

# Commercieel portretrecht in België

DIRK VOORHOOF\*

## BIJ WIJZE VAN INLEIDING

De editor van deze bundel heeft er bij de auteurs op aangedrongen in de titels van de bijdragen de woordspelingen met schapen en poten zo veel als mogelijk achterwege te laten. Uit bovenstaande titel blijkt deze aanbeveling correct te zijn nageleefd, maar dit kan mij er toch niet van weerhouden om alvast één allusie betreffende “*t Schaep en de vijf pooten*” te maken. Een opmerkelijke foto met een portret viel me namelijk in de schoot tijdens de voorbereiding van deze tekst, meer bepaald

een foto van een Chinese schaapherder in de provincie Xi’an. De foto circuleerde op internet als curiosum en haalde onlangs ook de kranten: we zien een schaapherder wiens herdershond gestorven is en de herder kon zich geen nieuwe hond veroorloven, zo blijkt. De herder nam toen maar met een portret van een wolf zijn schapen in het (p)ootje.



\* Buitengewoon hoogleraar Universiteit Gent en *external lecturer* Universiteit Kopenhagen. Lid van de Vlaamse Regulator voor de Media en van de Vlaamse Raad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media, Sectorraad Media. Redactielid van *Auteurs & Media* (Larcier, Brussel) en *Mediaforum* (Otto Cramwinckel, VMC/IVIR, Amsterdam). Voor meer informatie, zie <http://www.psw.ugent.be/dv>

Tegelijk bevat deze foto een mooie symboliek van de kracht, van de verleiding of van de misleiding van een afbeelding, van een portret. Maar nu terzake, deze bijdrage gaat immers niet over het portretrecht in China (wat overigens een interessante oefening zou zijn!), maar over het portretrecht in België. Wie het over België heeft, begeeft zich onvermijdelijk in een wereld met een surrealistisch trekje, zoals bij dit schilderij van René Magritte met een toen wat bizarre en eigenwijze, maar nu rechtspraakconforme evocatie van de notie ‘portret’<sup>1</sup>, een schilderij met als titel “*La reproduction interdite*”, uitgerekend één van de meest gereproduceerde schilderijen van de kunstenaar.<sup>2</sup>



## SITUERING

In België is het portretrecht, dat overigens sinds 1886 stevig verankerd zit in de Auteurswet, een deelverzameling (geworden) van het recht op afbeelding, ‘*le droit à l’image*’<sup>3</sup>. Van een specifiek ‘commercieel portretrecht’ is in de Belgische rechtspraak en rechtsleer geen sprake. De casuïstiek, illustraties en toelichtingen in deze bijdrage zullen zich wel toespitsen op de commerciële exploitatie van portretten of op het al dan niet geoorloofd gebruik van portretten in een commerciële context. De analyse van het portretrecht in België doet ons net zoals in Nederland en in de landenrapporten van Duitsland, Engeland, Frankrijk en de Verenigde Staten immers vooral vertoeven in het midden van topsporters, professionele modellen, film- en televisievedetten en politici, ‘*celebrities*’ dus en andere ‘*public figures*’. Toch zal af en toe wel eens een privé-persoon opduiken die plots met zijn of haar foto ongewild in de schijnwerpers kwam te staan, of zijn of haar afbeelding gebruikt zag in een context waartegen protest werd aangetekend. Ook in België kan de

- 1 R. Magritte, *La reproduction interdite*, 1937, Rotterdam, Museum Boymans van Beuningen, Inv. Nr. 2923 (MK), Portret van Edward James (1907-1984). ‘Rechtspraakconform’ omdat ook de foto waarop iemand van op de rug herkenbaar is, als een portret is te beschouwen.
- 2 Zie ook B. Demarsin, E.J.H. Schrage, B. Tilleman & A. Verbeke (eds.), *Art & Law*, Brugge, Die Keure, 2008, 172-173.
- 3 Zie vooral E. Guldix, “Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op eigen afbeelding”, *R.W.* 1980-81, 1161-1192; C. Doutrelepon, “L’introuvable droit à l’image”, in X. (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 223-241; M. Isgour en B. Vincotte, *Le droit à l’image*, Brussel, Larcier, 1998, 155 p. en L. Dierickx, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, 345 p. Zie ook D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van mediarecht. Doctrine en jurisprudentie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1992, 490-506.

commerciële context van een gepubliceerde foto wel degelijk invloed hebben op de uitoefening van het portretrecht, al is niet altijd duidelijk wat daarvan de impact is. Over de interpretatie van een ongeoorloofde commerciële exploitatie bestaat soms onenigheid. De publicatie of publieke mededeling van een portret in een krant, weekblad, magazine, televisiereportage of op een website kan immers een informatief of journalistiek karakter hebben en zich toch tegelijk in een commerciële context situeren. De grens tussen het toegelaten, informatief gebruik van foto's en de commerciële exploitatie van iemands afbeelding is vaak osmotisch. Een recent voorbeeld uit de rechtspraak illustreert dit.

#### DE FOTO VAN KIM

7 september 2003 was een historische dag voor België: die dag stonden twee Belgische dames in de finale van de *U.S. Open*, het zgn. wereldkampioenschap tennis. Na afloop, het doet er nu even niet toe wie uiteindelijk de finale won, triomferen Kim Clijsters en Justine Henin voor de internationale sportpers en de flitsende camera's van de persfotografen. Korte tijd later ziet Kim Clijsters dat een magazine posters verspreidt met haar foto en die van Justine Henin net na afloop van de *U.S. Open*. Ze stapt naar de rechter omdat deze posters zonder haar toestemming zijn aangemaakt en verspreid. De rechtbank wijst de eis van Clijsters af, erkennend dat de vordering van Clijsters wel gesteund was op art. 10 van de Auteurswet van 30 juni 1994 (AW), dat de reproductie van het portret van een persoon verbiedt zonder toestemming van de afgebeelde. In dit geval kon Clijsters hierop geen aanspraak maken omdat ze een publiek persoon is en de foto, duidelijk met haar toestemming genomen, verslag uitbrengt over een belangrijke sportgebeurtenis. De rechtbank laat er geen twijfel over bestaan: de beroepsfotograaf die op geoorloofde wijze de foto's maakte was gerechtigd om



de foto's te verkopen voor zelfs louter commerciële publicatie. Dat de publicatie van de gewraakte poster met Kim Clijsters “*hoofdzakelijk een commerciële en een zeer bijkomstige informatieve bedoeling had*” bracht niet met zich mee dat het portretrecht van Clijsters geschonden was<sup>4</sup>. Het hof van beroep te Gent is het met deze zienswijze van de rechtbank evenwel volstrekt oneens. Het hof benadrukt het commerciële karakter van de poster, waardoor Clijsters wel aanspraak maakt op de bescherming van het portretrecht. Bij de vraag naar het al dan niet rechtmatige karakter van de publicatie van de foto van een topsportster dient volgens het hof rekening te worden gehouden met de aard van de publicatie en in dit geval ging het eerder om een ‘*merchandisingproduct*’. Het hof merkt op dat de foto werd gepubliceerd met slechts een uiterst geringe redactionele inbreng. Van een topsportster als publiek persoon mag worden verondersteld dat zij stilzwijgend toestemming geeft tot de publicatie van foto's in het kader van haar professionele activiteiten. Dergelijke foto's, zonder expliciete toestemming van de betrokkene, kunnen inderdaad worden gepubliceerd in het kader van de berichtgeving over sportevenementen en ter informatie aan het publiek. Maar dit betekent niet dat deze foto's mogen gecommmercialiseerd worden om bijvoorbeeld merchandising-producten op de markt te brengen. Volgens het hof van beroep was het duidelijk dat gepoogd werd om te profiteren van het succes van Clijsters als topsportster en dat men geprobeerd had om winst te maken met de publicatie van deze foto's, zonder hiervoor een vergoeding verschuldigd te zijn. De publicatie van een foto van een topsportster, zonder haar toestemming, is in dergelijke omstandigheden wel degelijk te beschouwen als een inbreuk op art. 10 AW. Het hof wijst erop dat de onrechtmatige publicatie een financieel nadeel berokkende aan Clijsters. Uiteindelijk kreeg Clijsters een schadevergoeding toegewezen van 790 euro, dus bijlange niet de gevorderde 25.000 euro<sup>5</sup>. Zo commercieel is het portretrecht nu ook weer niet.

## SITUERING VAN HET PORTRETRECHT<sup>6</sup>

De expliciete erkenning van het portretrecht in België valt samen met de afkondiging van de eerste auteurswet in 1886. Art. 20 AW 1886 bepaalde:

*“De auteur of de eigenaar van een portret heeft niet het recht het te reproducieren of in het openbaar tentoon te stellen zonder toestemming van de geportretteerde of, gedurende twintig jaar na diens overlijden, zonder toestemming van zijn rechtverkrijgenden”.*

4 Rb. Gent 18 mei 2005, AM 2005, 453.

5 Gent 21 februari 2008, AM 2008, 318. Zie ook J. Deene, “Hof van beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug”, *De Juristenkrant* 2008/171, 1. Vgl. Brussel 4 oktober 1989, R.W. 1989-1990, 651.

