

Noot onder HR-arrest Cruijff/Tirion

Citeersuggestie: P.G.F.A. Geerts, Noot onder HR 14 juni 2013 (Cruijff/Tirion), IER 2013/60.

1. In dit arrest van de HR staat het in art. 21 Aw neergelegde portretrecht centraal en dan met name het commerciële portretrecht. Het is een belangrijke uitspraak van de HR.¹

2. Over de rechtsgrondslag van het commerciële portretrecht wordt verschillend gedacht. Volgens de schrijvers van het Nederlandse handboek over het auteursrecht is de rechtsgrond gelegen in een positieve waardering en erkenning van de goodwill die de betrokkene zich door zijn prestaties heeft weten te verwerven. Het gaat dan ook om een vorm van zgn. prestatiebescherming. Met de persoonlijke levenssfeer heeft een en ander volgens hen niet te maken, nu de betrokkenen hun populariteit en 'marktwaarde' veelal juist verhogen door wel in het 'nieuws' te zijn.²

3. Cruijff heeft in deze zaak betoogd dat er een andere grondslag is voor het commerciële portretrecht, te weten art. 8 EVRM.³ Zijn betoog komt er in het kort op neer dat het portretrecht een privacyrecht is, dat zowel een morele als economische kant heeft. Hij leidt dat af uit jurisprudentie van het EHRM. Zo heeft het EHRM bijvoorbeeld het recht op een reputatie onder het begrip 'private life' van art. 8 EVRM geschaard en beslist dat er geen reden is om van dat begrip uit te zonderen activiteiten van professionele of zakelijke aard.⁴ En in het *Caroline von Hannover II*-arrest heeft het EHRM zelfs beslist:

"The right to the protection of one's image is thus one of the essential components of personal development. It mainly presupposes the individual's right to control the use of that image, including the right to refuse publication

¹ HR 14 juni 2013, LJN CA2788 (Johan Cruijff tegen Tirion c.s.), [IEF 12766](#). Zie voor de feiten van deze zaak r.o. 3.1 e.v. Rb. Amsterdam 14 april 2010 is gepubliceerd in IER 2011/1, p. 27 m.nt. MdCB, [IEF 8761](#) en AMI 2010/16, p. 198 m.nt. Pinckaers en Hof Amsterdam 3 januari 2012 in LJN: BU9938, [IEF 10733](#).

² Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, p. 315. Zie over de ratio van het commerciële portretrecht bijvoorbeeld ook nog P.B. Hugenholtz, Het Zwarte Schaep. Commercieel Portretrecht in de Periferie van het Recht van de Intellectuele Eigendom, in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht. 30 jaar 't Schaep met de 5 pooten*, p. 239-242 en de daar genoemde overige literatuur.

³ Cruijff heeft zich daarbij vooral laten inspireren door Gillian Black, *Publicity Rights and Image* (Hart Publishing 2011). Zie ook de boekbespreking van Dommering in Mediaforum, 2012, p. 346-347. Anders W. Korthals Altes, 't Schaep alsnog naar Straatsburg, in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht. 30 jaar 't Schaep met de 5 pooten*, Amsterdam: [deLex 2009](#) p. 83-90.

⁴ Zie de jurisprudentie genoemd in r.o. 3.4 sub e.

thereof".⁵

4. Uit deze jurisprudentie (met name de recente portretrechtuitspraken) zou volgen dat er door het EHRM een steeds duidelijkere focus op privacy als een controle op het eigen portret is gelegd. Gezien die ontwikkeling zou het volgens Cruijff voor de hand liggen om geen onderscheid te maken tussen 'moreel' en 'commercieel' portretrecht, maar het portretrecht te zien als een in art. 8 EVRM verankerd privacyrecht dat zowel een morele als economische kant heeft. Men moet volgens Cruijff dus niet spreken over een commercieel belang, maar over een commercieel *privacyrecht*.

