Annotatie arsaequi.nl/maandblad AA201301

Cruijff/Tirion. Commercieel portretrecht, privacy en redelijke vergoeding

Prof.mr. D.J.G. Visser*

Hoge Raad 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788

Op 14 juni deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak tussen Johan Cruijff en Uitgeverij Tirion. De Hoge Raad oordeelde onder meer dat het portretrecht van artikel 21 Auteurswet geen absoluut verbodsrecht behelst. Of een geportretteerde zich tegen publicatie van een niet in opdracht gemaakt portret kan verzetten is afhankelijk van een belangenafweging, waarin het aanbieden van een redelijke vergoeding een rol kan spelen. Meest opvallend is dat de Hoge Raad het commercieel belang van de geportretteerde onderbrengt bij het recht van op privacy van artikel 8 EVRM.

Achtergrond

In deze zaak draait het om de publicatie van een door Uitgeverij Tirion uitgegeven fotoboek, getiteld: *Johan Cruijff – De Ajacied*. Het boek bestaat uit een verzameling foto's van Cruijff, uit de perioden waarin hij voor Ajax speelde. Deze niet in opdracht gemaakte foto's zijn gemaakt door Guus de Jong en van tekst voorzien door journalist Jaap Visser. Het boek is op 5 november 2003 op de markt verschenen. Een half jaar daarvoor, in april 2003, had Tirion Cruijff al geïnformeerd over de op handen zijnde uitgave. Tirion bood Cruijff een van de verkoopcijfers afhankelijke vergoeding aan. Cruijff of zijn Cruijff Foundation kon over de eerste 5.000 verkochte exemplaren een vergoeding van € 7.500 tegemoet zien en over de tweede 5.000 exemplaren € 10.000. Over opvolgende oplages konden volgens Tirion gelijkluidende afspraken worden gemaakt.

Cruijff ging niet akkoord, maar Tirion gaf het boek toch uit. Daarop startte Cruijff in oktober 2003 een kort geding, waarin hij onder meer een publicatieverbod vorderde. De voorzieningenrechter wees de vorderingen van Cruijff af. Maar er kwam wel een verbod.[1] Een verbodsvordering van de Supportersvereniging Ajax werd namelijk wél toegewezen. De voorzieningenrechter meende dat het auteursrecht op een aantal foto's bij de Supportersvereniging berustte, zodat alleen zij gerechtigd was deze te exploiteren. In de bodemprocedure volgend op het kort geding werden de vorderingen van de Supportersvereniging echter ook afgewezen,[2] waarna het boek in september 2005 weer op de markt kwam.

Het boek is uitverkocht in 2008 en wordt niet meer geleverd.

In 2008 startte Cruijff een bodemprocedure. Hij vorderde onder meer een verklaring voor recht, dat hij een recht, althans een redelijk belang heeft, zich te verzetten tegen de publicatie van het boek. Cruijff meende dat hem een absoluut portret- of zelfbeschikkingsrecht toekomt, inhoudende dat voor de publicatie van zijn niet in opdracht gemaakte portret zijn toestemming in beginsel vereist is. Tirion stelt dat Cruijff enkel aanspraak kan maken op een hem aangeboden redelijke vergoeding.

Juridisch kader

Het portretrecht voor niet in opdracht gemaakte portretten is in Nederland geregeld in artikel 21 Auteurswet

* Met dank aan Sebastiaan Brommersma, evenals Dirk Visser advocaat te Amsterdam (Klos Morel Vos & Schaap). Visser is daarnaast hoogleraar in Leiden. Beiden schreven over hetzelfde arrest ook een bijdrage voor een feestbundel voor de Vereniging voor Media en Communicatierecht.

1 Vzr. Rb. Utrecht 11 november 2003, *IER* 2004, 27.
2 Rb. Utrecht 24 augustus 2005, niet gepubliceerd.

(Aw). Het onderscheidt zich van het verbodsrecht van artikel 20 Aw dat geldt voor in opdracht gemaakte portretten.[3] Artikel 21 Aw luidt:

'Is een portret vervaardigd zonder daartoe strekkende opdracht, den maker door of vanwege den geportretteerde, of te diens behoeve, gegeven, dan is openbaarmaking daarvan door dengene, wien het auteursrecht daarop toekomt, niet geoorloofd, voor zoover een redelijk belang van den geportretteerde of, na zijn overlijden, van een zijner nabestaanden zich tegen de openbaarmaking verzet.'