6 Zie ook D. Voorhoof, “De Belgische Auteurswet, Artikel 10.”, in F. Brison en H. Vanhees (eds.), *Huldeboek Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2009, 61-66.

Hoewel het artikel niet helemaal op zijn plaats stond in de auteurswet<sup>7</sup>, getuigde de wetgever toen reeds op het einde van de 19de eeuw van een vooruitstrevend inzicht door een soort van persoonlijkheidsrecht te verbinden aan iemands portret of afbeelding. In zijn standaardwerk van 1963, *“De exploitatierechten van de auteur”*, formuleerde Van Isacker het als volgt: *“In zoverre blijkt art. 20 der wet van 1886 de enige positieve basis te zijn, waarop de burger zich kan steunen, om de pers te verhinderen zijn ‘right of privacy’ met de voeten te treden, althans voor zover het de soms onbeschaamde verspreiding van zijn beeltenis betreft”*<sup>8</sup>. Men dacht dus in de eerste plaats aan de bescherming van het (morele) persoonlijkheidsrecht van de geportretteerde en het recht op bescherming van de privé-sfeer. Voor de economische of commerciële exploitatie van iemands afbeelding leek het portretrecht niet voorbestemd. Gedurende lange tijd was art. 20 AW 1886 de enige positiefrechtelijke basis waarop men het recht op afbeelding als individu kon afdwingen. Vooral ‘de pers’ werd als de belager gezien.

Artikel 10 van de Auteurswet van 30 juni 1994 kwam in de plaats van artikel 20 AW 1886. In de wet van 1994 werd de bepaling van het vroegere artikel 20 behouden in de afdeling werken van beeldende kunst. In de nieuwe versie werd toegevoegd *“dan wel enige andere persoon die een portret bezit of voorhanden heeft”* en *“in het openbaar tentoon stellen”* werd vervangen door *“aan het publiek mede te delen”*<sup>9</sup>.

Het nieuwe art. 10 AW 1994 bepaalt nu<sup>10</sup>:

*“De auteur of de eigenaar van een portret dan wel enige andere persoon die een portret bezit of voorhanden heeft, heeft niet het recht het te reproduceren of aan het publiek mede te delen zonder toestemming van de geportretteerde of, gedurende twintig jaar na diens overlijden, zonder toestemming van zijn rechtverkrijgenden”.*

7 Want het portretrecht is geen auteursrecht en ook geen uitzondering op het auteursrecht. *Cfr. infra.*

8 F. Van Isacker, *De exploitatierechten van de auteur. Rechtsvergelijkende analyse der Belgische Wetgeving, jurisprudentie en rechtsleer*, Brussel, Larcier, 1963, 434.

9 *Parl. St. Kamer* 1991-1992, nr. 473/33, 157-158. Zie ook L. Dierickx, o.c., 20-21.

10 In de Belgische Senaat is een opmerkelijk (en volstrekt overbodig) wetsvoorstel ingediend tot wijziging van art. 10 AW. Het voorstel wil het portretrecht expliciet als een persoonlijkheidsrecht erkend zien, met het daaraan verbonden verzetsrecht *‘tegen elke vorm van verspreiding, reproductie of exploitatie’* en de explicitering van de toestemmingsvereiste (§§ 1 en 2). Het nieuwe artikel in de Auteurswet wil personen die veroordeeld zijn wegens bepaalde terroristische misdrijven (art. 137-141ter Sw.) hun portretrecht (tijdelijk: voor een periode van 6 maand die volgt op de uitspraak van de veroordeling) ontnemen in functie van de reproductie en verspreiding van hun portret via de pers, voor zover sprake is van *“een informatief doeleinde en om de openbare veiligheid te dienen”*. Het voorstel van 18 oktober 2007 herneemt het eerder ingediende wetsvoorstel (25 november 2004) *Parl. St. Senaat* 2003-2004, nr. 3-1448/1, *“tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten teneinde het portretrecht te definiëren en de verspreiding toe te staan van portretten van personen die veroordeeld zijn voor bepaalde terroristische misdrijven”*: *Parl. St. Senaat* 2007-2008, nr. 4-294/1.

Artikel 10 AW houdt dus een nadrukkelijke erkenning en een uitbreiding in van het recht op afbeelding van het individu. Zowel de auteur als de eigenaar van een portret en elke persoon die een portret bezit of voorhanden heeft, moet de toestemming van de geportretteerde verkrijgen alvorens tot reproductie of publieke mededeling ervan over te gaan. Het portretrecht is een explicitering van het recht op afbeelding van het individu en is dus geen auteursrecht, maar een persoonlijkheidsrecht dat de uitoefening van het auteursrecht, van het eigendomsrecht of het bezitsrecht op een portret, foto of afbeelding van een persoon, inperkt<sup>11</sup>. De rechtspraak heeft op dit principe wel een aantal uitzonderingen erkend, vooral in verband met “publieke personen” en in functie van de expressievrijheid en het recht op informatie van het publiek<sup>12</sup>. Geleidelijk aan is duidelijk geworden dat het recht op afbeelding ook economische of financiële belangen van een geportretteerde kan helpen veilig stellen, al was de rechtspraak soms wat aarzelend om dit te erkennen<sup>13</sup>.

- 
- 11 De formulering in de wet en de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in 1886 doen uitschijnen dat de eigenaar van een portret, eens de toestemming van de geportretteerde daartoe verkregen, kon overgaan tot reproductie van het portret of de foto. Deze interpretatie werd evenwel niet aanvaard in de rechtsleer en rechtspraak omdat dit een miskenning zou inhouden van het auteursrecht. De eigenaar is immers geen auteursrechthebbende en verwerft enkel het expositierecht, het recht het werk in het openbaar tentoon te stellen (art. 9 AW). Voor het overige “*is het duidelijk dat in deze aangelegenheid het recht van de auteur primeert*”: F. Van Isacker, *o.c.*, 437. Na de uitbreiding in art. 10 AW 1994 “*tot enig ander persoon*” en door het niet langer beperken tot het recht op openbare tentoonstelling, aangezien nu sprake is van de publieke mededeling, kan er geen discussie over bestaan dat zelfs indien de eigenaar of bezitter van een portret hiertoe de toestemming krijgt van de geportretteerde, toch ook de toestemming moet worden bekomen van de auteur van het werk of van diens rechtverkrigenden om het werk/portret te reproduceren of aan het publiek mede te delen.
- 12 Zie ook D. Voorhoof, “Het recht op afbeelding”, noot onder Brussel 4 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 651-652 en D. Voorhoof, *Handboek Mediarecht*, Brussel, Larcier, 2007, 145-151. Zie ook Antwerpen (Kort Ged.) 8 februari 1999, *AM* 1999, 241, noot D. Voorhoof; Voorz. Rb. Brussel 21 maart 2001, *AM* 2002, 75; Antwerpen 21 juni 2004, *AM* 2005, 76 en Cass. 27 april 2007, *AM* 2007, 377. Voor een grondiger situering, zie L. Dierickx, *o.c.*, 164-193 en 238-265.
- 13 D. Voorhoof, “Het recht op afbeelding en de toestemming van de geportretteerde”, noot onder Vred. Brussel 29 december 1986, *R.W.* 1986-1987, 2386-2389 en Rb. Gent 18 mei 2005, *AM* 2005, 453. Zie ook D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van mediarecht, o.c.*, 490-493. Voor een duidelijke erkenning van de commerciële exploitatie van de afbeelding van een professioneel model, zie Antwerpen 5 mei 2003, *AM* 2004, 67 (geposeerde naaktfoto’s van een professioneel model in *Penthouse*, gepubliceerd zonder de toestemming van het model. Veroordeling tot 2.479 euro schadevergoeding wegens gederfde inkomsten). Zie eerder ook Brussel 4 oktober 1989, in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van mediarecht, o.c.*, 499 (Integratie in advertentie voor *Peugeot 205* van eerder in de pers verschenen foto’s van Robert Vandewalle, Olympisch kampioen judo. Het arrest erkent dat “*een bekend sportbeoefenaar zich niet kan verzetten tegen de publicatie van zijn afbeelding, mits dit geschiedt met de bedoeling het publiek te informeren, ter illustratie van de berichtgeving betreffende de sportactualiteit en mits voor die publicatie geen inbreuk wordt gemaakt op zijn recht op privacy*”. Echter, er is sprake van een inbreuk op het recht op afbeelding als die foto’s worden gebruikt voor niet-toegestane, commerciële doeleinden. Het arrest benadrukte ook dat door de associatie van de naam van de topsporter met een bepaald automerk, aan de topsporter de “*mogelijkheid wordt ontnomen een financieel voordeel te halen uit het toelaten van een publicitair of commercieel gebruik van zijn afbeelding*”).

## HET PORTRET ALS AUTEURSWERK EN HET RUIMERE RECHT OP AFBEELDING

Het portretrecht op basis van artikel 10 AW is van toepassing op allerlei soorten afbeeldingen, zoals schilderijen, tekeningen, etsen, gravures, beeldhouwwerken, wassen beelden en vooral fotografie en film<sup>14</sup>. Ook voor de reproductie van de foto van een uitvoerend kunstenaar op een cd-hoes geldt het portretrecht<sup>15</sup>. Anders dan de plaatsing van artikel 10 in de Afdeling “Bijzondere bepalingen betreffende de werken van beeldende kunst” laat vermoeden, is door de rechtspraak ook bescherming verleend aan portretten die geen werk van beeldende kunst zijn en bijvoorbeeld deel uitmaakten van een audiovisueel werk<sup>16</sup>.

