van het programma *Breekijzer* “niet gericht is op het signaleren van misstanden of het voorlichten of waarschuwen van consumenten, maar beoogt enkel de aantrekkelijkheid van het programma te verhogen.” De afweging van belangen die de HR in mediazaken hanteert: afweging van het zwaarwegende belang van de pers tegen het zwaarwegende privacybelang (HR 24 juni 1983 *NJ* 1984, 801-803), is hier dus niet of in mindere mate aan de orde. De privacy en reputatie van IBA en Niessen wegen in de beslissing zwaar.

4. De beslissing stelt niettemin de volgende principiële vragen aan de orde:

- Wat is de betekenis van artikel 7 lid 1 en 2 Gw voor het rechterlijke verbod?
- Laat artikel 10 EVRM een uitzendverbod toe, en zo ja, kan een vordering op grond van artikel 6:162 BW gelden als een beperking 'bij wet voorzien' en is een verbod (ook voor de toekomst) in de gegeven omstandigheden noodzakelijk in een democratische samenleving?
- Kan een verbod om beeldmateriaal te gebruiken ook gegeven worden als niet al het beeldmateriaal aan de rechter is getoond?
- Wat is de betekenis van artikel 21 Aw (portretrecht) in de gegeven situatie

De betekenis van artikel 7 lid 1 en 2 Gw voor het rechterlijke verbod in mediazaken

5. De verhouding tussen art. 7 Gw lid 1 en het rechterlijk verbod in vrijheid van meningsuitingzaken is door H. Drion aan de orde gesteld in zijn artikel 'Het rechterlijk verbod', in: de Beekhuisbundel *Op de grenzen van het komende recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969, p. 91-109 (zie ook zijn bespreking van de preadviezen van A.G. Maris en J.M. Polak over de horizontale werking van grondrechten in *NJB* 1969, i.h.b. p. 586 e.v). Deze heeft er op gewezen dat het rechterlijk verbod op twee manieren werkt als het gaat om de vrijheid van meningsuiting: *horizontaal* (direct of indirect) in de verhouding tussen de beschadigde partij die het verbod vraagt en de schade toebrengende partij die het krijgt opgelegd, en, *verticaal*, in de rol van de overheid die door middel van de rechterlijke macht en de zwaarmacht van de executie van het vonnis ingrijpt in de vrijheid van de burger tegen wie het verbod wordt uitgesproken. De zinsnede in artikel 7 lid 1 Gw dat de vrijheid begrensd wordt 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' vat de doctrine, in navolging van Drion, op als een voldoende basis voor een rechterlijk verbod, ook

als het preventief werkt wanneer het herhaling van onrechtmatig geachte uitlatingen in de toekomst verbiedt (A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns *Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk I van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, 3e druk, p. 111-112; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2000, 4e druk, p. 417, J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, 3e druk, p. 99). Het ging in deze zaak om het verbieden van een omroepuitzending. Dit was voor de eisers de reden om aan te voeren dat artikel 7 lid 2 *Gw* dat over omroep handelt van toepassing was. Daarin ontbreekt de bewuste zinsnede over de verantwoordelijkheid volgens de wet. De HR verwerpt dit tamelijk gekunstelde argument in 4.3.2. Want waarom zou de rechter bij onrechtmatige omroepuitzendingen in eens met lege handen staan? De HR zoekt, in navolging van de AG, zie onder 2.4 van diens conclusie, de grondslag voor dit argument mede in artikel 3:296 BW en de effectiviteit van de rechtsbescherming. Artikel 3:296 BW verschaft immers de wettelijke basis voor een rechterlijk ingrijpen om bij vonnis te verplichten tot een nalaten. Dezelfde argumentatie keert later in het arrest terug als de HR artikel 10 EVRM bespreekt. Het feit dat de HR de wettelijke grondslag voor het verbod zoekt in de onrechtmatige daad en artikel 3:296 BW en daarbij tevens overweegt dat het verbieden van een onrechtmatige uiting niet in strijd komt met het in lid 2 van artikel 7 Gw herhaalde censuurverbod, betekent mijns inziens dat de discussie over de civielrechtelijke betekenis van 'behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet' is verwezen naar het historische rariteitenkabinet (anders klaarblijkelijk G.A.I. Schuijt in zijn noot in *Mediaforum* 2003-6, p. 214-215). De zelfstandige betekenis van artikel 7 Gw in geschillen over onrechtmatige uitlatingen, is daarmee verder gereduceerd (al blijft staan het belangrijke absolute censuurverbod, waarin artikel 7 Gw zich onderscheidt van artikel 10 EVRM: zie de zaak Ekin, EHRM 17 juli 2001, NJ 2002, 444, overweging 56 laatste alinea, m.nt. EJD; ik kom op dit punt onder 8 terug). De eis van de effectieve rechtsbescherming vloeit overigens niet rechtstreeks voort uit artikel 10 EVRM, maar uit de verbinding van de in dat artikel voorziene beperking van de vrijheid, en het recht op effectieve toegang tot de rechter voorzien in de artikelen 6 en 13 EVRM.