5. Hoewel de HR nergens in het arrest met zoveel woorden spreekt over een commercieel privacyrecht, erkent hij in r.o. 3.6.3 wel uitdrukkelijk dat bij de openbaarmaking van portretten ook commerciële belangen gemoeid kunnen zijn die onder art. 8 EVRM bescherming kunnen vinden en kunnen worden betrokken in de afweging tegen het onder art. 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid.⁶

6. De omstandigheid dat commerciële portretrechtbelangen onder art. 8 EVRM bescherming kunnen vinden legt ongetwijfeld (meer) gewicht in de schaal. Het Straatsburgse hof hecht immers grote waarde aan de door art. 8 EVRM beschermde persoonlijke levenssfeer.⁷ Maar hoeveel meer gewicht valt in zijn algemeenheid moeilijk precies aan te geven. Tegenover de door art. 8 EVRM beschermde persoonlijke levenssfeer staat immers de door art. 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting, waaraan het Straatsburgse hof eveneens grote waarde hecht. Tussen beide rechten bestaat geen rangorde en verdienen "as a matter of principle equal respect".⁸ Alles hangt dus af van de omstandigheden van het concrete geval. Het feit dat twee grondrechten botsen kan betekenen dat het EHRM de

⁵ EHRM 7 februari 2012, [Applications nos. 40660/08 and 60641/08, EHRC 2012, 72 m.nt. De Lange en Gerards](#) (*Caroline von Hannover II*). Zie in dit verband al eerder EHRM 15 juni 2009, *NJ* 2009, 524 m.nt. Dommering (*Reklos*) en EHRM 24 juni 2004, *NJ* 2005, 22 m.nt. Dommering (*Caroline von Hannover I*).

⁶ Zie in dit verband ook nog r.o. 3.9 en r.o. 3.4 sub e. In die laatste rechtsoverweging verwijst de HR naar relevante jurisprudentie van het EHRM.

⁷ Zie onder meer W. Korthals Altes, 't Schaep alsnog naar Straatsburg, in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht. 30 jaar 't Schaep met de 5 pooten*, Amsterdam: [deLex 2009](#), p. 89-90.

⁸ EHRM 7 februari 2012, *EHRC* 2012, 72 m.nt. De Lange en Gerards (*Caroline von Hannover II*).

nationale rechter een ruime “margin of appreciation” laat.⁹

7. Dat commerciële portretrechtbelangen onder art. 8 EVRM bescherming kunnen vinden heeft echter *niet* tot gevolg dat de geportretteerde een absoluut verbodsrecht heeft. Het portretrecht van de geportretteerde (of het nu gaat om de morele of commerciële variant) moet altijd afgewogen worden tegen het recht van vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid. Terecht beslist de HR in r.o. 3.5 dat niet als uitgangspunt geldt - hetgeen door Cruijff (in cassatie) overigens ook niet is betoogd - dat voor openbaarmaking van een portret steeds voorafgaande toestemming van de geportretteerde vereist is. Zo'n absoluut verbodsrecht kan volgens de HR ook niet worden afgeleid uit de jurisprudentie van het EHRM.

8. Welk gewicht aan het door de geportretteerde gestelde commerciële belang in een gegeven geval toekomt is uiteraard afhankelijk van de omstandigheden van het geval (zie r.o. 3.6.3).¹⁰ Maar dan komt het:

“Is bij een geportretteerde met verzilverbare populariteit enkel sprake van een zodanig 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. Wat in dit verband als een redelijke vergoeding heeft te gelden, zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In ieder geval zal 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. 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 openbaarmaking jegens de geportretteerde onrechtmatig is. Deze omstandigheden zullen door de geportretteerde gemotiveerd gesteld dienen te worden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat de publicatie afbreuk doet aan of schadelijk is voor de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wenst te exploiteren”.

9. Uit deze belangrijke passage uit het arrest, blijkt dat in de belangenafweging een belangrijke rol *kan* spelen of er een redelijke vergoeding is aangeboden. Wat een redelijke vergoeding is hangt volgens de HR af van de omstandigheden van het geval, maar zal in ieder geval:

“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”.

