

Noot bij Hoge Raad 2 mei 2003 (Breekijzer)

P.B. Hugenholtz

[gepubliceerd in *AMI* 2003-5, p. 175-178]

Hoge Raad 2 mei 2003

(Mrs. Neleman, Aaftink, Pos, De Savornin Lohman en Bakels)

Of er sprake is van een portret in de zin van art. 21 Aw. hangt niet af van de technische wijze van vervaardiging van een portret. Ook een televisieopname kan dus een portret opleveren. Ondanks het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon ('afbalken') kan toch sprake zijn van een portret indien uit hetgeen de afbeelding overigens toont de identiteit van die persoon kan blijken.

[art. 21 Auteurswet]

Arrest in de zaak van:

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

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

t e g e n

1. F.M. Niessen,
2. de vennootschap naar Belgisch recht Inter Partner Assistance SA, gevestigd te Brussel, België

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

[...]

4.2 Bij de beoordeling van de tegen het arrest van het Hof gerichte klachten moet het volgende worden vooropgesteld. De werkwijze van Storms [...] komt naar de vaststellingen van het Hof hierop neer dat Storms voor het maken van televisieopnamen 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 jegens IPA en Niessen onrechtmatig zou handelen door de gewraakte opnamen te doen uitzenden. Ook dit oordeel is in cassatie niet bestreden.

[...]

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 behoeft 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.

Conclusie Advocaat-Generaal Mr. L. Keus

[...]

Middel IV

2.29 Met het vierde middel klagen eisers dat het hof heeft aangenomen dat uitzending van de op 11 oktober 2000 gemaakte opnamen een schending van art. 21 Auteurswet zou opleveren. Zij betogen in onderdeel 1 dat art. 21 Auteurswet op film- en/of televisieopnamen geen betrekking heeft, althans dat het verbod zich niet tot de van die opnamen deel uitmakende geluidsopnamen kan uitstrekken. In onderdeel 2 betogen zij voorts dat uitzending op basis van art. 21 Auteurswet niet kan worden verboden, indien het gelaat van de betrokkene wordt afgeblokt dan wel volledig onherkenbaar wordt gemaakt.

2.30 Ik stel voorop dat eisers met hun grieven tegen het derde kort-gedingvonnis niet aan de orde hebben gesteld of de opnamen waarop het in die zaak uitgesproken uitzendverbod betrekking heeft, naar hun aard (film- en/of televisieopnamen en/of de daarvan deel uitmakende geluidsopnamen), dan wel door de wijze waarop bij de uitzending daarvan Niessen zal worden afgebeeld (al dan niet met afgeblokt gelaat), zich aan de toepasselijkheid van art. 21 Auteurswet onttrekken en of de getroffen voorziening om die reden niet te ruim is geformuleerd. Kennelijk heeft ook het hof de grieven van eisers niet anders opgevat en is ook het hof uitgegaan van het (door de grieven niet bestreden) oordeel van de president, dat uitzending van de litigieuze opnamen noodzakelijkerwijze een binnen het bereik van art. 21 Auteurswet vallende openbaarmaking van een "portret" van Niessen zou impliceren. Eisers hebben in cassatie noch over de uitleg van hun grieven, noch over het passeren van mogelijk eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerde "nieuwe" grieven geklaagd. Bij die stand van zaken kunnen eisers niet in cassatie aan de orde stellen, of film- en/of televisieopnamen en/of de daarvan deel uitmakende geluidsopnamen buiten het bereik van art. 21 Auteurswet vallen en of de van die opnamen deel uitmakende (en op een bepaalde wijze te manipuleren) afbeelding van Niessen al dan niet als "portret" in de zin van art. 21 Auteurswet dient te worden aangemerkt. Al om die reden kan het middel niet tot cassatie leiden.

2.31 Overigens acht ik de primaire klacht van het eerste onderdeel ongegrond. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat art. 21 Auteurswet niet mede op film- of televisieopnamen van toepassing zou kunnen zijn. Reeds volgens de (ook in de schriftelijke toelichting van mr.