Naar de letter richt artikel 21 Aw zich enkel tegen diegene, aan wie het auteursrecht op het portret toekomt. Blijkens vaste rechtspraak geldt dit artikel echter ook voor derden.[4]

Volgens artikel 21 Aw dient een geportretteerde een redelijk belang te hebben om zich tegen publicatie van zijn portret te kunnen verzetten. Het redelijk belang is allereerst een privacybelang.[5] Deze categorie van belangen is in het Vondelpark-arrest door de Hoge Raad voor het eerst mede gebaseerd op artikel 8 EVRM.[6] Sinds het 't Schaep met de vijf-pooten arrest uit 1979, kan het redelijk belang voor personen met 'verzilverbare populariteit' ook voortvloeien uit commerciële belangen.[7]

Blijkens het Discodanser-arrest[8] kan iedere geportretteerde een redelijk belang hebben om zich te verzetten tegen beruik van zijn portret voor reclamedoeleinden.[9] Volgens dit arrest hoeft niemand te dulden dat hij onvrijwillig met een product wordt geassocieerd, waarbij de indruk kan ontstaan dat hij het product ondersteunt of (tegen betaling) zijn medewerking heeft verleend aan het gebruik van zijn portret voor dit doel.

Een commercieel of privacybelang alleen is niet voldoende voor een geportretteerde om zich tegen publicatie te kunnen verzetten. In het Ferdi E. arrest bepaalde de Hoge Raad dat deze belangen in een concreet geval moeten worden afgewogen tegen de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid van artikel 10 EVRM, waarbij alle omstandigheden van het geval meewegen.[10] De uitkomst bepaalt of de geportretteerde zich tegen publicatie kan verzetten.

Over de reikwijdte van het portretrecht zijn op Europees niveau belangrijke uitspraken gedaan.[11] Daarbij ging het vooral om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer of privacy, van artikel 8 EVRM. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) oordeelde in de zaak *Reklos*[12] dat voor de invulling van de persoonlijke levenssfeer in het kader van het portretrecht het navolgende *General Principle* geldt:

'(…) As a person's image is one of the characteristics attached to his or her personality, its effective protection presupposes, (...), obtaining the consent of the person concerned at the time the picture is taken and not simply if and when it is published.'[13]

In deze overweging kan een sterk portretrecht worden gelezen. Dommering meent hier zelfs de bevestiging van een zelfbeschikkingsrecht zonder meer uit te kunnen halen, waarvan alleen in bijzondere gevallen zou kunnen worden afgeweken.[14] Een van de vragen in de procedure tussen Cruijff en Tirion, was of deze opvatting juist was.

De procedure

Het is niet verwonderlijk dat Cruijff voor de stelling dat hem een absoluut portretrecht toekomt, aansluiting zocht bij *Reklos*. De rechtbank wees het beroep hierop echter af.[15] Het *Reklos*-arrest kon volgens haar niet los worden gezien van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij met name van belang was dat het in *Reklos* enkel om een privacybelang draaide en niet (ook) om de afweging daarvan tegenover het belang van vrijheid van meningsuiting en/of informatievergaring van artikel 10 EVRM.[16] De rechtbank oordeelde dat een belangenafweging de doorslag diende te geven. Zij overwoog dat Cruijff geen redelijk belang kon ontlenen aan de privacy, nu de gebruikte foto's daar geen inbreuk op maakten. Cruijff kwam wel een redelijk belang toe op basis van zijn commercieel belang. Dit belang legde het in de gegeven omstandigheden echter af tegen het belang om te voorzien in de behoefte van het publiek om over Cruijff te worden voorgelicht. Cruijff kon zich volgens de rechtbank dus niet tegen publicatie van het boek verzetten. Op 3 januari 2012, bevestigde het Amsterdamse hof dit vonnis.[17] Vervolgens was het woord aan de Hoge Raad.

