

Nr. 3 Striker Lucian¹

Rechtbank Amsterdam

9 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5415

Elementen voor herleidbaarheid gamefiguur Striker Lucian tot bekende voetballer Edgar Davids. Hoogte schadevergoeding voor gebruik portret te relateren aan omzet en winst van exploitatie Striker Lucian.

Edgar Davids

wonende te [woonplaats],

eiser,

advocaat mr. M.C.S. de Boer te Amsterdam,

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht

RIOT GAMES EUROPE HOLDINGS LIMITED,

gevestigd te Dublin (Ierland),

gedaagde,

advocaat mr. J.A.K. van den Berg te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eiser] en Riot Games genoemd worden.

(...)

2 De feiten

2.1. [eiser] is een voormalig professioneel voetballer.

2.2. Riot Games maakt onderdeel uit van de Riot Games Groep. Riot Games Groep ontwikkelt en exploiteert het computerspel "League of Legends" (hierna: LoL).

2.3. LoL wordt online gespeeld. Spelers besturen ieder een virtueel karakter (champion). Doel van het spel is (in de standaard variant) om als team van spelers de basis van het team van de tegenstanders te veroveren. Spelers kunnen een roulerend, beperkt aantal champions gratis spelen of – tegen betaling – een Champion aanschaffen.

Het uiterlijk van een champion kan door speler worden aangepast door middel van door Riot Games Groep verkochte "skins".

2.4. Ter gelegenheid van het wereldkampioenschap voetbal in 2014 is door Riot Games Groep een viertal voetbal gerelateerde skins geïntroduceerd. Voor de champion Lucian kunnen spelers de "Striker" (in het Engels ook het woord voor voetbalspits) skin aanschaffen (hierna: Striker Lucian).

2.5. In het spel ziet Striker Lucian er als volgt uit:



2.6. Daarnaast zijn door Riot Games Groep, ter promotie, illustraties met meer detail gepubliceerd van Striker Lucian:



2.7. Kort na de introductie van de skin verschenen berichten op spelersfora en sociale media dat de nieuwe skin sterke gelijkenissen vertoonde met de beeltenis van [eiser]. Namens Riot Games Groep is in reactie daarop – onder het pseudoniem @RiotBaconhawk – het volgende bericht op het sociale netwerk Twitter geplaatst:

¹ Deze zaak is eerder in AMI gepubliceerd in de rubriek Rechtspraak in het kort, zie: AMI 2017, afl. 5, p. 183-184, m.nt. MdZ (Edgar Davids/Riot Games).

For all you wondering, Striker Lucian was inspired by soccer pro [eiser]



16:18 - 4 jun. 2014

2.8. Bij brief van 22 december 2015 schreef de advocaat van [eiser] een brief aan Riot Games, met de sommatie het gebruik van het portret van [eiser] in LoL te stoppen.

2.9. Bij brief van 7 april 2016 voerde een Nederlandse advocaat voor Riot Games inhoudelijk verweer.

3 Het geschil

3.1. [eiser] vordert:

3.1.1. een verklaring voor recht dat Riot Games inbreuk maakt op het portretrecht van [eiser] door het gebruik van het personage Striker Lucian in LoL;

3.1.2. een veroordeling van Riot Games om binnen drie dagen na betekening van het te wijzen vonnis iedere inbreuk op het portretrecht van [eiser] te staken en gestaakt te houden en daartoe in het bijzonder iedere openbaarmaking van het personage Striker Lucian en van ieder ander personage dat als een portret van eiser kan worden beschouwd, te staken en gestaakt te houden;

3.1.3. een veroordeling van Riot Games om binnen veertien dagen na betekening van het te wijzen vonnis om een schriftelijke opgave te doen van de inkomsten die Riot Games heeft genoten uit de wereldwijde exploitatie van LoL sinds de introductie van Striker Lucian, voorzien van een deugdelijke specificatie en een goedkeurende verklaring van een registeraccountant;

3.1.4. onder veroordeling van Riot Games tot betaling van een dwangsom van € 25.000,00 per overtreding van de onder 3.1.2 en 3.1.3 gevorderde veroordelingen en van € 2.500,00 per dag dat Riot Games niet aan deze veroordelingen voldoet;

3.1.5. een veroordeling van Riot Games tot vergoeding van de schade die [eiser] heeft geleden door de inbreuk op zijn portretrecht, nader op te maken bij staat;

3.1.6. een veroordeling van Riot Games tot betaling van een voorschot op die schade van € 100.000,00;

3.1.7. met veroordeling van Riot Games in de proceskosten.