Artikel 10 EVRM en het uitzendverbod

6. Het middel had ten principale aan de orde gesteld dat artikel 10 EVRM geen uitzendverbod zou toestaan. Dat was mijns inziens in het licht van de jurisprudentie van het EHRM een onhoudbare stelling. Wel vergt een rechterlijk verbod een nauwkeurige afweging van de belangen door de rechter en zal in dat kader ook een nauwkeurig onderzoek naar de proportionaliteit van het opgelegde verbod moeten plaatsvinden (zie de reeds geciteerde zaak Ekin, en de uitspraak van de HR zelf in de zaak Parool/van Gasteren, HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD, m.n. punten 3 en 4). De HR voert dit onderzoek aan de hand van door het Hof vastgestelde feiten uit in de overwegingen 4.3.4-4.3.7. Hier keert zich bovendien tegen Storms dat in cassatie als uitgangspunt diende dat het programma slechts amusements- en commerciële belangen diende. Die weinig ideële doelstelling wordt bovendien afgezet tegen de journalistiek onzorgvuldige methode (de eerste 4.3.4 overweging slot). De HR neemt ten aanzien van die methode geen blad voor de mond "zo zeer afwijkt van een zorgvuldige en maatschappelijk aanvaardbare journalistiek dat niet behoeft te worden betwijfeld, enz". Of de journalist zijn beroep behoorlijk uitoefent, is door het EHRM als afwegingsfactor aanvaard (zie de zaken Schwabe par. 34, NJ 1994, 103, m.nt. EJD, Goodwin, par. 39, NJ 1996, 557, m.nt. EJD en Fressoz, par. 54 NJ 1999, 713, m.nt. EJD).

7. Dat de zorgvuldigheidsnorm zoals die in de onrechtmatige daadsjurisprudentie over de pers is ontwikkeld, wordt aangemerkt als een beperking 'prescribed by law', komt ook niet als een verrassing. Ik wijs naar de beschouwingen van de AG onder 2.8.

Een verbod voor de toekomst, ook voor niet getoond beeldmateriaal en herhaling van onrechtmatige uitlatingen