Absoluut portretrecht

Ook in cassatie stelde Cruijff zich op het standpunt dat zijn portretrecht absoluut was. Zonder al te veel omhaal maakt de Hoge Raad in r.o. 3.5. korte metten met deze opvatting waar hij overweegt:

3 Vanaf hier zal steeds worden gesproken over 'portret'. Tenzij anders vermeld, wordt daarmee het niet in opdracht gemaakte portret bedoeld als omschreven in art. 21 Aw.
4 HR 22 mei 1916, *NJ* 1916, p. 808.
5 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1987, 277 (*Naturiste*).
6 HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 277 (*Vondelpark)*.
7 HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 383. (*'t Schaep met de vijf pooten*). Overigens is de basis voor het aannemen van een financieel belang als een redelijk belang al eerder gelegd in de zaken omtrent Songfestivalwinnares Teddy Scholten. Zie: Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1959, *NJ* 1959, 648 en bevestigd door het Hof 's-Gravenhage op 13 april 1960, *NJ* 1961, 160 (*Teddy Scholten*).
8 HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661 (*Discodanser*).
9 J. Schaap, 'Het commercieel belang van de onbekende', verschenen in D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht*, Amstelveen: deLex 2009, p. 75-82.
10 HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 (*Ferdi. E.*). Sinds 2000 heeft het EHRM de juistheid van de afweging van de onder art. 8 en art. 10 EVRM beschermde belangen voor de beoordeling van portretpublicaties herhaaldelijk bevestigd. Verwezen wordt naar de in noot 16 van de conclusie van A-G Verkade bij het arrest *Cruijff/Tirion* genoemde rechtspraak.
11 Verwezen wordt o.a. naar de zaken *Caroline von Hannover I* (EHRM 24 juni 2004, *NJ* 2005, 22 en *Caroline von Hannover II* (EHRM 7 februari 2012, *NJ* 2013, 250 beide m.nt. E.J. Dommering.
12 EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 524, m.nt. E.J. Dommering (*Reklos*).
13 Herhaald door het EHRM in *Caroline von Hannover II*, r.o. 96 e.v., zie noot 12.
14 Zie zijn noot bij EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 524.
15 Rb. Amsterdam 14 april 2010, *IER* 2011, 7, m.nt. M. De Cock Buning (*Cruijff/Tirion*).
16 In *Reklos* ging het om een portret van een pasgeboren Griekse couveusebaby, gemaakt zonder toestemming van de ouders op een afgesloten afdeling van een privékliniek, die alleen toegankelijk was voor medisch personeel en waarbij de kliniek de negatieven ook nog eens had achtergehouden.
17 Hof Amsterdam 3 januari 2012, *IEPT* 20120103 (*Cruijff/Tirion*).

'Niet geldt als uitgangspunt dat voor openbaarmaking steeds voorafgaande toestemming van de geportretteerde is vereist. Ook uit de rechtspraak van het EHRM bij art. 8 EVRM (…) kan niet een dergelijk absoluut verbodsrecht van de geportretteerde worden afgeleid.'

Het aangehaalde *General Principle* uit *Reklos* biedt dus geen basis voor een absoluut portretrecht. Dat lijkt terecht, ook gezien de toepassing hiervan door het EHRM zelf. In *Reklos* volstond het EHRM niet met de conclusie dat sprake was van privacy schending, omdát geen toestemming was verleend voor het maken van foto's. Het EHRM paste het *General Principle* eerst toe op het feitencomplex en kwam vervolgens tot die conclusie. Ook stelde het EHRM in *Caroline von Hannover II*, na het *General Principle* te hebben herhaald, dat de onder artikel 8 en artikel 10 EVRM beschermde rechten *equal respect* verdienen en dat een belangenafweging in het concrete geval moet uitwijzen welk recht prevaleert.[18]

Dat artikel 8 EVRM geen absoluut verbodsrecht omvat sluit ook aan bij de overwegingen van de Hoge Raad in het eerder genoemde Ferdi E.-arrest. Daar overwoog ook de Hoge Raad dat de belangen van artikel 8 en 10 EVRM gelijkwaardig zijn. Onder verwijzing naar *Ferdi E.* overweegt de Hoge Raad ook nu dat de concrete omstandigheden van het geval de doorslag geven in de te maken belangenafweging. In r.o. 3.4. somt hij een aantal omstandigheden op die in die belangenafweging een rol kunnen spelen.