3.2. Ter comparitie heeft [eiser] zijn eis verminderd en de territoriale werking van de vordering onder 3.1.2 beperkt tot Nederland. [eiser] vordert ook subsidiair – indien zou blijken dat Riot Games

niet de uitgever van het spel LoL is – dat voor recht wordt verklaard dat het gebruik van het portret van [eiser] in LoL onrechtmatig is.

3.3. Riot Games voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

(...)

Portretrecht

4.5. Op grond van artikel 21 Auteurswet (Aw) is openbaarmaking van een niet in opdracht vervaardigd portret ongeoorloofd voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich tegen openbaarmaking verzet.

4.6. Tussen partijen staat vast dat het karakter “Champion Lucian” zelf geen portret van [eiser] is: het geschil gaat uitsluitend om Striker Lucian (dat wil zeggen het karakter zoals aangepast door de “striker” skin).

Is Striker Lucian een portret van [eiser]?

4.7. De eerste vraag die de rechtbank moet beantwoorden, is of er sprake is van een portret van [eiser]. De rechtbank stelt voorop dat bij de beoordeling van die vraag aan de onderliggende techniek geen doorslaggevende rol kan worden toegekend. Een foto, een schilderij of een digitale weergave, ook als virtueel karakter in een computerspel, kan een portret zijn. Relevant is niet alleen de afbeelding van Striker Lucian zoals die zichtbaar is voor de spelers terwijl het spel gespeeld wordt, maar ook de door Riot Games openbaar gemaakte illustraties met meer detail (zie hiervoor 2.6 en de afbeelding in het onder 2.7 geciteerde twitterbericht). Details die tijdens het spelen niet zichtbaar zijn (omdat dat in het spel het karakter minder gedetailleerd weergegeven wordt) of door de snelheid van het spel niet opvallen, spelen daarom een wel rol bij de beantwoording van de vraag of Striker Lucian een portret van [eiser] is.

4.8. [eiser] stelt dat Striker Lucian een portret van hemzelf is. Zijn karakteristieke kenmerken zijn overgenomen: de bril die hij draagt vanwege zijn oogandoening, zijn kapsel (dreadlocks) en zijn gespierde uiterlijk zijn rechtstreeks overgenomen. Door de combinatie met het voetbaluniform is de objectieve gelijkens tussen Striker Lucian en [eiser] onmiskenbaar.

4.9. Riot Games betwist dat Striker Lucian een portret is van [eiser]. De gelaatskenmerken zijn verschillend: het gaat duidelijk niet om dezelfde persoon. Riot Games beroept zich erop dat de huidskleur, haardracht, postuur en bril eigen zijn aan haar karakter Lucian. Spelers van het spel zullen Lucian herkennen in Striker Lucian en niet [eiser]. Ook verwijst niets in de context van het spel naar [eiser].

4.10. De rechtbank overweegt als volgt. Uit de overgelegde stukken blijkt al dat niet in alle skins van Lucian al de genoemde elementen voorkomen. De skin “Hired Gun” heeft bijvoorbeeld wel een bril, maar witte dreadlocks. De standaardskin heeft zwarte dreadlocks, maar geen bril. Het is de combinatie van juist al die elementen: een donkere huidskleur, sportief postuur, agressieve speelstijl, zwarte dreadlocks en een sportbril, gecombineerd met een voetbaluniform die de skin Striker Lucian tot een portret van [eiser] maakt. Het publiek zal in met name de gedetailleerde illustraties van Striker Lucian een afbeelding van [eiser] herkennen. Dat blijkt alleen al uit de reacties op twitter, waar verschillende personen schrijven dat zij [eiser] herkennen in Striker Lucian. Dat wordt bovendien versterkt doordat in het twitterbericht [eiser] expliciet wordt genoemd als inspiratie voor Striker Lucian: ook Riot Games heeft kennelijk de bedoeling gehad te suggereren dat Striker Lucian een afbeelding was van [eiser]. De introductie van deze skin was bovendien rond en naar aanleiding van het wereldkampioenschap voetbal in 2014.