10. Men dient zich goed te realiseren dat de HR hier zegt dat de vergoeding uit oogpunt van *de geportretteerde* redelijk moet zijn. Of de vergoeding redelijk is moet getoetst worden aan omstandigheden aan de zijde van de geportretteerde en niet aan omstandigheden aan de zijde van de openbaarmaker/uitgever. Ik zou mij dus kunnen voorstellen dat een aanbod van Tirion aan Cruijff dat in de branche gebruikelijk en redelijk is (een vergoeding van 10% van de boekhandelprijs), mogelijk geen recht kan doen aan de mate van populariteit of bekendheid van Cruijff en niet in overeenstemming is met de waarde van de verzilverbare populariteit van Cruijff. Met andere woorden: gezien ‘zijn status’ zou Cruijff wel eens wat meer waard kunnen zijn, dan wat in de branche (voor Tirion) gebruikelijk en redelijk is. Dat zou dus kunnen betekenen dat voor Cruijff een vergoeding van (ik zeg maar wat) 15% van de boekhandelprijs redelijk is, omdat hij dat gewoonlijk kan bedingen. Het kan bijvoorbeeld ook betekenen dat de geportretteerde geen genoeg hoeft te nemen met alleen een percentage van de opbrengst van het te exploiteren product, maar ook (zoals voor hem gebruikelijk is) kan verlangen dat hij in ieder geval een minimum vergoeding zal ontvangen. Het door de HR gekozen uitgangspunt is in mijn ogen redelijk en biedt de persoon met een verzilverbare populariteit een goede uitgangspositie om een voor *hem* redelijke vergoeding te bedingen.

11. Indien echter vaststaat of onbetwist is dat een redelijke vergoeding is aangeboden en bescherming van privacy niet aan de orde is (zoals in het onderhavige geval; zie nr. 12), dan zijn (in beginsel) bijkomende omstandigheden nodig om te kunnen oordelen dat de publicatie onrechtmatig is. Die omstandigheden moeten door de geportretteerde gemotiveerd gesteld worden en daarbij kan volgens de HR gedacht worden aan de situatie dat de publicatie afbreuk doet aan of schadelijk is voor de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wenst te exploiteren. Zo zal bijvoorbeeld

⁹ Dirk Voorhoof en Inger Høedt-Rasmussen, Case Law, Court of Human Rights, *Ashby Donald v France, Copyright versus Freedom Expression*, [Kluwer Copyright Blog](#) 25 januari 2013.

¹⁰ Gezien die feitelijke aard dus ook beperkt vatbaar voor toetsing in cassatie (r.o. 3.4 sub h).

onrechtmatig zijn het door NIKE in een gefotoshopte reclamecampagne afbeelden van Lionel Messi spelend op NIKE-schoenen, ook al heeft NIKE hem voor het gebruik van zijn portret € 1.000.000 aangeboden.¹¹ Onrechtmatig is ook - om nog een ander voorbeeld te noemen - het gebruik van het portret van Cruijff voor producten waarmee hij absoluut niet geassocieerd wil worden, ook al wordt hem daarvoor een redelijke (ja zelfs riant) vergoeding aangeboden.

12. Cruijff heeft de zaak verloren, omdat hij onvoldoende betwist heeft dat de door Tirion aangeboden vergoeding niet redelijk was. Zie r.o. 3.9:

“Waar door Cruijff onvoldoende was toegelicht dat het aanbod van Tirion niet redelijk was, kon hij zich, bij gebreke van overige relevante omstandigheden, die naar het kennelijk oordeel van het hof niet door hem waren gesteld, niet tegen de exploitatie van zijn populariteit door openbaarmaking van het fotoboek verzetten”.