Van Nispen onder 30 aangehaalde) memorie van toelichting van 1912¹⁷ is onder een portret te verstaan "een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is" (onderstreeping toegevoegd; LK). Ook de tekst van art. 21 geeft, evenmin als die van art. 19, aanleiding om te veronderstellen dat de wijze van vervaardiging van het betrokken portret van belang zou zijn. In het onderscheid dat art. 10 tussen fotografische werken en filmwerken maakt en in de bijzondere bepalingen betreffende filmwerken van hoofdstuk V van de Auteurswet, is een dergelijke aanleiding evenmin gelegen. In verband met het beroep op de bijzondere bepalingen betreffende filmwerken van hoofdstuk V van de Auteurswet wijs ik erop dat art. 21 Auteurswet onderdeel vormt van hoofdstuk I van die wet, dat als opschrift "Algemene bepalingen" draagt en dat systematisch ook op filmwerken van toepassing is. Ook in de literatuur wordt algemeen aangenomen dat gefilmde en/of op televisie getoonde portretten niet van de bescherming van art. 21 Auteurswet zijn uitgesloten.¹⁸

2.32 Ook de subsidiaire klacht van het eerste onderdeel kan naar mijn mening niet tot cassatie leiden. De opnamen waarop Niessen zonder meer herkenbaar voorkomt (rov. 8.3, tweede volzin), waren bedoeld om op televisie (met beeld en geluid) te worden uitgezonden (rov. 8.3, eerste volzin). In dat licht was er voor het hof geen enkele aanleiding om de door de president getroffen voorziening te corrigeren door alsnog tussen de beeld- en de geluidscomponent van de opnamen te onderscheiden, ook niet als met eisers moet worden aangenomen dat een (geluids)opname van de stem op zichzelf buiten het bereik van art. 21 Auteurswet valt.

2.33 Het tweede onderdeel klaagt dat het hof is voorbijgegaan aan de stelling van eisers dat de openbaarmaking van film-, c.q. televisieopnamen niet op grond van art. 21 Auteurswet kan worden verboden, indien het gelaat van de betrokkene wordt "afgeblokt" / in het beeld het gezicht volledig onherkenbaar wordt gemaakt.

De betrokken stelling van eisers (waarvoor het onderdeel naar p. 8 van de door mr. J.C.J. Wouters in hoger beroep gehanteerde pleitnota verwijst) ziet kennelijk op een zodanige manipulatie van de afbeelding van het gelaat van Niessen, dat niet langer van diens portret kan worden gesproken (vgl. p. 7 van die pleitnota, waar mr. Wouters van het "ongedaan maken van een portret" spreekt). Zou in hoger beroep ter discussie hebben gestaan of van een "portret" van Niessen sprake is (en, zoals hiervoor al aan de orde kwam, meen ik dat de grieven van eisers dat aspect niet aan de orde stelden), dan was de betrokken stelling inderdaad essentieel. Het hof had dan op de betrokken stelling moeten responderen, waaraan niet afdoet dat rechtspraak en literatuur geen volstrekte zekerheid bieden over de vraag of en in hoeverre juist de (afgebeelde) gelaatstrekken aan de herkenbaarheid van de afgebeelde persoon moeten bijdragen.¹⁹ Het hof heeft niet op de bedoelde stelling gerepondeerd. Wel heeft het in rov. 19 overwogen dat, ook bij afblokken van het gezicht van Niessen, "de kans

¹⁷ Zie J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, 2e druk (1993), p. 264.

¹⁸ Zie J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, a.w., p. 264: "Voor de vraag of er van een afbeelding sprake is, is ook de techniek niet relevant: zowel met potlood, pen of penseel, als met klei of brons, dan wel met foto- of filmcamera kan men portretteren." Zie ook S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988), p. 274, die de bepaling ook op weergave door televisie, zonder enige vastlegging, toepasselijk acht.

¹⁹ Uit HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220, m.nt. GJS, kan worden afgeleid dat, als het afgebeelde gelaat geen overeenstemming vertoont met de gelaatstrekken van een persoon, niet van diens portret kan worden gesproken. S. Gerbrandy, a.w., p. 269, neemt (niettemin) het standpunt in dat van een portret reeds dan sprake is, als een afbeelding van een persoon die persoon, hetzij door de gelijkenis als zodanig, hetzij door onder- of bijschrift, herkenbaar maakt. Uit HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, m.nt. LWH, kan mijns inziens worden afgeleid dat, vooraleer van een portret sprake is, weliswaar gelaatstrekken moeten zijn afgebeeld, maar dat niet noodzakelijk is dat uitsluitend de afgebeelde gelaatstrekken tot herkenning moeten leiden en dat daarbij ook een typerende lichaamshouding een rol mag spelen.

bestaat dat hij (bij voorbeeld doordat zijn naam of functie wordt gebruikt of ook zonder dien) voor derden herkenbaar blijft". Rov. 19 heeft echter geen betrekking op het derde kort geding dat als enige de door Niessen ingeroepen portretbescherming betreft. Evenmin laat rov. 19 zich uit over de betekenis van de door het hof bedoelde (kans van) herkenbaarheid voor de kwalificatie van de opnamen van Niessen, al dan niet als diens "portret".