4.11. De argumenten van Riot Games leggen hiertegen te weinig gewicht in de schaal. Het klopt dat LoL geen voetbalspel is en het uniform is inderdaad fictief en geen bestaand uniform van een aan [eiser] te relateren voetbalclub. Ook heeft de skin de gelaatstreken van Lucian en niet die van [eiser] en er bestaan subtiele verschillen tussen de dreadlocks van [eiser] en Striker Lucian. Maar een afbeelding is – per definitie – niet gelijk aan de persoon die afgebeeld is, omdat het een afbeelding is en niet de persoon zelf. Het gaat erom of de persoon te herkennen is in het portret. Deze omstandigheden nemen daarom niet weg dat bij het publiek het beeld van [eiser] wordt opgeroepen bij de afbeeldingen en het gebruik binnen het spel van Striker Lucian. Anders dan door Riot Games is aangevoerd, moet bij de beoordeling of sprake is van een portret wel degelijk ook worden aangesloten bij de context en de bedoeling waarmee het portret wordt gebruikt. Conclusie is dan ook dat sprake is van een portret in de zin van artikel 21 Aw.

Is openbaarmaking van Striker Lucian tegenover [eiser] onrechtmatig?

4.12. Vervolgens moet de rechtbank beoordelen of [eiser] een redelijk belang heeft zich te verzetten tegen publicatie. Die beoordeling ziet ook op de vraag of openbaarmaking jegens de geportretteerde onrechtmatig is en dat vergt een afweging in het kader van het door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en van het door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid, welke afweging met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van de betrokken belangen het zwaarst weegt.

4.13. Een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 Aw kan zowel zien op persoonlijke (privacy)belangen als op commerciële belangen. De aan artikel 8 EVRM te ontnemen bescherming is evenmin beperkt tot privé-activiteiten, maar ziet ook op professionele of zakelijke activiteiten. De in artikel 21 Aw neergelegde norm betekent dat geportretteerden niet in alle gevallen behoeven toe te laten dat hun in de uitoefening van hun beroep verworven popula-

riteit commercieel wordt geëxploiteerd door openbaarmaking van hun portretten, zonder dat zij daarvoor een vergoeding ontvangen. Het meedelen in de voordelen van deze exploitatie is een redelijk belang in de zin van artikel 21 Aw.

4.14. [eiser] heeft in zijn verzilverbare populariteit als voormalig professioneel voetballer zodoende een redelijk belang om op te komen tegen het zonder vergoeding openbaar maken van zijn portret. Riot Games profiteert van het portret van [eiser] door de skin Striker Lucian tegen betaling aan spelers van LoL ter beschikking te stellen. Daarmee is ook sprake van commerciële exploitatie. Riot Games betwist dat er een vergoedingspraktijk bestaat voor het opnemen van portretten van voetballers in fantasy spellen zoals LoL. Dat is niet relevant: Riot Games heeft er bewust voor gekozen om verwijzingen naar de voetbalsport op te nemen in haar fantasy spel. Als zij daarvoor het portret van [eiser] wenst te gebruiken, ligt voor de hand dat daarvoor een vergoeding wordt betaald.

4.15. In dit geval weegt dit redelijk belang van [eiser] zwaarder dan het beroep van Riot Games op artikel 10 EVRM. De onder artikel 10 EVRM te beschermen uitingen waarop Riot Games zich beroept, zien grotendeels op het personage “Champion Lucian”. Welke specifieke belangen onder artikel 10 EVRM bescherming verdienen bij de commerciële exploitatie van de specifieke skin “Striker Lucian”, is door Riot Games niet gemotiveerd onderbouwd. Het gebruik van het portret van [eiser] verschaft weinig informatie over [eiser] of een ander onderwerp aan het geïnteresseerde publiek, maar is een optionele verfraaiing van het spel, die door spelers ervan aangeschaft kan worden. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat het belang van Riot Games voornamelijk een commercieel belang is. Riot Games heeft [eiser] geen financiële vergoeding aangeboden en heeft in deze procedure ook betoogd daartoe geen aanleiding te zien. In de afweging van enerzijds het belang van [eiser] om zich te kunnen verzetten tegen de commerciële exploitatie van zijn portret zonder dat hem een vergoeding is aangeboden en anderzijds het belang van Riot Games bij het binnen LoL aanbieden (tegen betaling) van een extra uiterlijk voor een bestaande “champion”, dient daarom het belang van [eiser] zwaarder te wegen.

4.16. Hoewel de Nederlandse rechter op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel een verbod kan uitspreken van handelingen buiten Nederland – ook als het gesteld onrechtmatig handelen, naar vreemd recht moet worden beoordeeld (ECLI:NL:HR:1989:AD096) – is in dit geval door [eiser] te weinig gesteld over de inhoud van vreemd recht om de onrechtmatigheid van het handelen van Riot Games buiten Nederland te beoordelen. [eiser] heeft zijn vorderingen ook daaraan aangepast.