13. Maar laten wij nu eens aannemen dat Tirion *geen* redelijke vergoeding zou hebben aangeboden. Wat dan? In zijn noot onder het onderhavige arrest van de HR in *Mediaforum* (2013, p. 227) schrijft Schuijt dat ook dan Cruijff nul op het rekest had gekregen:

“omdat ‘factoren als algemene nieuwsaarde en informatie aan het publiek in verhouding tot diens enkele verzet tegen openbaarmaking’ (r.o. 3.6.2.) zwaarder hadden gewogen. Ik ben het op dit punt eens met wat Pinckaers al in zijn noot bij het rechtbankvonnis schreef: Het gaat hier niet om een commerciële setting, maar om een door art. 10 EVRM beschermde communicatieve setting. Volgens de Hoge Raad is het oogmerk om met de publicatie winst te maken geen reden om de aanspraak op de bescherming van de uitingsvrijheid te ontzeggen. Dat is trouwens ook meermalen door het EHRM zo uitgesproken. Ook zonder aanbod van Tirion had Cruijff dus met heel goede argumenten moeten komen waarom hij door de verschijning van dit boek ernstig benadeeld zou zijn”.

14. Ik ben het daar niet mee eens. Om te beginnen trekt Schuijt een aantal overwegingen van de HR uit hun verband. De kernoverweging uit het arrest van de HR die ziet op de *commerciële* belangen van de geportretteerde is r.o. 3.6.3. De passages uit het arrest waar Schuijt op doelt stammen uit r.o. 3.6.2 en r.o. 3.9. R.o. 3.6.2 ziet enkel op privacy belangen en

niet op commerciële belangen en r.o. 3.9 ziet op de omstandigheid dat Tirion *wel* een redelijke vergoeding heeft aangeboden en dan is het natuurlijk logisch dat de HR beslist dat:

“De omstandigheid dat de belangen van Tirion c.s. bij openbaarmaking van het fotoboek, zoals Cruijff stelt, enkel commercieel van aard zijn, behoeft het hof ten slotte niet tot een andere beoordeling of weging te brengen”.

15. Schuijt kan mij dus niet overtuigen. Bovendien loopt hij met een grote boog om de kern van het arrest van de HR heen: r.o. 3.6.3. Daar beslist de HR onomwonden dat bij de belangenafweging een belangrijke rol kan spelen of een redelijke vergoeding is aangeboden. Nu weet ik ook wel dat er staat “een belangrijke rol *kan* spelen”, maar ik zie niet in waarom dat in de (fictieve) Cruijff/Tirion-zaak geen belangrijke rol zou dienen te spelen.¹² De HR noemt die factor in het onderhavige arrest niet voor niets zo uitdrukkelijk. Het is dus een omstandigheid die serieus genomen moet worden en waar in mijn ogen niet zo maar aan voorbij gegaan kan worden. Daar gaat Schuijt volledig aan voorbij waar hij stelt dat Cruijff met heel goede argumenten moet komen waarom hij door de verschijning van dit boek ernstig benadeeld zou zijn. Dat lijkt mij de wereld op zijn kop zetten. Ik zou zeggen: laat Tirion maar uitleggen waarom de omstandigheid dat zij geen redelijke vergoeding heeft aangeboden, *geen* belangrijke rol in de belangenafweging kan spelen.

16. Die omstandigheden zie ik in ieder geval niet. Dat de foto's betrekking hebben op het professionele functioneren van Cruijff en een illustratie vormen van zijn voetbaltalent en het fotoboek “Johan Cruijff de Ajacied” daaraan in belangrijke mate zijn informatieve waarde voor het in voetbal geïnteresseerde publiek ontleent, zal ik niet ontkennen. Maar daar staat wat mij betreft met evenveel gewicht tegenover dat het fotoboek niet bijdraagt aan een debat van publiek belang en ‘money driven’ is. Het arrest van de HR spreekt mij nu juist zo aan omdat door het aanbieden van een redelijke vergoeding beide belangen elkaar mooi in het midden kunnen treffen. Door het aanbieden van een redelijke vergoeding ontstaat in mijn ogen een mooie balans tussen de door art. 8 en art. 10 EVRM beschermde belangen. Zo lang die redelijke vergoeding echter niet is aangeboden moet het recht van vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid wijken voor het commerciële portretrecht van de geportretteerde. In een zodanig geval is openbaarmaking van het portret (in beginsel)

¹¹ Messi staat onder contract bij Adidas en speelt op de schoenen met de drie strepen.