Het portretrecht gebaseerd op artikel 10 AW kan hoe dan ook slechts toepassing vinden voor zover het portret een auteurswerk is<sup>17</sup>. Personen die herkenbaar zijn op afbeeldingen die geen auteurswerk zijn<sup>18</sup>, kunnen artikel 10 AW niet inroepen. Overigens zal een foto met de afbeelding van een herkenbare persoon, mede door het laagdrempelige karakter van het auteurswerkbegrip, inzonderheid voor fotografische werken<sup>19</sup>, meestal wel als een werk te beschouwen zijn, waardoor welhaast steeds (ook) van art. 10 AW toepassing kan worden gemaakt bij het claimen van het recht op afbeelding. Zo paste het hof van beroep te Brussel probleemloos art. 10 AW toe op een doodsprentje van een gehandicapte kleuter die door verdrinking om het leven kwam. Het doodsprentje dat op de begrafenis was rondgedeeld werd later in het weekblad *Blik* gepubliceerd en dit werd door het hof expliciet als een schending beschouwd van art. 10 AW, zonder enige verdere motivering of problematisering van het auteursrechtelijk beschermde karakter van de foto<sup>20</sup>.

Maar ook als het portret geen auteurswerk is, wordt het niet problematisch voor de geportretteerde, omdat sedert een aantal decennia in de rechtspraak erkenning is verleend aan een ruimer recht op afbeelding als persoonlijkheidsrecht, in het verlengde van het recht op privacy (art. 8 EVRM en art. 22 G.W.), op basis van

14 L. Dierickx, *o.c.*, 22 en 62-63.

15 Brussel 4 april 2007, *AM* 2007, 467.

16 Brussel 21 december 1995, *J.T.* 1996, 47 en *J.L.M.B.* 1996, 1152, noot A.-M. Schaus en Brussel 27 juni 1997, *J.L.M.B.* 1998, 768, noot F. Jongen. Vgl. Rb. Brussel 30 juni 1997, *AM* 1998, 264 en A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, 136-137.

17 Rb. Antwerpen 15 mei 1975, *R.W.* 1975-76, 2017, noot J. Corbet en Rb. Hasselt 16 februari 1980, *R.W.* 1980-81, noot J. Corbet. Zie ook J. Corbet, *Auteursrecht*, in A.P.R. Brussel, Story-Scientia, 1997, 84-85 en F. De Visscher en B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, 13-33 en 437-442. Zie ook de cassatierechtspraak in verband met “originaliteit” en “uitdrukking van persoonlijke stempel”: Cass. 27 april 1989, *R.W.* 1989-90, 362; Cass. 25 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 272; Cass. 2 maart 1993, *Ing.-Cons.* 1993, 145; Cass. 19 maart 1998, *AM* 1998, 229; Cass. 10 december 1998, *AM* 1999, 355 en Cass. 11 maart 2005, *AM* 2005, 396. Vgl. Rb. Brussel 23 januari 2007, *AM* 2008, 78.

18 Bv. een mechanische pasfoto.

19 Rb. Brussel 29 maart 1991, *R.W.* 1991-1992, 814, noot D. Voorhoof, “Auteursrecht op foto's”.

20 Brussel 14 september 1999, *AM* 2000/1-2, 92.

artikel 1382 B.W. (onrechtmatige publicatie of uitzending)<sup>21</sup> en meer recent ook in toepassing van de Wet Verwerking Persoonsgegevens<sup>22</sup>. Het recht op afbeelding kan overigens ook steun vinden in de artikels 443-450 van het Strafwetboek wanneer het de openbaarmaking of verspreiding betreft van lasterlijke of beledigende foto's<sup>23</sup>. Strafvervolging is ook mogelijk bij de publicatie van foto's van minderjarigen die met justitie in aanraking zijn gekomen of van slachtoffers van zedendelicten<sup>24</sup>. In sommige gevallen kan ook de Handelspraktijkenwet toepassing vinden<sup>25</sup> of het omroeprecht, bijvoorbeeld in geval van reclame die foto's van herkenbare personen bevat<sup>26</sup>. Ook via het auteursrecht en de naburige rechten is soms bescherming verleend aan een 'typetje', zoals in het geval van Kamiel Spiessens (Chris van den Durpel)<sup>27</sup> of aan proefopnamen van een actrice, zoals

21 Civiele aansprakelijkheid ingeval van fout die tot schade leidt: Rb. Brussel 20 september 2001, AM 2002, 77 en Rb. Brussel 25 april 2008, AM 2008, 226. Zie ook D. Voorhoof, *Handboek Mediarecht*, o.c., 129-151. Evt. kan ook gereageerd worden via een recht van antwoord in toepassing van de Antwoorderichtwet. L. Dierickx, o.c., 274-275.

22 Zie L. Dierickx, o.c., 1-32; M. Isgour, "La loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998: fondement du droit à l'image?", AM 2003, 148-151 en S. Mampaey en J. Dumortier, "De invloed van de wet verwerking persoonsgegevens op televisie", AM 2006, 21-31. Zie ook enkele adviezen en aanbevelingen van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer, o.a. *Advies nr. 34/99 van 13 december 1999 betreffende de verwerking van beelden, in het bijzonder verricht door middel van systemen van videotoezicht*; *Advies nr. 9/95 van 5 april 1995 betreffende de toepassing van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens door de media*; *Advies nr. 33/2007 van 28 november 2007 inzake de verspreiding van beeldmateriaal en Aanbeveling nr. 02/2007 van 28 november 2007 inzake de verspreiding van beeldmateriaal*, alle te consulteren via <http://www.privacycommission.be>.

23 Gent 19 maart 1984, gepubl. in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht*, o.c., 88. Zie ook D. Voorhoof, "De zaak Metro: een aanslag op de persvrijheid?", *Panopticon* 1985/3, 225-237.

24 Art. 433 Sw., in functie van de bescherming van minderjarigen (het vroegere art. 80 Jeugdbeschermingswet) en art. 378bis Sw. i.v.m. de secundaire victimisatie van slachtoffers van seksuele delicten. Zie o.a. Corr. Brussel 25 juni 1993, *KIDS*, 3.9.3., 17; Brussel 7 maart 1995, *R.W.* 1995-1996, 232; Cass. 16 januari 1996, onuitg.; Antwerpen 8 januari 1997, onuitg. en Gent 29 juni 1998, AM 1999, 87. Voor een overzicht, zie L. Dierickx, o.c., 267-293, nrs. 547-618 en D. Voorhoof, *Handboek Mediarecht*, o.c., 119-120.

25 Zoals bijvoorbeeld misleidende of verwarringstichtende of slechtmakende vergelijkende reclame, art. 23 en 23bis WHPC of in geval van slaafse nabootsing of aanhaking, indien foto's of afbeeldingen zouden worden gebruikt van een concurrent in een dergelijke context.

26 Art. 4 van de Vlaamse code van 20 september 1995 voor reclame en sponsoring op radio en televisie verbiedt de omroepen om reclame uit te zenden die personen in hun persoonlijke of maatschappelijke hoedanigheid afbeeldt of naar hen verwijst zonder hun voorafgaande toestemming. Hetzelfde artikel verbiedt ook dat in reclame persoonlijke eigenschappen worden afgebeeld op een wijze die laat veronderstellen dat de betrokkene daarin heeft toegestemd, tenzij de eigenschappen zoals die in de reclame voorkomen integrerend tot het straatbeeld behoren. Art. 58, lid 2 Mediadecreet (2009) heeft deze verbodsbepaling uitgebreid tot alle commerciële communicatie via radio en televisieomroep. Volgens art. 58, lid 1 Mediadecreet (2009) mag commerciële communicatie personen niet uitbeelden in hun persoonlijke of maatschappelijke hoedanigheid of naar hen verwijzen zonder hun voorafgaande toestemming.

27 Brussel 31 december 1997, AM 1998, 35 (de exploitatie van een 'typetje' komt toe aan de werkelijke auteur en vertolker ervan. In dit arrest verwijst het hof van beroep te Brussel naar Arr. Rb. Haarlem 22 januari 1991, *Informatierecht/AMI* 1992/10, 188 betreffende bescherming van het 'typetje' Sjeff van Oekel/Dolf Brouwers).



in het geval van “*De Wilde Boerendochter*” (Iris Vandenkerckhove)<sup>28</sup>. Meer en meer is ook duidelijk geworden dat door de positieve verplichtingen van art. 8 EVRM en door het stelselmatig oprekken van het recht op privacy en het recht op eer en goede naam door het EHRM de Belgische overheden het recht op afbeelding op alerte en passende wijze moeten beschermen, desnoods via het opleggen van voldoende hoge schadevergoedingen in geval van inbreuken door uitgevers, mediabedrijven of adverteerders<sup>29</sup>.