Tussenconclusie

4.17. Striker Lucian is een portret van [eiser] en Riot Games handelt onrechtmatig door Striker Lucian openbaar te maken in Nederland. De door [eiser] gevorderde verklaring voor recht is in zoverre toewijsbaar en het gebod om deze inbreuk in Nederland te staken is ook toewijsbaar. Riot Games is ook – in beginsel – een schadevergoeding verschuldigd.

4.18. Daarbij geldt wel (op grond van het voorgaande) dat, naar het oordeel van de rechtbank, bij het begroten van de hoogte van die schade aansluiting moet worden gezocht bij omzet en winst van Riot Games Groep in Nederland. Gelet op artikel 612 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is de rechtbank van oordeel dat de gevorderde schade – zo veel mogelijk – in deze procedure moet worden begroot. De rechtbank beveelt Riot Games daarom op grond van artikel 22 Rv om stukken in het geding te brengen – zoveel mogelijk voorzien van onderbouwende stukken en accountantsverklaringen – over de omzet en winst die door Riot Games groep gerealiseerd is in Nederland met de exploitatie van Striker Lucian binnen LoL. Partijen zullen zich daarover en over de wijze van schadebegroting mogen uitlaten.

4.19. Ambtshalve bepaalt de rechtbank op grond van artikel 337 lid 2 Rv dat van dit tussenvonnissen hoger beroep openstaat, gelet op de beslissingen die hierin zijn genomen.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. beveelt Riot Games om stukken in het geding te brengen – zoveel mogelijk voorzien van onderbouwende stukken en accountantsverklaringen – over de omzet en winst die door Riot Games groep gerealiseerd is in Nederland met de exploitatie van Striker Lucian binnen LoL,

5.2. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 20 september 2017 voor het nemen van een akte door Riot Games met de onder 5.1 bedoelde stukken en over hetgeen is vermeld r.o. 4.18, waarna de wederpartij op de rol van zes weken daarna een antwoordakte kan nemen,

5.3. bepaalt dat hoger beroep tegen dit tussenvonnissen openstaat,

5.4. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.H. Rombouts, rechter, bijgestaan door mr. E.J. van Veelen, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 augustus 2017.

Zie de noot hierna onder nr. 4 Rechtbank Amsterdam 6 december 2017 (Red.).

Nr. 4 Max Verstappen c.a.

Rechtbank Amsterdam

6 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8990

Criteria voor het bepalen van de vergoeding voor publicatie van een boek over Max Verstappen met foto's op de cover en in het fotokatern van het boek.

1. de vennootschap naar Luxemburgs recht
MAVIC S.A.R.L.,
gevestigd te Luxemburg (Luxemburg),
2. Max Verstappen
wonende te [woonplaats],
eisers,

advocaat mr. A.J.F. de Jager te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KARAKTER UITGEVERS B.V.,

gevestigd te Uithoorn,

gedaagde,

advocaat mr. P.H. Bos te Zoetermeer.

Partijen zullen hierna Mavic c.s. en Karakter worden genoemd. Mavic c.s. zal afzonderlijk worden aangeduid met Mavic en [eiser sub 2].

(...)

2 De feiten

2.1. [eiser sub 2] is een professioneel autocoureur. Op 15 maart 2015 heeft hij als jongste autocoureur in de geschiedenis zijn debuut gemaakt in de hoogste raceklasse, de Formule 1. [eiser sub 2] komt uit voor het team van Red Bull Racing, waarmee hij op 15 mei 2016 als jongste coureur ooit een Grand Prix heeft gewonnen. Hij geniet bekendheid wereldwijd.

2.2. De zakelijke belangen van [eiser sub 2] worden door Mavic, een vennootschap naar Luxemburgs recht, behartigd.

2.3. Karakter is een uitgeverij die is gespecialiseerd in commerciële fictie, praktische non-fictie, computerboeken en software en audio-boeken.

2.4. Op 25 juli 2016 heeft Karakter een boek uitgegeven met de titel “ [titel] ” (hierna: het boek). De ondertitel van het boek luidt “ [ondertitel] ”. De auteur van het boek is [auteur].

2.5. De voorkant van het boek bestaat in zijn geheel uit een foto van [eiser sub 2]. Verder bevat het boek een fotokatern van acht pagina's met in totaal zeventien foto's uit de racecarrière van [eiser sub 2]. Op deze foto's wordt [eiser sub 2] met helm (zeven foto's) en zonder helm (tien foto's) afgebeeld. Het auteursrecht op deze foto's ligt bij derden. De foto's heeft Karakter van het ANP gekocht en zijn eerder in verschillende media gepubliceerd.