'Bij deze afweging kunnen van belang zijn de persoon van de geportretteerde, de plaats en de wijze van totstandkoming van de afbeelding, de aard en mate van intimiteit waarin de geportretteerde is afgebeeld, het karakter van de afbeelding, de context van de publicatie, de juistheid van de overige in de publicatie verstrekte informatie, alsmede het maatschappelijk belang, de nieuwswaarde of informatieve waarde van de openbaarmaking hiervan.'

Ook in r.o. 3.6.1. benadrukt de Hoge Raad dat de beantwoording van de vraag of een openbaarmaking van een niet in opdracht gemaakt portret onrechtmatig is, sterk afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. Deze vraag is dus beperkt vatbaar voor toetsing in cassatie. Desondanks geeft de Hoge Raad een aantal vuistregels voor de af te wegen belangen. Ten aanzien van het privacybelang, maakt de Hoge Raad daarbij een onderscheid tussen bekende en niet-bekende Nederlanders. Voor laatstgenoemde groep, lijkt een verbodsrecht het uitgangspunt:

'3.6.2 Voor zover gericht op de bescherming van privacybelangen is het portretrecht een persoonlijkheidsrecht waaraan in de regel een zwaarwegend gewicht zal toekomen. Dit geldt vooral ten aanzien van geportretteerden die geen publieke bekendheid genieten, in die zin dat zij openbaarmaking van hun portret in beginsel niet behoeven te dulden.'

Ondanks dat een concrete belangenafweging de doorslag zal geven, geldt dat een portret van een niet-bekende Nederlander in beginsel niet mag worden gebruikt. In voorkomende gevallen zal de 'gebruiker' moeten stellen en bewijzen dat sprake is van een uitzondering, op grond waarvan hij dit portret toch zou mogen gebruiken. Het is de vraag in hoeverre dit zich verhoudt tot het eerder besproken *equal respect* tussen artikel 8 en artikel 10 EVRM. De gebruiker staat hierdoor al met '1-0 achter'. Het portretrecht van de onbekende Nederlander lijkt aldus in gewicht toegenomen.

A) Cruijff, 5 mei 1968, B) Cruijff, 18 mei 1968, C) Cruijff achter de schermen. Bron *Johan Cruijff – De Ajacied*. Foto's © Guus de Jong

18 EHRM 7 februari 2012, *NJ* 2013, 250, m.nt. E.J. Dommering (*Caroline von Hannover II*) r.o. 106 e.v.

Ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van bekende personen zal zwaar wegen. Er zijn echter omstandigheden waaronder de publicatie van foto's van deze beroemdheden tot op zekere hoogte inherent is aan hun beroepsuitoefening en de daarmee gemoeide bekendheid en belangstelling van het publiek (r.o. 3.6.2):

'(…) Indien de openbaarmaking de beroepsuitoefening van een daardoor bekende geportretteerde betreft, komt (…) in de regel groot gewicht toe aan factoren als algemene nieuwswaarde en informatie aan het publiek in verhouding tot diens enkele verzet tegen openbaarmaking.'

In de genoemde omstandigheden lijkt de last voor het bewijs dat het gebruik van een foto onrechtmatig is, bij de bekende Nederlander te rusten. Het gewicht dat aan de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer moet worden toegekend, hangt dus (weer) sterk af van de concrete omstandigheden van het geval, maar zijn positie is niet zo stevig als die van de niet-bekenden.

Commercieel belang

Bekende geportretteerden kunnen als gezegd ook een commercieel belang hebben zich tegen publicatie van hun portret te verzetten. Ten aanzien van deze belangen overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.6.3.:

'Juist bij de personen die door hun beroepsuitoefening bekendheid genieten, kunnen commerciële belangen gemoeid zijn bij de openbaarmaking van hun portret. Ook dergelijke belangen vinden onder art. 8 EVRM bescherming en kunnen worden betrokken in de afweging tegen het onder art. 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid.'