Basiskenmerk van het portretrecht van art. 10 AW is de toestemmingsvereiste van de afgebeelde en herkenbare persoon: ontstentenis van toelating staat gelijk met schending van het portretrecht. Enige schade moet niet worden aangetoond om in rechte een inbreuk te zien vaststellen of een herhalingsverbod door de rechter uitgevaardigd te zien<sup>30</sup>. Portretten die geen auteurswerk zijn en waarvan de geportretteerde is overleden, portretten/auteurswerken die in het publiek domein zijn gekomen door het verstrijken van 70 jaar na het overlijden van de auteur of portretten/auteurswerken waarvan de geportretteerde meer dan 20 jaar overleden is, mogen dan wel buiten het portretrecht vallen van artikel 10 AW, dit verhindert niet dat de erfgenamen of rechtverkrijgenden van de geportretteerde nog beroep kunnen doen op een familiaal persoonlijkheidsrecht dat de nagedachtenis van de overledene beschermt<sup>31</sup>. Zo was de rechtbank van Brussel van oordeel dat

28 Voorz. Rb. Gent 18 december 1998, AM 1999, 286 (verbod van verdere verspreiding en van commercieel gebruik van proefopnamen).

29 Zie recent EHRM 15 november 2007, *Pfeifer/Oostenrijk*; EHRM 14 oktober 2008, *Petrina/Roemenië*; EHRM 25 november 2008, *Armonas/Litouwen* en EHRM 25 november 2008, *Biriuk/Litouwen*. Zie ook EHRM 11 januari 2000, *News Verlags GmbH en COKG/Oostenrijk*; EHRM 26 februari 2002, *Krone Verlag & Co KG/Oostenrijk*; EHRM 13 december 2005, *Wirtschaft-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft MBH nr. 3/Oostenrijk* zie o.a. EHRM 11 januari 2000, *News Verlags GmbH en COKG/Oostenrijk*; EHRM 26 februari 2002, *Krone Verlag & Co KG/Oostenrijk*; EHRM 28 januari 2003, *Peck/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 17 juli 2003, *Perry/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 24 juni 2004, *Von Hannover/Duitsland*; EHRM 17 december 2004, *Cumpănă en Mazăre/Roemenië*; EHRM 11 januari 2005, *Sciaccia/Italië*; EHRM 13 december 2005, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft MBH nr. 3/Oostenrijk*; EHRM 19 september 2006, *White/Zweden*; EHRM 17 oktober 2006, *Gourgenidzé/Georgië*; EHRM 7 december 2006, *Österreichischer Rundfunk/Oostenrijk*; EHRM 14 december 2006, *Verlagsgruppe News GMBH nr. 2/Oostenrijk*; EHRM 25 januari 2007 *Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk*; EHRM 14 juni 2007, *Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk* en EHRM 15 januari 2009, *Reklos en Davourlis/Griekenland*. Zie ook EHRM 2 december 2008, *K.U. t. Finland*.

30 Uiteraard zal bij vordering van een schadevergoeding in toepassing van art. 10 AW wel de schade (moreel of financieel) moeten kunnen aangetoond worden of voor de rechter aanneembaar worden gemaakt, net zoals bij een vordering gebaseerd op art. 1382 B.W. Zie bvb. Rb. Antwerpen 24 juni 1985, *R.W.* 1985-1986, 2645 en Antwerpen 5 mei 2003, *AM* 2004, 67.

31 Antwerpen 15 mei 1975, *R.W.* 1975-76, 2017, noot J. Corbet; Rb. Brussel 12 maart 1996, *AM* 1996, 449, noot F. Ringelheim en Rb. Namen 17 november 1997, *J.L.M.B.* 1998, 781, noot A. Strowel. Zie ook A. Strowel, “Liberté de rappeler des faits contre le droit au silence: le contretemps de la presse” (noot onder Rb. Namen 17 november 1997), *J.M.L.B.* 1998, 785-786; D. Voorhoof, “From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona. Het recht op de persona” (boekbespreking J.C.S. Pinckaers), *AMI* 1998/1, 10-14 en L. Dierickx, *o.c.*, 42-44. Zie ook EHRM 14 juni 2007, *Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk*.

geen toepassing kon worden gemaakt van het portretrecht ten aanzien van een reclamecampagne in 1992 van de krant *La Dernière Heure-Les Sports* met daarin gemonteerde foto's van de vermoorde politicus A. Cools. De rechtbank was van oordeel dat de foto's met het lijk van de politicus geen direct herkenbaar portret bevatten en dat art. 10 AW geen bescherming verleent aan actualiteitsfoto's. De rechtbank aanvaardde wel dat de foto die gebruikt werd in de reclamecampagne een aantasting was van de herinnering aan de overledene en van de eer van diens familie<sup>32</sup>.

## NAAST RECHT OOK ZELFREGULERING

De journalistieke sector en de reclamesector hebben via zelfregulering ook aanvullende of specifieke voorschriften en beperkingen uitgewerkt voor het gebruik door de media en in de reclame van herkenbare personen. Door de *Raad voor de Journalistiek* is naar aanleiding van de publicatie van foto's of het uitzenden van beelden door Vlaamse media in een aantal beslissingen het respect voor het recht op afbeelding erkend. De *Raad voor de Journalistiek* kan enkel een inbreuk op de regels van de journalistieke deontologie vaststellen en beschikt, buiten het geval van de minnelijke schikking, niet over de mogelijkheid om een andere vorm van genoegdoening aan klagers te verschaffen: de beslissingen worden openbaar gemaakt en de Raad kan ook het medium in kwestie verzoeken om de beslissing te publiceren of uit te zenden<sup>33</sup>.

De ICC-code die de *JEP* hanteert, de Jury voor Ethische Praktijken inzake reclame, bepaalt dat "*la communication de marketing ne doit ni représenter une personne ni s'y référer sans autorisation préalable, qu'elle soit prise dans ses activités publiques ou privées*" (art. 14 ICC-Code). Er is ook de bepaling dat "*la communication de marketing ne doit pas dénigrer une quelconque personne ou catégorie de personnes*" (art. 12). De *JEP* ziet toe op de naleving van deze code, maar kan geen sancties opleggen. De *JEP* kan wel advies geven aan adverteerders of media of kan vragen een bepaalde advertentie in te trekken. De *JEP* kan ook een voorbehoud maken bij een advertentie als die niet van goede smaak getuigt. Uit de adviespraktijk blijkt dat de *JEP* het gebruik van 'look-alikes' van bekende personen aanvaardt, zeker wanneer de spot of de advertentie humoristisch (bedoeld) is en de pastiche duidelijk is. In het verleden heeft de *JEP* uitspraken gedaan over reclamespots of advertenties waarin men onder andere Koning Albert II, de Britse koningin, John Cleese, Margaret Thatcher, Tony Blair, prins Charles, Bill Clinton, Lech Walesa, Elio Di Rupo en Martin

<sup>32</sup> Rb. Brussel 12 maart 1996, AM 1996, 449, noot F. Ringelheim.

<sup>33</sup> Zie <http://www.rvdj.be> en F. Voets en D. Voorhoof (eds.), *Vijfjaar Raad. Een balans*, Brussel, Raad voor de Journalistiek, 2007, 28-36. Zie o.a. RvdJ 2006/7, 11 mei 2006 (reportage op televisie over obesitas waarin gesuggereerd werd dat het overgewicht van een (op de rug) herkenbare persoon het gevolg was van slechte eetgewoonten. De Raad beoordeelde de klacht gegrond) en RvdJ 2008/13, 11 september 2008 (foto van achtjarig meisje, een vroegere deelnemster aan 'Eurosong voor kids', als illustratie bij een artikel over kinderarbeid en ook als dusdanig aangekondigd in de zgn. promo-box op de voorpagina in de krant, is onzorgvuldig volgens de Raad).

Luther King liet opdraven in een commerciële boodschap, vaak ook karikaturaal. Maar de JEP vond dat allemaal moeten kunnen. Alleen een affiche waarop paus Johannes Paulus II werd afgebeeld als een patiënt die door een wonderbaarlijk drankje (Hype Energy Drink) was genezen van de ziekte van Parkinson, vond de JEP erover. De JEP sloot zich toen aan bij de klacht die aanvoerde dat de affiche de paus belachelijk maakte<sup>34</sup>.

## HET PORTRETRECHT: OMVANG EN RECHTSBESCHERMING

Terug naar het portretrecht van artikel 10 AW. Het portretrecht als een persoonlijkheidsrecht van het individu op zijn afbeelding houdt een beperking in van het auteursrecht van de auteur zelf en is dus geen uitzondering op het auteursrecht<sup>35</sup>. Het impliceert dat de maker (de beeldhouwer, de schilder, de fotograaf) van het auteurswerk, maar ook de eigenaar van het portret of degene die het portret of een reproductie ervan louter in zijn bezit heeft<sup>36</sup>, toestemming moet bekomen van de geportretteerde. Het portretrecht is op basis van artikel 10 AW een verbodsrecht tot reproductie en openbare mededeling. Het ruimere recht op afbeelding als persoonlijkheidsrecht houdt evenwel ook het verbod in om zonder toestemming van de betrokkene een foto te nemen, het werk tentoon te stellen of zelfs het werk ter beschikking te stellen aan derden<sup>37</sup>. Het recht op afbeelding kan worden afgedwongen via de gewone civiele rechtsmiddelen (kort geding of bodemrechter)<sup>38</sup>. Een verrassend voorbeeld is de veroordeling van het magazine *MO\** wegens een karikatuur van de industrieel George Forrest op de cover van het blad. Volgens de rechtbank betekent “*het feit*



34 Zie <http://www.jep.be>. Zie o.a. JEP 10 december 2004, Santa NV Hype Energy Drink.

35 Voor de uitzonderingen op de vermogensrechten van de auteur, zie art. 21-23 AW. Zie ook D. Voorhoof, “Het recht op afbeelding” (noot onder Brussel 4 oktober 1989), *R.W.* 1989-90, 651-652 en A. Berenboom, *o.c.*, 136-137.