8. De verboden zijn uitgesproken zonder dat afgemonteerde uitzendingen aan de rechter zijn

getoond, maar op grond van wat in de processtukken heet 'ruw beeldmateriaal'. Met name op dit punt doet zich het spanningsveld tussen het censuurverbod van artikel Gw 7 en rechterlijk ingrijpen (de verticale werking van Drion) hier onverminderd voelen. Een gedaagd pers- of omroepmedium kan op grond van dat censuurverbod zich op het standpunt stellen dat het niet verplicht is vooraf de publicatie aan de rechter voor te leggen. Meestal zal er echter wel iets van de voorgenomen publicatie bekend zijn. Dat kan zijn door toegezonden concepten, getuigeverklaringen van opnamen, enz. In dit geval was kennelijk een deel van de opnamen bekend. Klaarblijkelijk wilde Storms daarmee, tegen de verklaringen van Niessen in, aantonen dat uitzending gerechtvaardigd was. De HR stelt hier impliciet vast dat het censuurverbod de rechter niet verhindert om ook op andere wijze zich op de hoogte te stellen of de voorgenomen publicatie onrechtmatig is. Bij een programma als Breekijzer is dat ook niet zo moeilijk: *Once you have seen one, you have seen them all*. Ik wijs bovendien op de voorschriften neergelegd in de Derde Afdeling van het Eerste Boek van Rv, in het bijzonder de artikelen 21 en 22. De rechter kan overlegging van bewijsmateriaal gelasten. Een partij kan dat weigeren als hij daarvoor gewichtige redenen heeft, maar de rechter kan aan zo'n weigering weer gevolgtrekkingen verbinden. Een beroep op het censuurverbod van artikel 7 Gw zal zonder nadere redengeving niet kunnen volstaan, maar wel opgaan als er inderdaad klemmende belangen van persvrijheid in het geding zijn (bijvoorbeeld als iemand met alle middelen een hem onwelgevallige publicatie probeert te blokkeren). In de praktijk zal het vaak ergens in het midden liggen, en dan is de regel dat de rechter ook op andere wijze zich van de onrechtmatigheid van een voorgenomen publicatie op de hoogte kan stellen, een praktische.

9. Het door de HR in 4.5 gesanctioneerde verbod onrechtmatig geachte uitlatingen te herhalen vloeit uit de beslissingen over de gerechtvaardigde verboden van de uitzendingen voort.

De reikwijdte van het portretrecht van artikel 21 Aw

10. Over het portretrecht bevat het arrest drie beslissingen. Niet verrassend is dat de HR oordeelt dat het portretrecht ook ziet op film- of televisie-opnamen van personen (overweging 4.6.2). Bij een opname hoort ook geluid, zodat de menselijke stem 'mee' wordt genomen in de afbeelding. (4.6.2, tweede alinea) In cassatie had Storms zich namelijk beroepen op het arrest van HR 16 oktober 1987 NJ 1988, 850, m.nt. EAA waarin de HR de stem *sec* buiten het portretrecht plaatste. De HR zegt niet expliciet dat de sprekende persoon in een opname integraal onder 21 Aw valt, maar dat het oordeel dat de opname onrechtmatig was, zag op beeld en geluid. De derde beslissing heeft betrekking op de vraag of een 'afgeblokt' portret een portret in de zin van artikel 21 Aw kan zijn. De HR had in het *Naturiste* arrest (HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277) waarin het een 'typerende lichaamshouding' onder het portretbegrip bracht, al afstand genomen van het 'letterlijke' portretrecht dat het in de *Ja Zuster, Nee Zuster* zaak (HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220, m.nt. GJS) nog aanhing. Hij gaat nu nog verder door een onherkenbaar portret daar ook onder te begrijpen (in gelijke zin P.B. Hugenholtz in zijn noot onder dit arrest in *AMI Informatierecht* 2003-5, p. 177).

11. Mijns inziens is het portretrecht als grondslag voor een actie uit privacyschending niet meer los te zien van daaraan inherente privacyschendingen, die strikt genomen niet met portretrecht hebben te maken. De koppeling aan 8 EVRM zette in met het *Vondelpark* arrest (HR 1 juli 1988, NJ 1988, 277, m. nt. LWH) en werd verder uitgewerkt in het *Ferdi E* arrest (HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473, m. nt. LWH). Ik verwijs naar J.H. Spoor & D.W.F. Verkade. *Auteursrecht*, nr. 190. De *context* die toe de persoon heleidbare gegevens bevat (lichaamshouding, kleding, stem, omgeving, enz) waarin de persoon wordt afgebeeld kan maken dat hij daardoor herkenbaar wordt als *portret*: persoonsgeven en portret gaan hand in hand.

12. De HR wijdt een extra overweging aan het 'afblokken'. 'Afblokken' van een persoon die door

andere factoren herkenbaar is kan een persoon *criminaliseren*. Het kan het dus erger maken. Daarmee is ook de praktijk van de Nederlandse pers om verdachten met initialen aan te duiden en met afgeblokte portretten te laten zien, sterk gerelativeerd. Ondanks dat kan er een privacy-schending zijn.

EJD