Dit is misschien wel de belangrijkste overweging uit het arrest. Niet eerder bracht de Hoge Raad of het EHRM het commercieel belang van een geportretteerde onder het *private life* grondrecht van artikel 8 EVRM. De reikwijdte van artikel 8 EVRM is door de jaren heen wel steeds verder opgerekt. Zo oordeelde het EHRM eerder al dat ook de bescherming van een reputatie onder artikel 8 EVRM valt,[19] dat ook bekende en publieke personen legitieme verwachtingen mogen hebben ten aanzien van de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer,[20] dat de bescherming van artikel 8 EVRM zich, naast privéactiviteiten, ook uitstrekt tot de werkvloer[21] en dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zich onder omstandigheden ook uitstrekt tot de publieke ruimte.[22] Bovendien benadrukte het EHRM in *Reklos* nog dat *private life* een brede definitie kent (r.o. 39). Kortom: de overweging komt niet helemaal als een donderslag bij heldere hemel.

De Hoge Raad noemt deze uitspraken van het EHRM ook bijna allemaal in overweging 3.4 (e) en verwijst hier in overweging 3.6.1 nog eens naar. Het lijkt er dan ook op dat de Hoge Raad zijn oordeel (mede) op deze Europese rechtspraak heeft gebaseerd. Of de overweging daarmee terecht is, is echter de vraag. Privacybelangen en commerciële belangen zijn naar hun aard verschillend. Waar het privacybelang in de regel dient ter voorkoming van bepaalde publicaties, ziet het commercieel belang juist op de uitbating daarvan.[23]

Gevolg is dat het commercieel belang van de bekende geportretteerde vanaf nu moet worden meegenomen in de te maken belangenafweging tussen artikel 8 en artikel 10 EVRM. Het commercieel belang zal derhalve moeten worden geïnterpreteerd als een grondrecht. Het is niet (bij voorbaat) lager in rang of minder sterk van gewicht dan enig belang dat onder artikel 10 EVRM bescherming geniet. Artikel 8 en artikel 10 EVRM genieten immers *equal respect*. Bovendien wordt hiermee de deur voor een Europees (geharmoniseerd) begrip van het commercieel belang opengezet. Tot dit arrest viel dit belang immers (exclusief) onder de reikwijdte van het nationaal bepaalde artikel 21 Aw. Vanaf nu zullen artikel 8 EVRM en de daarbij behorende jurisprudentie de koers echter bepalen. Dit kan flinke gevolgen hebben voor de reikwijdte van dit belang. Uit *Reklos* volgt immers dat:

'In general terms, the Court observes that according to its case-law "private life" is a broad concept not susceptible to exhaustive definition.'

De Hoge Raad haast zich echter daarbij op te merken:

'Welk gewicht aan het door de geportretteerde gestelde commerciële belang in een gegeven geval toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.'

De gevolgen van deze overwegingen lijken derhalve niet te moeten worden overdreven. Er wordt – voor de feitenrechters – voldoende ruimte gelaten voor nuancering in het concrete geval. De toekomst zal echter moeten uitwijzen welke impact dit heeft op (de ontwikkeling van) dit leerstuk.

De redelijke vergoeding

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de belangenafweging in het geval van een geportretteerde met een verzilverbare populariteit. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van deze groep in r.o. 3.6.3:

19 EHRM 29 juni 2004, 64915/01 (*Chauvy and others / France*), EHRM 15 november 2007, 12556/03 (*Pfeifer / Austria)*, EHRM 21 september 2010, 34147/06 (*Polanco Torres and Movilla Polanvo / Spain)*.

20 EHRM 24 juni 2004, *NJ* 2005, 22, (*Caroline von Hannover I*). Zie ook EHRM 18 januari 2011, 39401/04 (*Mgn Limited / UK*) waarin de omstandigheden waaronder een foto was gemaakt van Naomi Campbell (met een telelens in een afkickkliniek) van doorslaggevend belang waren. Zie voorts EHRM 23 juli 2009, 12268/03 (*Hachette Filipacchi Associes v. France*) en EHRM 7 februari 2012, 39954/08 (*Axel Springer AG / Germany*), waarin het EHRM overwoog dat de legitieme verwachtingen eveneens samenhangen met de wijze waarop de geportretteerde zichzelf en/of (foto)materiaal over zichzelf in de spotlights zet/openbaar heeft gemaakt.

21 EHRM 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 566 (*Köpke)*, EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (*Niemietz*).