36 Bv. een uitgever of eindredacteur van een krant of tijdschrift.

37 Rb. Antwerpen 24 juni 1985, *R.W.* 1985-86, 2645, noot G.L. Ballon; Rb. Antwerpen 12 mei 1989, in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht, o.c.*, 497; Rb. Brussel 20 februari 1996, *AM* 1998, 259; Rb. Brussel 30 juni 1997, *AM* 1998, 264; Rb. Brussel 17 mei 2002, *AM* 2003, 138 en Rb. Gent 24 juni 2002, *AM* 2003, 143.

38 Van art. 87 AW (stakingsvordering) kan geen toepassing worden gemaakt in geval van inbreuk op het portretrecht, want het betreft in dit geval geen inbreuk op het auteursrecht of een naburig recht. Zie evenwel Brussel 4 april 2007, *AM* 2007, 467, waar de inbreuk op het portretrecht van een uitvoerend kunstenaar aanleiding gaf tot een afzonderlijke schadevergoeding. Zie ook Kh. Luik 24 november 2006, *R.D.T.I.* 2007, 107. Zie voor het overige de toepassing in het kader van de Handelspraktijkenwet, de Wet Bescherming Persoonsgegevens, de Antwoordrechtwet, de Raad voor de Journalistiek en de JEP, cfr. supra.

dat Forrest een bekend en machtig industrieel in Congo is” nog niet dat zijn afbeelding mag gebruikt worden voor een spotprent die hem vergelijkt met de voormalige president Mobutu<sup>39</sup>.

Bij beledigende spotprenten is in toepassing van art. 448 Sw. ook een correctieonele veroordeling mogelijk<sup>40</sup>. De publicatie van een portret kan ook aanleiding zijn tot correctieonele vervolging in toepassing van andere strafbepalingen die een specifieke beperking opleggen aan de ‘media-exposure’ van minderjarigen die met justitie in aanraking komen en van slachtoffers van zedendelicten<sup>41</sup>. Aangezien de onrechtmatige of strafbare publicatie van een foto op zichzelf geen uitdrukking van een mening of opinie inhoudt, is de regel van de getrapte verantwoordelijkheid (art. 25 lid 2 Grondwet)<sup>42</sup> niet van toepassing en kan de uitgever van de krant of het tijdschrift waarin de foto (of karikatuur) verscheen aansprakelijk worden gesteld<sup>43</sup>.



In een aantal gevallen is door de kort gedingrechter, via een procedure op eenzijdig verzoekschrift, een verspreidingsverbod opgelegd aan een publicatie omdat foto's of een fotomontage waren gepubliceerd die een schending inhielden van het recht op afbeelding van eisers, al dan niet in combinatie met hun recht op privacy of bescherming van hun eer en goede naam. In de ene zaak (*Phaedra Hoste t. Menzo*) werd het verspreidingsverbod van het magazine na derdenverzet ingetrokken: de voorzitter van de rechtbank stelde vast dat er geen toestemming was om bepaalde foto's van topmodel Phaedra Hoste te publiceren, maar was van

39 Rb. Brussel 25 april 2008, AM 2008, 226.

40 Gent 19 maart 1984, gepubl. in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht*, o.c., 88. Zie ook D. Voorhoof, "De zaak Metro : een aanslag op de persvrijheid ?", *Panopticon* 1985/3, 225-237 (publicatie van spotprent van Gentse politieke familie in SM-context).

41 Art. 433 Sw. en art. 378bis Sw. Zie Corr. Brussel 25 juni 1993, *KIDS*, 3.9.3., 17; Brussel 7 maart 1995, *R.W.* 1995-1996, 232; Cass. 16 januari 1996, onuitg.; Antwerpen 8 januari 1997, onuitg. en Gent 29 juni 1998, *AM* 1999, 87. Voor een overzicht, zie L. Dierickx, o.c., 267-293, nrs. 547-618 en D. Voorhoof, *Handboek Mediarecht*, o.c., 119-120.

42 Wanneer de auteur of schrijver van een tekst bekend is en zijn woonplaats in België heeft wordt deze geacht exclusief aansprakelijk te zijn, wat de aansprakelijkheid van de uitgever, drukker of verspreider uitsluit. Deze zgn. regel van de getrapte verantwoordelijkheid is van toepassing in geval van "drukkersmisdrijven", wat betekent dat het moet gaan om een via de pers openbaar gemaakte strafbare opinie. De uitgever, drukker of verspreider kunnen pas aansprakelijk worden gesteld voor een strafbare of onrechtmatige publicatie wanneer de auteur onbekend is of niet in België woont of wanneer de regel niet van toepassing wordt geacht omdat de feiten niet als "drukkersmisdrijf" te kwalificeren zijn.

43 Brussel 18 oktober 2001, *AM* 2002, 167 en Cass. 28 juni 2004, *AM* 2004, 73. Vgl. Rb. Brussel 23 januari 2007, *AM* 2008, 78. Zie ook Rb. Brussel 25 april 2008, *AM* 2008, 226 en D. Voorhoof, "Brusselse rechtbank miskent essentie van karikatuur", *De Juristenkrant* 2008/171, 3. Zie ook Gent 19 maart 1984, gepubl. in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht*, o.c., 88.



oordeel dat de persvrijheid en de commerciële belangen van het tijdschrift voorrang moesten krijgen op haar rechten. In dit geval berokkenden de erotische foto's slechts een beperkte morele schade, aangezien Phaedra Hoste wel eens meer voor dit soort fotosessies poseerde. De materiële schade die Hoste zou lijden kon achteraf dan wel op passende wijze integraal vergoed worden, daarvoor was geen verspreidingsverbod nodig<sup>44</sup>. In een andere zaak (*Koekelberg en Ricour t. Humo*) werd het verspreidingsverbod van het weekblad *Humo* bevestigd omdat de rechter in deze zaak, ook na derdenverzet, oordeelde dat een "walgelijke" fotomontage het recht op afbeelding, het recht op privacy en het recht op eer en goede naam van de betrokkenen, de grote baas van de federale politie en zijn secretaresse, op ernstige wijze aantastte. Het verweer van *Humo* dat het voor de lezers duidelijk was dat de fotomontage getrukeerd was, dat de montage verwees naar een nieuwsfeit omtrent publieke personen en naar verklaringen in het parlement, dat er maandenlang sprake was van een "canapébenoeming" en dat de fotomontage duidelijk een satirisch karakter had, kon de rechter niet overtuigen. Bovendien werd ook verbod opgelegd om de fotomontage via internet te verspreiden<sup>45</sup>.

44 Voorz. Rb. Brussel (derdenverzet) 21 maart 2001, *AM* 2002, 75. Zie ook D. Voorhoof, "Phaedra vs. Menzo: mannenblad zet topmodel in blootje", *De Juristenkrant* 2001/28, 11.

45 Voorz. Rb. Brussel (Eenz. Verz.) 4 november 2008, *Koekelberg/Ricour*; Voorz. Rb. Brussel (derdenverzet) 6 november 2008, *Oosterwaal t. Koekelberg en Ricour* en Voorz. Rb. Brussel (Eenz. Verz.) 7 november, *Koekelberg/Ricour*, *AM* 2008/6, in druk, met noot D. Voorhoof. Zie ook D. Voorhoof, "Humo uit de rekken: censuur door de rechter", *De Juristenkrant* 2008/177, 5.

Het recht op afbeelding lag onlangs ook aan de basis van een uitzendverbod van beelden die met verborgen camera waren gemaakt, als onderdeel van een kritische reportage over de manier waarop de erfgenamen van Hergé en meer bepaald *Moulinsart* de merchandising organiseren rond de Belgische stripheld Kuifje. Aan de Franstalige openbare omroep *RTBF* werd door de kort gedingrechter verbod opgelegd tot uitzending van enkele beelden en geluidsfragmenten waarop de afgevaardigde beheerder van *Moulinsart*, Nick Rodwell, een aantal verklaringen aflegde die hij niet in de reportage wilde zien. Uit het feit dat de beelden met verborgen camera waren gemaakt kon worden afgeleid dat hij zijn toestemming niet had gegeven. Zich beroepend op zijn recht op afbeelding en recht op stem eiste Rodwell een verbod tot uitzending van de beelden, vordering die toegewezen werd na procedure op eenzijdig verzoekschrift en bevestigd werd na procedure op derden-verzet. De rechter wees de vordering van Rodwell toe, o.a. rekening houdend met art. 10 EVRM en overwegend dat “*la diffusion d’images captées par caméra cachée n’apporte pas d’intérêt particulier au public et n’empêche pas la tenu d’un débat bien documenté sur Tin Tin*”. Dit verbod verhinderde inderdaad niet dat de *RTBF* de inhoud van de controversiële uitspraken van de topman van *Moulinsart* kon integreren in de voor *Moulinsart* kritische reportage onder de titel “*Tin Tin a-t-il vendu son âme au diable?*”, maar zonder de opnames dus met verborgen camera<sup>46</sup>.