¹² Let op: we bespreken hier de fictieve casus dat Tirion aan Cruijff *geen* redelijke vergoeding heeft aangeboden.

onrechtmatig en geldt als uitgangspunt dat de publicatie kan worden verboden.¹³ Dat is in mijn ogen de essentie van het arrest van de HR.

17. Heel anders ligt het in het geval de Telegraaf een foto van Robin van Persie in de krant opneemt van het moment dat hij zijn 41ste interlanddoelpunt scoort. Natuurlijk bezit Robin van Persie een verzilverbare populariteit, maar dat commercieel portretrecht zal het onder de gegeven omstandigheden moeten afleggen tegen het recht van vrijheid van meningsuiting van de Telegraaf. Dergelijke foto's hebben nieuwswaarde en het portretrecht (zowel het 'morele' als 'commerciële' deel) dient daarvoor te wijken.¹⁴ Er is dan sprake van omstandigheden die rechtvaardigen om aan zijn commerciële belang voorbij te gaan, zodat het feit dat hem geen redelijke vergoeding is aangeboden geen belangrijke rol speelt. Tussen Cruiff/Tirion en Van Persie/Telegraaf zitten allerlei grensgevallen die veel lastiger te beoordelen zijn.¹⁵ Daar ga ik in deze noot niet verder op in. Mijn punt is dat wij het onderhavige arrest van de HR wel serieus moeten nemen.

18. In verband met het commerciële portretrecht is ook de eerste zin van r.o. 3.6.3 nog het vermelden waard:

“Juist (curs., P.G.) bij de personen die door hun beroepsuitoefening bekendheid genieten, kunnen commerciële belangen gemoeid zijn bij de openbaarmaking van hun portret”.

19. Dit is een belangrijke overweging, omdat de HR hiermee duidelijk lijkt te maken dat personen die hun bekendheid/populariteit *niet* in de uitoefening van hun beroep hebben verworven (zoals bijvoorbeeld amateursporters) eveneens de bescherming van het commerciële portretrecht kunnen inroepen. Daar werd aan getwijfeld, maar door de onderhavige uitspraak van de HR lijkt aan die discussie een einde gekomen.¹⁶ Daarmee is evenwel nog geen antwoord gegeven op de vraag (die speelde ook niet) of bij het publiceren van portretten van bijvoorbeeld politici of leden van het koninklijk huis commerciële belangen

gemoeid kunnen zijn. Een volgende keer wellicht. Overigens denk ik dat die personen met het *Discodanser*-arrest in de hand een heel eind komen, waardoor ter zake van het gebruik van hun portretten in commerciële reclame-uitingen de meeste kou wel uit de lucht is.¹⁷

20. Ik sluit het deel over het *commerciële* portretrecht af met de opmerking dat de HR zich in mijn ogen een fraai evenwichtskunstenaar heeft betoond en een heel werkbaar uitgangspunt heeft gecreëerd als het gaat om het afwegen van commerciële portretrechtbelangen met het onder art. 10 EVRM beschermde recht van vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid.

21. Dan nog een enkel woord over de morele kant van het portretrecht. In r.o. 3.4 sub e herhaalt de HR de door het EHRM gegeven regel dat ook bekende personen legitieme verwachtingen mogen hebben als het gaat om de eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer. Ten aanzien van personen die door hun beroepsuitoefening bekendheid genieten, geldt evenwel (r.o. 3.6.2):

“dat de openbaarmaking van foto's die deze beroepsuitoefening betreffen en zijn gemaakt in voor het algemeen publiek toegankelijke plaatsen, tot op zekere hoogte inherent is aan hun beroepsuitoefening en de daarmee gemoeide bekendheid en belangstelling van het publiek. Indien de openbaarmaking de beroepsuitoefening van een daardoor bekende geportretteerde betreft, komt derhalve in de regel groot gewicht toe aan factoren als algemene nieuwswaarde en informatie aan het publiek in verhouding tot diens enkele verzet tegen openbaarmaking”.