22 EHRM 16 april 2009, 34408/04 (*Egeland & Hanseid v. Norway*) over de publicatie van een op de openbare weg gemaakte foto van een (in een het algemeen belang betreffende strafrechtelijke procedure) veroordeelde vrouw.

23 Zie ook W. Korthals Altes in, *'t Schaep alsnog naar Straatsburg*', verschenen in D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, o.c. 2009, p. 83-90.

'Is bij een geportretteerde met verzilverbare populariteit enkel sprake van een zodanig [commercieel] belang en is geen sprake van omstandigheden die rechtvaardigen om aan dat belang voorbij te gaan, dan kan bij de beoordeling een belangrijke rol spelen of een redelijke vergoeding is aangeboden.'

De redelijke vergoeding is dus alleen van belang, als de geportretteerde *alleen* een commercieel belang heeft zich tegen publicatie te verzetten en er geen reden is daaraan voorbij te gaan. Voor dit laatste geval kan worden gedacht aan verslaggeving in een journalistiek medium.[24]

De redelijke vergoeding speelt geen rol als de geportretteerde (ook) een privacybelang heeft. Het Discodanserarrest lijkt daarmee niet aan waarde in te boeten. Onvrijwillige associatie raakt immers de persoonlijke levenssfeer. Een redelijke vergoeding zal in die gevallen dan ook niet van belang zijn. Verwacht wordt dat hetzelfde zal gelden voor ander, niet-commercieel gebruik waarmee de indruk wordt gewekt dat iets wordt ondersteund, zoals een politieke partij, een actie of een goed doel. Dit laatste stond centraal in de zaak over de slapende voetballers van het Nederlands elftal.[25]

De redelijkheid van de vergoeding

Nadat de Hoge Raad vaststelt in welke gevallen de redelijke vergoeding van belang is, bespreekt hij wanneer deze als redelijk kan worden beoordeeld. De omstandigheden van het geval zijn blijkens r.o. 3.6.3 weer doorslaggevend.

'In ieder zal geval de vergoeding recht moeten doen aan de mate van populariteit of bekendheid van de geportretteerde en in overeenstemming dienen te zijn met de waarde van het exploitatiebelang van de geportretteerde in het economisch verkeer.'

De vergoeding is derhalve afhankelijk van de 'marktwaarde' van de geportretteerde. Dat betekent dat in de praktijk niet kan worden volstaan met een vast percentage van opbrengst, in de trant van: 10% aanbieden is altijd redelijk. Een zeer bekende persoon heeft recht op een veel hogere vergoeding dan iemand die eens heeft meegedaan aan Lingo. Bovendien hoeft een percentage of winstdeel niet altijd tot een redelijk resultaat te leiden. Als een onrechtmatige publicatie bijna voor niets wordt weggegeven of verlies draait, levert ook een percentage bijna niets op. Overigens werd Cruijff wél een vergoeding op basis van de verkoopcijfers aangeboden en niet op basis van zijn marktwaarde. Hij verzuimde echter de redelijkheid daarvan te betwisten, zodat dat niet ter zake doet. Dit plaatste Cruijff in een lastig parket, want, zo overweegt de Hoge Raad in (nog steeds) r.o. 3.6.3:

'Indien vaststaat of onbetwist is dat een redelijke vergoeding is aangeboden (en bescherming van privacy-belangen niet aan de orde is) zullen in beginsel bijkomende omstandigheden nodig zijn voor het oordeel dat de openbaarmaking jegens de geportretteerde onrechtmatig is.'

Wederom benadrukt de Hoge Raad dat de redelijke vergoeding alleen een rol speelt als de privacy niet in het geding is. In die gevallen zal de geportretteerde bijkomende onrechtmatige omstandigheden moeten stellen om zich tegen publicatie te kunnen verzetten.

'Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat de publicatie afbreuk doet of schadelijk is voor de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wenst te exploiteren.' (r.o. 3.6.3)

De Hoge Raad zet ook hier de geportretteerde centraal en lijkt hem zelfs enige keuzevrijheid te schenken. Daarmee lijkt de Hoge Raad de geportretteerde een handvat te bieden om (relatief) gemakkelijk te betogen dat de openbaarmaking onrechtmatig is. Doorslaggevend zal daarbij zijn hoe zwaar de bewijslast zal wegen. Is de enkele stelling dat de publicatie afbreuk doet aan de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wil exploiteren genoeg, of zal hij met 'meer' moeten komen?
De enkele stelling van de geportretteerde dat hij zijn bekendheid anders wenst te exploiteren lijkt onvoldoende. Cruijff stelde in eerste aanleg bijvoorbeeld dat hij zijn bekendheid exclusief via uitgeverij BZZTôH wilde exploiteren. Omdat hij deze stelling onvoldoende had onderbouwd, ging de rechtbank daaraan voorbij. Interessant is hoe dit zou zijn uitgepakt als Cruijff zijn stelling wel voldoende had onderbouwd. Uit de overweging van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat deze een 'bijkomende omstandigheid' zou kunnen opleveren. Immers, het gebruik door een derde van een portret kan de exclusiviteit en (dus) de waarde van dat portret aantasten en zo schadelijk zijn voor de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wenst te exploiteren. Modellen, filmsterren, dj's en bekende sporters sluiten regelmatig exclusieve overeenkomsten met bekende kleding-, horloge- en parfummerken. Met één zo'n contract zouden zij al die publicaties die géén inbreuk maken op hun privacy, maar die wel afbreuk doen aan hun commercieel belang alsnog kunnen verbieden, ongeacht of hen een redelijke vergoeding is aangeboden. Op zichzelf bezien lijkt de Hoge Raad voor deze opvatting de ruimte te bieden. Gevaar daarvan is echter dat op deze wijze alsnog een verkapt 'toestemmingsrecht' ontstaat en dat is nu juist niet de bedoeling.

In het geval van Cruijff waren er geen bijkomende omstandigheden. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat Cruijff door de publicatie van het fotoboek niet in een redelijk belang is geschonden, in stand. Dat het fotoboek volgens het hof zijn informatieve waarde voor het geïnteresseerde publiek ontleent aan de foto's, dat de foto's geen ondergeschikte rol spelen in het fotoboek en de omstandigheid dat de belangen van Tirion bij publicatie van het fotoboek (volgens Cruijff) enkel commercieel van aard zijn, staan er niet aan in de weg dat Tirion in dit geval met het aanbieden van een redelijke vergoeding kon volstaan. Cruijff kan zich niet tegen publicatie van het boek verzetten.

24 Ook het gebruik van een portret zoals in de zaak rond Nina Brink zal derhalve zijn toegestaan, zie: Vzr. Rb. Amsterdam 19 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL8075 (*Nina Brink/Smits*), B98687 (*www.boek9.nl*).

25 Vzr. Rb. Amsterdam 12 mei 2004, *AMI* 2004, nr. 17, m.nt. G.J.H.M. Mom (*Jongensdromen*).

Conclusie

Het portretrecht van de niet in opdracht geportretteerde is niet absoluut, maar levert voor zover het is gericht op privacybelangen in beginsel een sterk recht op. Voor bekende geportretteerden kan dit onder omstandigheden anders zijn, omdat het belang van het publiek bij nieuws(gierigheid) in die gevallen zwaar weegt. Deze bekenden kunnen zich onder de vleugels van artikel 8 EVRM echter ook op hun commercieel belang beroepen. Indien een bekende geportretteerde een goed (onderbouwd) verhaal kan produceren waaruit blijkt dat bepaald gebruik van zijn portret commercieel schadelijk voor hem is – en hij geen dus geen genoegen wil nemen met een redelijke vergoeding – zal hij zijn portretrecht als verbodsrecht kunnen gebruiken. Dit zal hij ook kunnen, indien hij gemotiveerd betwist dát hem een redelijke vergoeding is aangeboden. In het geval een rechter in een concreet geval meent dat de uitingsvrijheid van artikel 10 EVRM duidelijk prevaleert, zal het commercieel belang van de geportretteerde gepasseerd worden en is ook geen redelijke vergoeding verschuldigd. Een bekende geportretteerde zal bij het bepalen van de (proces)strategie derhalve rekening moeten houden met de aard van het gebruik. Anderzijds geldt dat de gebruiker van het portret die een publicatie zonder enige nieuwswaarde wenst te maken er verstandig aan doet de bekende ten minste een redelijke vergoeding aan te bieden. Daarbij zal hij rekening dienen te houden met de marktwaarde van de bekende persoon. ■