



Annotatie bij [Hoge Raad 14 juni 2013](#) (H.J. Cruijff / Tirion Uitgevers en G. de Jong), *NJ* 2015-13, nr. 112.

[P.B. Hugenholtz](#)

In dit arrest doet de Hoge Raad een belangrijke en principiële uitspraak over de aard en inhoud van het *portretrecht*. Het portretrecht is het recht van de afgebeelde persoon (de ‘geportretteerde’) om zich te verzetten tegen de openbaarmaking van zijn portret. Hoewel het portretrecht in de Auteurswet is geregeld (in de artikelen 19-21 en 35), is het uit zijn aard geen auteursrecht; immers, de mens is niet de schepper van zijn eigen aangezicht. Maar wat voor recht is het dan wel?

De geportretteerde kan zich enkel tegen publicatie verzetten voor zover hij een ‘redelijk belang’ (art. 21 Aw) kan inroepen; het portretrecht is dus geen absoluut verbodsrecht. In enkele ons omringende landen is dat anders. Zowel het Franse *droit à l’image* als het Duitse *Recht am eigenen Bild* is geconstrueerd als een in beginsel absoluut recht, behoudens uitzonderingen uit hoofde van de wet en de uitingsvrijheid [zie voor Frankrijk: Prins, in: Visser (red.), *Commercieel portretrecht. 30 jaar ’t Schaep met de 5 pooten* (hierna ‘Schaep-bundel’), p. 167-190; voor Duitsland: Senftleben, idem, p. 181-192].

Het ‘redelijk belang’ van de geportretteerde heeft in Nederland gestalte gekregen in een rijk geschakeerde rechtspraak. Dat een zedelijk belang een ‘redelijk belang’ kan opleveren, is nooit buiten twijfel geweest [zie bijv. HR 1 juli 1988, *NJ* 1988/1000, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Vondelpark*)]. Moeilijker was en is de vraag of ook een louter commercieel belang van de geportretteerde volstaat. In het baanbrekende *Schaep met de 5 Pooten*-arrest [*NJ* 1979/383, m.nt. Wichers Hoeth] overwoog de HR dat “van een redelijk belang ook sprake [kan] zijn, wanneer de populariteit van geportretteerden, verworven in de uitoefening van hun beroep, van dien aard is, dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt. Het belang van de geportretteerden om dan in de voordelen van zulke exploitatie mee te kunnen delen door de openbaarmaking van hun portretten voor commerciële doeleinden niet te hoeven toelaten zonder daarvoor vergoeding te ontvangen, is een redelijk belang in de zin van art. 21.” Anders gezegd, indien een persoon over ‘verzilverbare populariteit’ beschikt, kan hij zich verzetten tegen publicatie van zijn portret zonder vergoeding. Over de aard en rechtsgrond van dit commercieel portretrecht bestaat in de literatuur geen eenstemmigheid [zie Kabel, [Schaep-bundel, p. 23-29](#)]. Terwijl het ‘zedelijk’ portretrecht evident gegrond is in het recht op privacy, wordt het commercieel portretrecht in de literatuur doorgaans afgeschilderd als een recht c.q. belang van andere orde: een regel van oneerlijke mededinging, een goodwill-recht, een vorm van prestatiebescherming, een ‘right of publicity’ of wellicht zelfs een recht van intellectuele eigendom.

In de onderhavige zaak werd door de raadslieden van Cruijff het standpunt ingenomen dat het portretrecht ten principale een recht van (informatie) privacy is, ongeacht of het nu gaat om de bescherming van zedelijke dan wel commerciële belangen. Dit standpunt, dat aansluit bij Duitse opvattingen over het Recht am eigenen Bild, zou een ‘zelfbeschikkingsrecht’ van de geportretteerde impliceren. Voor openbaarmaking van portretten zou in beginsel steeds toestemming van de geportretteerde vereist zijn.

Het standpunt van Cruijff, dat door zijn raadsman Dommering al eerder was ontwikkeld [zie Dommering, [Schaep-bundel, p. 259-271](#)], kwam niet uit de lucht vallen. De rechtspraak van het EHRM van de afgelopen jaren had aan het portretrecht een stevige mensenrechtelijke basis gegeven in art. 8 EVRM, het privacy-recht. Zo overwoog het Hof in het *Reklos*-arrest dat art. 8 EVRM ‘presupposes the right to control the use of that image’ [EHRM 15 januari 2009, nr. 1234/05, NJ 2009/524, [m.nt. E.J. Dommering](#)]. In het arrest *Caroline von Hannover II* heet het zelfs dat “The right to the protection of one’s image [...] presupposes the individual’s right to control the use of that image, including the right to refuse publication thereof” [EHRM 7 februari 2012, NJ 2013/250, [m.nt. E.J. Dommering](#) onder NJ 2013/251 (*Caroline von Hannover II*)].