22. Niets opzienbarends. Veel belangrijker vind ik de overweging van de HR die ziet op geportretteerden die *geen* publieke bekendheid genieten. Vooral voor hen komt aan het privacy belang een zwaarwegend belang toe *in die zin dat zij openbaarmaking van hun portret in beginsel niet behoeven te dulden* (r.o. 3.6.2). Dat is eigenlijk ook niet zo opzienbarend want dat heeft het EHRM in vergelijkbare bewoordingen al eerder verwoord.¹⁸ Maar dat wordt nog wel eens over het hoofd gezien. Hopelijk is dat na het onderhavige

¹³ Zie r.o. 3.5 en 3.4 sub g. Overigens vind ik dat Tirion in het geval dat zij Cruiff geen (redelijke) vergoeding heeft aangeboden en in een procedure wordt veroordeeld, als schadevergoeding 100% meer dan de redelijke vergoeding moet betalen. Ik ben voor het opleggen van zo'n opslag (onder omstandigheden) een groot voorstander. Zie M.H. Speyart, Schadeopslagen in het IE-recht: ongeoorloofde punitieve schade of geoorloofde forfaitaire berekening?, *IER* 2013/49. In portretrechtzaken kan zo'n opslag des te 'rechtvaardiger' zijn aangezien de winnende geportretteerde geen beroep op art. 1019h Rv toekomt.

¹⁴ Ik ga hier niet een discussie voeren over de soms moeilijk te beantwoorden vraag wanneer een foto wel of geen nieuwswaarde heeft.

¹⁵ Zie de noot van Pinckaers onder het vonnis van de rechtbank Amsterdam in deze zaak, *AMI* 2010, p. 203-204 en Schuijt in zijn *Mediaforum*-annotatie (p. 227) onder het onderhavige arrest van de HR.

¹⁶ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, p. 336-337.

¹⁷ HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661 m.nt. Verkade (*Discodanser*). Zie over deze kwestie onder meer M. de Cock Buning, Portret en Parodie, in: D.J.G. Visser (red.), *Commerciële portretrecht*. 30 jaar 't Schaep met de 5 pooten, p. 53-61 en de daar genoemde overige literatuur.

¹⁸ Zie onder meer EHRM 11 januari 2005, no. 50774/99 (*Sciacca*).

arrest van de HR verleden tijd. Goed nieuws dus voor joggende moeders.¹⁹

23. Tot slot nog kort aandacht voor r.o. 3.4 uit het onderhavige arrest, waarin de HR een college portretrecht geeft. Veel komt bekend voor. Ik volsta met één enkele opmerking. In r.o. 3.4 sub a beslist de HR dat de norm neergelegd in art. 21 Aw zich niet alleen tot de maker richt, maar evenzeer tot derden. Zie ik het goed dan zegt de HR daarmee dat art. 21 Aw *rechtstreeks* jegens derden ingeroepen kan worden. Dat was (na het *Handelsprotector*-arrest uit 1916) nog een punt van discussie.²⁰ Een kwestie zonder veel praktisch belang overigens.²¹

24. Cruijff heeft deze zaak verloren, maar hij weet als geen ander: “Ieder nadeel heb zijn voordeel”.

Paul Geerts

¹⁹ Zie mijn *De joggende moeder, de winkelende Prinses en de skiënde Kroonprins. Wat hebben zij gemeen?* [JEF 8146](#) en *Caroline von Hannover is er voor iedereen*, [JEF 9400](#) en de daar genoemde overige literatuur.

²⁰ HR 22 mei 1916, *NJ* 1916, p. 808 (*Handelsprotector*).

²¹ Zie *Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht*, p. 309-310.