2.34 Naar ik echter meen zou de klacht van het tweede onderdeel, ook als het onderwerp daarvan zou vallen binnen de door de grieven van eisers bepaalde grenzen van het debat in hoger beroep, niet tot cassatie kunnen leiden.

2.35 In de literatuur wordt terecht gewezen op de bescherming die de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW aan de "net-niet-geportretteerde" kan bieden. Spoor en Verkade merken naar aanleiding van het debat over de omvang van het portretbegrip (en in het bijzonder over de vraag of het gelaat dan wel de herkenbaarheid beslissend is) op:²⁰

"Al te zwaar kunnen wij aan de beperkte uitleg van de HR niet tillen. Immers, of men het portret-begrip nu ruimer of enger neemt, er zullen altijd wel gevallen blijven die net over de grens zijn, tenzij men het woord 'portret' tot in het oneindige oprekt. Aan een zo ruime uitleg van het portret-begrip is ook weinig behoefte, ervan uitgaande dat de 'net-niet-geportretteerde' zich kan beroepen op art. 6:162 BW en dat de rechtspraak bij afweging van de belangen onder toepassing van de zorgvuldigheidsnormen dan toch tot verantwoorde resultaten kan komen."

Ook in de onderhavige zaak is (zo men wil: aanvullende) bescherming op grond van art. 6:162 BW (mede) aan de orde. Blijkens de dagvaarding waarmee het derde kort geding werd ingeleid, hebben verweerders hun vordering tot een verbod op uitzending van de opnamen van 11 oktober 2000 zowel op onrechtmatige daad (schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm) als op schending van art. 21 Auteurswet gebaseerd.²¹ Dat de president de vordering vervolgens (reeds) op grond van schending van art. 21 Auteurswet heeft toegewezen en dat het hof die toewijzing in stand heeft gelaten, neemt niet weg dat alsnog over de aanvullende werking van de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW zal moeten worden beslist, als de veroordeling van eisers op grond van art. 21 Auteurswet geen stand houdt.

In verband met dit laatste acht ik van belang dat het hof in de rov. 8.2-8.9 in wezen op dezelfde wijze tewerk is gegaan als in verband met de eerste twee kort gedingen en tot in wezen gelijke bevindingen is gekomen, om op basis daarvan te concluderen dat Niessen (in termen van art. 21 Auteurswet) een redelijk belang heeft zich tegen openbaarmaking van de opnamen te verzetten. In het bijzonder kan erop worden gewezen dat het hof, evenals in de beide andere korte gedingen, van belang heeft geacht dat de litigieuze opnamen geschikt zijn om bij het grote publiek de indruk te wekken dat Niessen iets te verbergen heeft en dat er kennelijk reden is hem publiekelijk verwijten te maken in verband met de zaak van de familie [betrokkene] (rov. 8.5), dat voor enig verwijt geen enkele grond aanwezig is en dat Storms daarvan op de hoogte was (rov. 8.6), dat de opnamen Niessen in een zeer negatieve context plaatsen waardoor zijn zakelijke reputatie ernstig wordt aangetast (rov. 8.6), dat de

²⁰ J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, a.w., p. 265.

²¹ Zie in het bijzonder de dagvaarding onder 10: "Aangezien het enige doel van dergelijke beelden is het in verband brengen van IPA en/of Niessen van een ernstige misstand met betrekking tot de repatriëring van een comapatiënt, terwijl IPA en/of Niessen terzake niets te verwijten valt, alsmede aangezien de onrechtmatige methoden die Storms heeft gebruikt bij de vervaardiging van die opnamen, hebben de eisers recht op en belang bij een (derde) uitzendverbod en een verbod om meer in zijn algemeenheid in verband gebracht te worden met een (vermeende) misstand. Niessen kan zich bovendien verzetten tegen het openbaar maken van zijn portret, het welk zonder toestemming is vervaardigd." (onderstreping toegevoegd; LK).

handelwijze van Storms redelijkerwijze niets van doen heeft met het serieus vergaren van informatie en dat het doel daarvan louter was om "aantrekkelijk" beeldmateriaal te verkrijgen en niet om Niessen oprecht de gelegenheid te bieden zijn visie of die van IPA te geven (rov. 8.7), dat het belang van Niessen om niet op de geschetste wijze (herkenbaar) te worden afgebeeld, zwaarder weegt dan het belang van eisers bij het verzamelen van informatie en het uiten van hun mening (rov. 8.8) en dat, gelet op de ernst van de aantasting van de goede naam van Niessen en het ontbreken van een publiek belang bij uitzending, een uitzendverbod noodzakelijk is (rov. 8.9). In de door het hof gevolgde benadering ligt aan het "redelijke belang" van Niessen in de zin van art. 21 Auteurswet ten grondslag, wat het hof in de beide eerste korte gedingen als een schending door eisers van de algemene zorgvuldigheidnorm van art. 6:162 BW heeft gekwalificeerd. Aangenomen dat het bestreden arrest ten aanzien van de beide eerste korte gedingen in stand blijft, is ook in het derde kort geding geen andere uitkomst denkbaar dan dat de getroffen voorziening door een schending van de zorgvuldigheidnorm van art. 6:162 BW kan worden gedragen. Bij die stand van zaken hebben eisers bij het onderdeel geen belang.