#### PORTRETRECHT ENKEL VOOR NATUURLIJKE PERSONEN

Het portretrecht geldt enkel ten opzichte van de afbeelding van een persoon waarop deze ook effectief herkenbaar is, hetzij omdat derden de afgebeelde persoon kunnen herkennen, hetzij de afgebeelde zichzelf kan herkennen<sup>47</sup>. Dit impliceert niet noodzakelijk een volledige afbeelding van een persoon of van zijn of haar aangezicht<sup>48</sup>. Het kan ook een karikatuur of spotprent zijn waarop een persoon duidelijk herkenbaar is<sup>49</sup>. Het portretrecht geldt enkel voor natuurlijke personen, niet voor afbeeldingen van objecten, woningen of dieren, ook al kunnen die een

46 Voorz. Rb. Brussel (Eenz. Verz.) 10 oktober 2007 en Voorz. Rb. Brussel (Kort Ged.) 18 december 2007, *AM* 2008/6 (in druk).

47 Rb. Brussel 12 maart 1996, *AM* 1996, 449; Gent 26 april 1996, *R.W.* 1999-2000, 642; Rb. Brussel 30 juni 1997, *AM* 1998, 264; Rb. Luik 15 december 1999, *AM* 2000, 160; Brussel 7 april 2000, *J.T.* 2001, 779; Rb. Brussel 19 mei 2000, *AM* 2000, 338 en Rb. Mechelen 7 december 2004, *onuitg.*, gecit. in L. Dierickx, *o.c.*, 73. In een arrest van 5 januari 2009 is het hof van beroep te Gent van oordeel dat het om een herkenbare afbeelding ging van een getatoeëerd persoon: het zwarte balkje anonimiseerde niet volledig, de persoon is van op de rug te herkennen in het milieu van tatoeëerders en getatoeëerden en een “*specifiek lichaamsdeel als de oren blijft zichtbaar en laat in combinatie met de rest van de foto toe de persoon te identificeren*”: Gent 5 januari 2009, <http://jure.juridat.just.fgov.be>

48 Rb. Brussel 17 januari 1975, *J.T.* 1975, 441; Rb. Brussel 19 mei 2000, *AM* 2000, 338 en Rb. Mechelen 7 december 2004, *onuitg.*, gecit. in L. Dierickx, *o.c.*, 73. Zie ook Rb. Brussel 12 maart 1996, *AM* 1996, 449 en Gent 5 januari 2009, <http://jure.juridat.just.fgov.be> waarin ook benadrukt wordt dat “*om een inbreuk te maken op het recht op afbeelding het niet nodig is dat de aandacht gevestigd wordt op het gezicht op de foto*”.

49 Rb. Brussel 25 april 2008, *AM* 2008, 226 en D. Voorhoof, “Brusselse rechtbank miskent essentie van karikatuur”, *De Juristenkrant* 2008/171, 3. Vgl. Antwerpen 15 mei 2008, *AM* 2008, 320.

associatie of identificatie oproepen met een bepaald persoon of rechtspersoon<sup>50</sup>. Het portretrecht geldt evenmin voor personages in auteurswerken of stripfiguren: het doel is de persoonlijkheid van elke mens te beschermen en daardoor beperkt de bescherming van het portretrecht zich tot fysieke personen<sup>51</sup>.

#### DE TOESTEMMING: UITDRUKKELIJK EN RESTRICTIEF

De toestemming van de geportretteerde wordt in principe niet vermoed, maar moet uitdrukkelijk en voorafgaandelijk worden verkregen. De toestemming moet zeker en specifiek zijn en kan best schriftelijk bekomen worden, al kan een toestemming ook mondeling en uitzonderlijk stilzwijgend gegeven worden<sup>52</sup>. De toestemming vanwege de fotograaf of auteursrechthebbende impliceert uiteraard niet de toestemming van de geportretteerde tot verdere openbaarmaking of reproductie, al was daar wel een arrest van het hof van beroep van Antwerpen voor nodig om dit aan de uitgever van *Penthouse* duidelijk te maken<sup>53</sup>.

Het recht op afbeelding geldt ook ten opzichte van foto's genomen in een voor het publiek toegankelijke plaats<sup>54</sup>. Een eerder gegeven toestemming kan later terug ingetrokken worden, al is de rechtspraak op dit vlak terughoudend om hieraan tegemoet te komen<sup>55</sup>. Hoe dan ook moet de toestemming restrictief geïnterpreteerd worden<sup>56</sup>, hetgeen betekent dat de toestemming zo moet worden uitgelegd dat ze

<sup>50</sup> Voorz. Rb. Brussel 24 februari 2003, *AM* 2003, 283. Desgevallend kan wel een beroep worden gedaan op de bescherming van de eer en goede naam, Brussel 12 maart 2004, *AM* 2005, 78 en *NjW* 2004, 599, noot E. Brewaets of op de bescherming van het auteursrecht, Brussel 29 maart 1991, *R.W.* 1991-92, noot D. Voorhoof en Rb. Brussel 21 november 2003, *AM* 2004, 156. Zie ook de bepalingen die worden toegepast door de *Raad voor de Journalistiek* en de *JEP*, *cf. supra*.

<sup>51</sup> Antwerpen 25 juni 2007, *AM* 2007, 461. In deze zaak meenden verweerders, die op hun website reproducties van de stripfiguren *Suske en Wiske* hadden gebruikt, dit gebruik zonder toestemming van de rechthebbenden te kunnen verantwoorden met een beroep op art. 10 AW en de daaraan verbonden uitzondering voor publieke personen. Dit verweer werd door het hof afgewezen, benadrukkend dat het portretrecht in deze niet van toepassing is en het auteursrecht op deze werken en stripfiguren en de daarmee verbonden toestemmingsvereiste van de auteur of de rechthebbenden onverkort gelding heeft.

<sup>52</sup> Uitzonderlijk wordt aanvaard dat de toestemming stilzwijgend gegeven werd, dus impliciet maar zeker was: Luijk (Kort Ged.) 14 juni 1993, *J.T.* 1993, 783; Rb. Brussel 29 oktober 2001, *AM* 2002, 184 en Rb. Brussel 17 mei 2002, *AM* 2003, 138. Vgl. Rb. Gent 18 mei 2005, *AM* 2005, 453 en 455 en Gent 21 februari 2008, *AM* 2008, 318.

<sup>53</sup> Antwerpen 5 mei 2003, *AM* 2004, 67.

<sup>54</sup> Antwerpen 5 mei 2003, *AM* 2004, 67 en Antwerpen 26 maart 2007, *NjW* 2007, 801-803. *Cf. infra*.

<sup>55</sup> Voorz. Rb. Brussel 15 november 2001, *AM* 2002, 187; Voorz. Rb. Brussel 13 december 2001, *AM* 2002, 189 en Rb. Brussel 21 november 2006, *AM* 2007, 284. Vgl. Kh. Brussel 11 september 1974, *J.T.* 1975, 136 en Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. Muller. Zie ook Gent 20 september 2006, *AM* 2007, 386 en D. Voorhoof, "Gents hof van beroep bestudeert naaktfoto's", *De Juristenkrant* 2006/139, 1 en 5.

<sup>56</sup> Rb. Brussel 17 mei 2002, *AM* 2003, 138 en Antwerpen 5 mei 2003, *AM* 2004, 67.

zich enkel uitstrekt tot de afbeeldingen of doeleinden waarvoor toestemming werd gegeven. Het is degene die de foto exploiteert die het bewijs van de toestemming moet leveren.

#### ENKELE VOORBEELDEN VAN “COMMERCIEEL PORTRETRECHT” EN RESTRICTIEF GEBRUIK

Het commercieel gebruik van een foto met daarop een persoon afgebeeld als amateur-clown is een inbreuk op het portretrecht van art. 10 (toen 20) AW. Aan de beroepsfotograaf en uitbater van een fotozaak was enkel toestemming gegeven om de foto in zijn etalage te plaatsen, niet om de foto te gebruiken als frontpagina voor een kalender. Met deze kalender werd in fotozaken reclame gemaakt om fotoliefhebbers ertoe uit te nodigen om, tegen betaling, bij hun fotozaak een dergelijke kalender met hun eigen foto's te laten samenstellen. Naast de vaststelling van gebrek aan toestemming hield de rechtbank voor de begroting van de schade rekening met *“de angst voor eventuele onberekenbare gevolgen voor de professionele toekomst van eiser tengevolge van de verspreiding van het portret tijdens deze voor zijn toekomst belangrijke preciaire periode”*<sup>57</sup>.