Het *Cruijff*-arrest is belangrijk omdat de HR, mede op basis van de rechtspraak van het EHRM, nu ook het commerciële portretrecht situeert binnen de werkingssfeer van art. 8 EVRM. “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 [...]” (r.o. 3.6.3). De door het portretrecht beschermde zakelijke reputatie (‘verzilverbare populariteit’) is dus ook een aspect van het door art. 8 beschermde persoonlijkheidsrecht. Daarmee doorbreekt de HR het onderscheid tussen de morele en commerciële belangen van de geportretteerde. Beide soorten belangen vinden in art. 8 EVRM bescherming; hiermee zet de HR dus een belangrijke stap in de richting van de stellingen van Cruijff/Dommering.

Maar de Hoge Raad leidt uit de Straatsburgse jurisprudentie geen absoluut portretrecht af. “Niet geldt als uitgangspunt dat voor openbaarmaking steeds voorafgaande toestemming van de geportretteerde is vereist” (r.o. 3.5). Het op art. 8 EVRM geënte portretrecht zal steeds moeten worden afgewogen tegen de in art. 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid. Dat had de HR overigens al eerder overwogen in het arrest *Ferdi E.* [HR 21 januari 1994, NJ 1994/473, m.nt D.W.F. Verkade]. Beide fundamentele rechten zijn in beginsel gelijkwaardig [EHRM 7 februari 2012 (*Caroline von Hannover/Duitsland II*)].

Ten aanzien van ‘personen die door hun beroepsuitoefening bekendheid genieten’ (*public figures*, zoals Johan Cruijff) betekent dit dat zij publicatie van hun portretten (foto’s) die in het kader van deze beroepsuitoefening gemaakt zijn, in verband met de algemene nieuwswaarde hiervan in vergaande mate zullen moeten accepteren (r.o. 3.6.2). Ten aanzien van personen zonder publieke bekendheid geldt echter “dat zij openbaarmaking van hun portret in beginsel niet behoeven te dulden” (r.o. 3.6.2). Daarmee gaat de HR een belangrijke stap verder dan in het *Vondelpark*-arrest (HR 1 juli 1988, NJ 1988/1000, m.nt. L. Wichers Hoeth), waarin het ging om een foto van een gearmd anoniem stelletje gepubliceerd in *De Nieuwe Revu*. In dat arrest had de HR overwogen dat het afhangt van de feitelijke omstandigheden, de aard en mate van intimiteit, het karakter van de foto en de context of de publicatie van een portret als inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en dientengevolge op het portretrecht kan worden aangemerkt. ‘Onbekende Nederlanders’ genieten op grond van het *Cruijff*-arrest derhalve een sterk portretrecht, ook als de privacy van de geportretteerde als zodanig niet in het geding is. De media zullen zich na kennisneming van het arrest voortaan driemaal moeten bedenken voordat zij leuke plaatjes van doorsnee-Nederlanders (‘Het wordt weer lente!’) publiceren.

Nu ging het in de *Cruijff*-zaak niet om een publicatie met evidente nieuwswaarde, maar om een boek met foto’s uit de tijd dat Cruijff als voetballer voor Ajax uitkwam. Uiteraard kon ook de uitgever van dergelijke boeken zich op art. 10 EVRM beroepen, maar daar stond het commerciële belang van Cruijff om een vergoeding te krijgen tegenover. De hamvraag is: hoe dit commerciële belang te waarderen? De HR overweegt (in ro. 3.6.3): “Welk gewicht aan het door

de geportretteerde gestelde commerciële belang in een gegeven geval toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.” (‘Da’s logisch’, zou Johan Cruijff zeggen.) Aan Cruijff was aanvankelijk een vergoeding aangeboden, maar hij was hiermee niet akkoord gegaan. Had Cruijff in zo’n geval toch nog een ‘redelijk’ (commercieel) belang? De HR overweegt: “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 privacybelangen 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” (ro. 3.6.3). Anders gezegd, alleen als de aangeboden vergoeding onredelijk is, is er nog sprake van een redelijk commercieel belang aan de zijde van de geportretteerde. Deze overwegingen laten goed uitkomen dat het commercieel portretrecht ook in de nieuwe opvatting van de HR niet te kwalificeren is als een verbodsrecht, zoals IE-rechten als het auteursrecht en het merkenrecht dat wel zijn [Hugenholtz, [Schaep-bundel, p. 231-242](#)]. Terwijl het verbodsrecht van bijvoorbeeld de auteursrechthebbende niettegenstaande het aanbod van een redelijke vergoeding volledig intact blijft en in rechte kan worden gehandhaafd, is het commercieel portretrecht au fond toch niet veel meer dan een recht op een redelijke vergoeding.

Het arrest is eerder besproken door Visser (*AAe* 2013, p. 846), Schuijt (*Mediaforum* 2013/9, p. 227), Geerts (*IER* 2013/60), en Pinckaers (*AMI* 2014/1, p. 20-25).