3. Conclusie

De conclusie strekt niet-ontvankelijkverklaring van Storms in zijn beroep van het bestreden arrest voor zover dit in de zaken met de rolnummers 1163/00 KG en 1247/00 SKG 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 werd gewezen, en tot verwerping van de beroepen van eisers tot cassatie voor het overige.

Noot

P.B. Hugenholtz

Een groot deel van dit arrest gaat over de verhouding tussen het rechterlijk verbod op publicatie en de vrijheid van meningsuiting. Dat gedeelte is hierboven niet afgedrukt; voor de volledige tekst van het arrest, inclusief opsomming van de gruweldaden van 'Breekijzer' Storms jegens de onfortuinlijke Niessen, zij verwezen naar Mediaforum 2003-6, p. 211-215, m.nt. G. Schuijt. Wij beperken ons in dit blad tot de portretrechtelijke overwegingen van de Hoge Raad en de desbetreffende beschouwingen van Advocaat-generaal Keus.

Weinig verrassend is weliswaar het oordeel van de Hoge Raad dat het portretrecht van art. 21 Auteurswet óók kan worden ingeroepen tegen televisie-uitzendingen (ro. 4.6.2), des te opmerkelijk is de daaropvolgende overweging. De Hoge Raad overweegt 'dat het geheel 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 [...]'. Ondanks het 'afbalken' van het gelaat van Niessen in de uitzendingen van Breekijzer was toch sprake van portretrechtinbreuk.

Hiermee heeft de Hoge Raad een niet onaanzienlijke uitbreiding aan het portretbegrip gegeven. In de Memorie van Toelichting bij de Auteurswet werd het portret nog omschreven als 'een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook is vervaardigd'. Deze op het gelaat (dat wil zeggen: het

gezicht) toegesneden begripsomschrijving is in het *Naturiste*-arrest uit 1987 door de Hoge Raad ruim uitgelegd; ook de ‘typerende lichaamshouding’ mocht voortaan een rol spelen bij de vraag of er sprake is van een portret (HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277). In bovenstaand arrest gaat de Hoge Raad nòg een stap verder door te verklaren dat de herkenbaarheid van het gelaat er eigenlijk helemaal niet meer toe doet. Immers, de identiteit van de persoon kan ook blijken ‘uit hetgeen de afbeelding overigens toont’.

Voor een verruimd portretbegrip werd in 1996 al gepleit door de Commissie Portretrecht van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (Mediaforum 1996-10, Extra Bijlage). De Commissie definieerde het begrip ‘portret’ als volgt: *Afbeelding van een persoon of van een gedeelte van een persoon, die ten gevolge van overeenstemming of herkenbaarheid van fysieke aspecten, de indruk wekt een afbeelding van een bepaalde persoon te zijn.*

Uit de overweging van de Hoge Raad wordt echter niet duidelijk of de weergave van enige visuele (fysieke) aspecten van de ‘geportretteerde’ überhaupt nog is vereist. Heel goed voorstelbaar is dat de herkenbaarheid die ‘uit hetgeen de afbeelding overigens toont’ moet blijken, in het geheel niet voortvloeit uit het getoonde fysiek van de betrokken persoon, maar uit allerlei omgevingsfactoren. Zo zal een grondig ‘afgebakte’ crimineel op een persfoto eerder aan zijn Ferrari dan aan zijn foute pak zijn te herkennen.

Met dat al dringt zich de gedachte op dat de Hoge Raad is teruggekomen op zijn in het *Ja Zuster, Nee Zuster*-arrest verklaarde leer dat fysieke herkenbaarheid een sine qua non is voor voor toepassing van het portretrecht; zie J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona*, Kluwer Law International 1996, p. 125 e.v. met uitgebreide verwijzingen naar literatuur.

Voor ongetalenteerde tekenaren als annotator dezes schept de uitspraak van de Hoge Raad onvermoede perspectieven op een loopbaan als portrettist. Voortaan geldt ook een harkerig gekrabbeld, brillemannetje met als onderschrift ‘Balkenende’ als een portret van onze premier.