Een ander voorbeeld: eiser, een politiemanager, rijkswachter heette dat toen nog, liet zijn huwelijksreportage maken door een beroepsfotograaf. Het huwelijk liep op de klippen en de echtscheiding volgde. Korte tijd later ziet de man dat in de ALDI-keten kaders worden te koop aangeboden met daarin twee huwelijksfoto's van hem en zijn ex-echtgenote. Voor de rechtbank eist hij de stopzetting van het gebruik van deze foto's met daarbovenop een schadevergoeding. Aan de fotograaf was wel de toestemming, zelfs de opdracht gegeven om de fotoreportage te maken, maar dat gaf hem niet het recht om deze foto's verder te verspreiden of te exploiteren. Het louter ontbreken van de toestemming voor dergelijk gebruik komt neer op een schending van het portretrecht van eiser, reden waarom verbod werd opgelegd tot verdere verspreiding van de foto's, op straffe van een dwangsom per overtreding vast te stellen door een gerechtsdeurwaarder. Voor de berekening van de schade houdt de rechtbank er rekening mee dat *“eiser niet was opgezet met de verspreiding van zijn huwelijksfoto na zijn echtscheiding”* en dat *“dit ook reacties heeft uitgelokt in zijn directe omgeving: volgens zijn zegge werden zelfs foto's uitgehangen in de cafetaria van de rijkswacht door spotlustige collega's”*. De rechtbank wil de omvang van de schade ook weer niet overschatten, *“voor het grote publiek was eiser een illustere onbekende en was hij aldus niet herkenbaar”*<sup>58</sup>.

Een toestemming tot publicatie van een foto voor een boek over borstkanker waarin een vrouw getuigde over haar borstoperatie, houdt niet de toestemming in

57 Rb. Brussel 19 juni 1981, R.W. 1981-1981, 2616, met noot J. Corbet (foto 'Bobo de clown'. Op dat moment was eiser kandidaat voor een nieuwe functie in een overheidsbedrijf (Sabena)).

58 Rb. Brugge (1ste Kamer) 14 oktober 1994, A.R. 55.644, rep. nr. 94/11606 (Vermout t. Demonie), *onuitg.*



tot gebruik van deze foto in een andere context, m.n. op de cover van *P-Magazine*, volgens het vonnis “*een pikant weekblad met een grote oplage*”. De rechtbank benadrukte in deze zaak dat “*een professionele uitgever beter dan wie ook op de hoogte moet zijn van de juiste betekenis van het recht op afbeelding en moet beseffen welk een implicatie de publicatie van een foto in een magazine met grote oplage en met een bepaald niveau en allooi kan hebben op het moreel welzijn van de geportretteerde*”<sup>59</sup>. Aan eiseres werd een schadevergoeding toegekend van 9.000 euro.

Ook een politicus/politica kan zich verzetten tegen het commerciële gebruik van zijn/haar foto. In een beschikking van 22 mei 2001 werd benadrukt dat het gebruik van de naam en de foto van minister Mieke Vogels in een reclamecampagne voor babyproducten, een inbreuk was op haar recht op afbeelding. Per folder of afbeelding werd een dwangsom opgelegd van 1.250 euro, dwangsom die ook van toepassing was “*per seconde uitzendtijd in de audiovisuele media*” waarbij voor de producten van verweerster reclame werd gemaakt met verwijzing naar de persoon van de minister<sup>60</sup>.

Omgekeerd moet ook een politieke partij wanneer zij foto’s van herkenbare personen in haar advertenties integreert, vooraf toestemming bekomen van de geportretteerden. Het overkwam de campagnecel en de voorzitter van het *Vlaams Belang* toen die op één van hun affiches in de aanloop naar de verkiezingen in 2006 de foto van een fotomodel afdrukte, een foto die via het Internet was aangekocht. Uit niets bleek dat het fotomodel haar rechten had afgestaan aan het agentschap die de foto’s via Internet had verkocht. Het *Vlaams Belang* had zich er vooraf van moeten vergewissen of het fotomodel instemming had gegeven tot verdere verspreiding en gebruik van deze foto’s. Wegens schending van het portretrecht, dat volgens de rechter “absoluut” is, werd het *Vlaams Belang* bevel opgelegd om binnen de vijf dagen alle affiches en publiciteitsmaterialen met de foto van eiseres te verwijderen en te vernietigen<sup>61</sup>.

Andere rechtspraak springt soms wat soepeler om met het gebruik van iemands afbeelding<sup>62</sup> of is geneigd de omvang van de toestemming ruimer te interpreteren, zoals in de zaak van de *Menzo*-cover en de *Humo*-cover met een dubbelfoto van

59 Rb. Antwerpen 12 juni 2008, AM 2008, 321.

60 Voorz. Rb. Antwerpen (Kort Ged.) 22 mei 2001, AM 2002, 170.

61 Voorz. Rb. Brussel (Kort Ged.) 26 juni 2006, AM 2006, 496.

62 Al is de rechtspraak niet eenduidig: vgl. enerzijds Brussel 14 september 1999, AM 2000, 92; Rb. Brussel 7 april 2000, *J.T.* 2001, 799; Antwerpen 5 mei 2003, AM 2004, 67 en anderzijds Antwerpen 19 december 1995, AM 1996, 360, noot D. Voorhoof; Rb. Brussel 29 oktober 2001, AM 2002, 184 en Rb. Gent 18 mei 2005, AM 2005, 453 en 455. Zie ook Rb. Brussel 12 oktober 1988 en Rb. Brugge 31 januari 1990, in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht*, o.c., 494 en 502; Voorz. Rb. Gent 23 november 1998, AM 1999, 285; Voorz. Rb. Gent 18 december 1998, AM 1999, 286; Voorz. Rb. Brussel (Kort Ged.) 26 juni 2006, AM 2006, 496 en Gent 21 februari 2008, AM 2008, 318. Zie J. Deene, “Hof van beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug”, *De Juristenkrant* 2008/171, 1. Voor een grondiger toelichting, zie L. Dierickx, o.c., 96-124. Zie ook Rb. Brussel 12 maart 1996, AM 1996, 449 en Antwerpen 26 maart 2007, *NjW* 2007, 801-803.

de olympische atleten Kim Gevaert en Jonathan N’Senga<sup>63</sup>. In een vonnis van 29 oktober 2001 was de rechtbank van Brussel van oordeel dat het gebruik van een foto voor de lancering van een nieuw tijdschrift (*Menzo*), geen inbreuk was op het portretrecht van de twee atleten. Het vonnis benadrukt dat de topsporters duidelijk hebben geposeerd en dat zij wisten dat zij meewerkten aan een fotosessie door een professioneel fotograaf. Het tijdschrift dat het publicatierecht van de fotosessie had verworven mocht de foto gebruiken voor de cover en voor de lanceringscampagne voor het tijdschrift. In dezelfde periode publiceerde ook het weekblad *Humo* een parodiërende fotomontage van deze foto op de cover: opmerkelijk is hier de argumentatie van de rechtbank dat *Humo* zich hiervoor kon beroepen op de parodie-exceptie van art. 22 § 1, 6° AW<sup>64</sup>. Het vonnis in de zaak N’Senga en Gevaert t. *Menzo* wijst ontegensprekelijk op een grote terughoudendheid van de rechtbank om de commerciële exploitatie van het portret van de atleten via hun portretrecht in te perken. Sterker zelfs, de twee atleten werden veroordeeld wegens tergend en roekeloos geding. Zij moesten zelf een schadevergoeding betalen aan de uitgever van *Menzo*, Mediaxis.

Terwijl de rechtspraak dus bij sportfiguren en professionele modellen de implicaties van een toestemming soms wat ruimer interpreteert, komt men geportretteerden die geen professioneel model zijn soms erg ver tegemoet, zoals in de zaak van de naaktfoto’s in *Flair*. In 2006 was het hof van beroep te Gent van oordeel dat een koppel dat expliciet en ondubbelzinnig de toestemming had gegeven om naakt te poseren voor een fotosessie in een magazine, zich achteraf er terecht mocht over beklagen... dat zij naakt waren afgebeeld<sup>65</sup>. Nog opmerkelijker in deze zaak was dat de vordering tegen *Aurex/Het Laatste Nieuws* gegrond werd verklaard. De motivering van het hof luidde dat de betrokkenen wel een interview hadden gegeven in *Het Laatste Nieuws* en dat toestemming was gegeven tot het nemen en publiceren van een foto in het kader van dit interview, maar dat dit niet impliceerde dat zij ermee akkoord gingen dat bij het krantenartikel ook de litigieuze naaktfoto uit *Flair* zou worden gepubliceerd<sup>66</sup>.

63 Rb. Brussel 29 oktober 2001, AM 2002, 184. Zie ook Vred. Brussel 29 december 1986, R.W. 1986-1987, 2384 en Antwerpen 19 december 1995, AM 1996, 360.

64 Dit is een verkeerde interpretatie door de rechtbank: de parodie-exceptie in de auteurswet is een uitzondering op het auteursrecht en kan geen rechtsgrond zijn voor een beperking op het recht op afbeelding. De vordering van N’Senga en Gevaert tegen *Humo* was gebaseerd op hun portretrecht van art. 20 AW, maar niet op enig auteursrecht.

65 Gent 20 september 2006, AM 2007, 386.

66 Voor een kritische beschouwing, zie D. Voorhoof, “Gents hof van beroep bestudeert naaktfoto’s”, *De Juristenkrant* 2006/139, 1 en 5.



BEPERKINGEN OP HET PORTRETRECHT

Hoewel artikel 10 AW op absolute wijze is geformuleerd, nemen de rechtspraak en de rechtsleer aan dat in een aantal omstandigheden een persoon zich niet kan verzetten tegen de reproductie, verspreiding, openbaarmaking, tentoonstelling of publieke mededeling van diens foto of afbeelding. Dit geldt vooral voor publieke personen (politici, bedrijfsleiders, filmsterren, sportfiguren...) die zich niet kunnen verzetten tegen de reproductie of publieke mededeling van hun afbeelding in het kader van de actualiteitsverslaggeving<sup>67</sup>. In de rechtspraak is bij herhaling benadrukt dat een publiek figuur zich in principe niet kan verzetten tegen de openbaarmaking van zijn foto gelet op de expressievrijheid (art. 10 EVRM) en het recht op informatie van het publiek<sup>68</sup>.

Sportvedetten bijvoorbeeld worden geacht stilzwijgend toestemming te hebben gegeven tot de publicatie van foto's genomen in het kader van hun professionele activiteiten<sup>69</sup>. Er is evenwel een inbreuk op art. 10 AW wanneer zonder toestem-

67 Inzonderheid de gerechtsverslaggeving: zie L. Dierickx, o.c., 184-198. Zie echter ook art. 35 Wet Politieambt en de art. 433bis en 378bis S.W. Zie ook de door de Raad van de Journalistiek afgekondigde "Aanbeveling over identificatie in een gerechtelijke context", 11 december 2008, [www.rvdj.be](http://www.rvdj.be)

68 Rb. Brussel 21 maart 2000, AM 2000, 460, Rb. Antwerpen 23 juni 2005, AM 2005, 455 en Brussel 15 september 2006, NjW 2007, 80.

69 Gent 21 februari 2008, AM 2008, 318. Zie ook J. Deene, "Hof van beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug", *De Juristenkrant* 2008/171, 1.

ming van de betrokkene met de foto een product op de markt wordt gebracht, zoals in de zaak van de poster van Kim Clijsters<sup>70</sup>. Een publiek persoon kan zich m.a.w. verzetten tegen het commercieel gebruik van zijn of haar afbeelding<sup>71</sup>.

Publieke personen moeten evenmin gedogen dat een foto die verband houdt met het privé-leven wordt gereproduceerd of publiek medegedeeld<sup>72</sup>. De publicatie van een foto van een politicus die diens eer en goede naam aantast, ook al houdt de publicatie van de foto geen verband met zijn privé-leven, kan als onrechtmatig beschouwd worden<sup>73</sup>. Een veroordeling wegens inbreuk op het recht op afbeelding bij journalistiek gebruik van een foto van een politicus, bijvoorbeeld op de cover van een journalistiek boek, moet wel gemotiveerd worden afgewogen tegen het recht op vrije meningsuiting, waarbij moet worden aangegeven dat de opgelegde beperking beantwoordt aan een dwingende sociale behoefte en evenredig is met het beoogde doel<sup>74</sup>. Het portretrecht kan evenmin worden ingeroepen wanneer het een foto betreft van een persoon op een openbare plaats, als onderdeel van een maatschappelijk gebeuren of menigte, foto die gebruikt wordt in een informatief of journalistiek kader<sup>75</sup>. Zeer omstreden zijn een aantal rechterlijke beslissingen waarin sprake is van inbreuk op het recht op afbeelding in combinatie met het recht op eer en goede naam van politici of van publieke personen, in geval van een karikaturale of schertsende voorstelling<sup>76</sup>. Bepaalde rechtspraak verwijst voor de legitimatie van een parodiërende fotomontage naar de parodie-exceptie van art. 22 § 1, 6° AW, de wettelijke uitzondering inzake de parodie in het auteursrecht verkeerdelijk ook toepassend op het recht op afbeelding<sup>77</sup>. Volgens een recent vonnis moet bij de beoordeling van een politieke spotprent voldoende rekening worden gehouden met het recht op vrije meningsuiting. Het vonnis benadrukt dat “een

70 Gent 21 februari 2008, AM 2008, 318.

71 Brussel 4 oktober 1989, R.W. 1989-90, 651; Voorz. Rb. Antwerpen (Kort Ged.), 22 mei 2001, AM 2001, 170; Rb. Brussel 29 oktober 2001, AM 2002, 184 en Gent 21 februari 2008, AM 2008, 318

72 Rb. Brugge 27 juni 1994, R.W. 1994-95, 473; Rb. Brussel 16 december 1997, AM 1998, 260, Brussel 5 februari 1999, AM 1999, 274; Voorz. Rb. Brussel 21 maart 2001, AM 2002, 75 en Rb. Brussel 27 april 2004, AM 2005, 80.

73 Antwerpen 11 oktober 2005, AM 2006, 201, arrest vernietigd door Cass. 27 april 2007, AM 2007, 377. Zie ook D. Voorhoof, “Johan Demol krijgt gelijk voor hof van beroep Antwerpen”, *De Juristenkrant* 2005/116, 13; K. Lemmens, “Wie is Demol? Bedenkingen bij een boek en een arrest”, AM 2006, 147-160 en D. Voorhoof, “Hof van Cassatie verbreekt omstreden arrest in verband met boek over VB-politicus”, AM 2007, 378. Vgl. Rb. Brussel 25 april 1991, in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht*, o.c., 503 en Rb. Brussel 25 april 2008, AM 2008, 226.

74 Cass. 27 april 2007, AM 2007, 377, met noot D. Voorhoof.

75 Antwerpen 21 juni 2004, AM 2005, 76. Zie ook D. Voorhoof, “Vlaams Blok mocht toch migrante in beeld brengen”, *De Juristenkrant* 2004/95, 15. Vgl. Rb. Antwerpen 20 september 2002, AM 2003, 145, met noot M. Isgour. Zie ook Brussel 15 september 2006, *NjW* 2007, 80. Dergelijke foto's mogen echter niet worden aangewend om geportretteerden in verband te brengen met maatschappelijk geëngageerde verenigingen of religies waarmee ze geen uitstaans hebben: Rb. Antwerpen 24 juni 1985, R.W. 1985-1986, 2645; Rb. Antwerpen 12 mei 1989, R.W. 1989-1990, 654.

76 Zie o.a. Gent 19 maart 1984, gepubl. in D. Voorhoof, *Actuele vraagstukken van Mediarecht*, o.c., 88. Rb. Brussel 25 april 2008, AM 2008, 226.

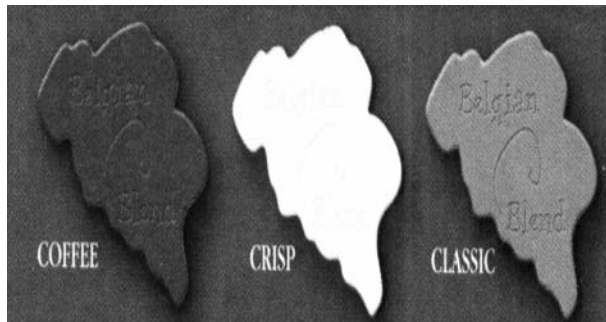
77 Rb. Brussel 20 oktober 2001, AM 2002, 184.

*cartoon een spotprent is en dat een politieke cartoon een politieke spotprent is*" en dat "spotten per definitie negatief geladen is"<sup>78</sup>. Meteen ligt hier een bijzonder moeilijk te trekken grens tussen de vrijheid van expressie voor karikaturen en fotomontages en het recht op afbeelding van personen...

Vooraf het coverbeleid van bepaalde magazines komt op gespannen voet te staan met het portretrecht van de afgebeelde personen. Deze praktijk heeft duidelijk een commerciële impact: bij de tijdschriften weet men heel goed hoe een cover de verkoopcijfers en de oplage positief kan beïnvloeden. Covers die de aandacht trekken zijn dus een belangrijk instrument van commerciële marketing voor deze magazines. Maar bij sommige van die covers gaat men wel heel erg ver bij het publiceren of monteren van foto's van bekende personen. De omstreden *Humo*-cover bijvoorbeeld met de Belgische koning in een wat ongewone krachtpatserscène om zijn koninkrijk overeind te houden, is daarvan een goede illustratie<sup>79</sup>.



De cover heeft nogal wat reacties uitgelokt, maar de meest indrukwekkende reactie was die van de koning zelf, die ... niet reageerde. Ondertussen blijft het koninkrijk België overigens wel overeind, sterker, het portret van België zelf, zo is gebleken



is auteursrechtelijk beschermd, althans in pralinevorm<sup>80</sup>. Waarmee meteen ook is aangetoond dat er niet enkel een commercieel portretrecht is *in*, maar dat er ook een commercieel portretrecht is *van* België.

<sup>78</sup> Rb. Antwerpen 15 mei 2008, AM 2008, 320.

<sup>79</sup> Zie D. Voorhoof, "Majesteitsschennis strafbaar, maar nauwelijks vervolgd", *De Juristenkrant* 2007/156, 6.

<sup>80</sup> Brussel 3 mei 3 mei 2005, AM 2005, 299, noot J. Ceuleers.