2.6. [eiser sub 2] noch Mavic hebben Karakter toestemming gegeven voor de publicatie van de foto's. Voorafgaand aan de publicatie van het boek heeft Mavic c.s. Karakter bij brief van 31 mei 2016 gesommeerd hiervan af te zien. Nadat de auteur te kennen heeft gegeven aan de sommatie niet te voldoen, heeft Mavic c.s. Karakter nog twee maal gesommeerd van publicatie af te zien.

2.7. Bij brief van 22 juni 2016 is namens Karakter een vergoeding aangeboden om 10% van de netto-opbrengst van het boek aan [eiser sub 2] af te dragen.

3 Het geschil

3.1. Mavic c.s. vordert na wijziging van eis – samengevat – dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. voor recht verklaart dat Mavic c.s. het recht, althans een redelijk belang ex artikel 21 van de Auteurswet (Aw), heeft zich te verzetten tegen de veeleenvoudiging en openbaarmaking van het boek en voor recht verklaart dat de veeleenvoudiging en openbaarmaking van het boek jegens Mavic c.s. onrechtmatig is;
- II. Karakter gebiedt om de inbreuk te staken of gestaakt te houden, op straffe van een dwangsom;
- III. Karakter veroordeelt aan Mavic c.s. een schadevergoeding te voldoen vanwege het onrechtmatig handelen, nader op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente;
- IV. Karakter veroordeelt in de proceskosten, inclusief de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Mavic c.s. stelt, kort weergegeven, het volgende. [eiser sub 2] beschikt over een zogenoemde verzilverbare populariteit. Hierdoor heeft hij een commercieel belang zich te verzetten tegen openbaarmaking van zijn portret. Dit commercieel belang wordt beschermd onder artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Volgens Mavic c.s. heeft Karakter door in het boek gebruik te maken van het portret van [eiser sub 2] inbreuk gemaakt op deze verzilverbare populariteit. De door Karakter aangeboden vergoeding voor dit gebruik doet geen recht aan de mate van populariteit en bekendheid van [eiser sub 2]. Evenmin is deze vergoeding in overeenstemming met de waarde van het exploitatiebelang van [eiser sub 2] in het economisch verkeer. Gelet hierop heeft [eiser sub 2] een redelijk belang zich te verzetten tegen de publicatie van het boek in de zin van artikel 21 Aw. Nu Karakter desondanks is overgegaan tot verspreiding en openbaarmaking van het boek, heeft zij onrechtmatig jegens [eiser sub 2] gehandeld. Mavic is bevoegd

namens [eiser sub 2] jegens derden op te treden die onrechtmatig gebruik maken van zijn portret. [eiser sub 2] heeft immers haar hiervoor een exclusieve licentie gegeven, aldus steeds Mavic c.s.

3.3. Karakter voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

De exclusieve licentie van Mavic

4.1. Karakter bestrijdt bij gebrek aan bewijs dat Mavic een exclusieve licentie heeft op grond waarvan zij bevoegd is tegen derden op te treden die de intellectuele eigendomsrechten en het portretrecht van [eiser sub 2] onrechtmatig gebruiken. Ter zitting heeft mr. De Jager te kennen gegeven dat hij de tussen Mavic en [eiser sub 2] gesloten licentieovereenkomst niet wil overleggen in verband met de vertrouwelijkheden die daarin staan. Hij heeft echter als advocaat van Mavic c.s. verklaard dat een dergelijke licentieovereenkomst bestaat. Gelet op die verklaring kan – zonder een nader gemotiveerde betwisting, die ontbreekt – worden uitgegaan van de juistheid van de stelling van Mavic c.s. dat [eiser sub 2] haar deze exclusieve licentie heeft gegeven.

Het portret van [eiser sub 2]

4.2. Volgens artikel 21 Aw is openbaarmaking van een portret dat zonder een daartoe strekkende opdracht is vervaardigd, niet geoorloofd voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich tegen die openbaarmaking verzet. Dit betekent dat eerst dient te worden vastgesteld of door Karakter gebruik is gemaakt van het portret van [eiser sub 2].

4.3. Tussen partijen is niet in geschil dat de foto op de voorkant van het boek en de tien foto's in het fotokatern van [eiser sub 2] zonder helm het portret van [eiser sub 2] weergeven. Voor zover Karakter heeft willen betogen dat wat de overige zeven foto's van het fotokatern betreft geen sprake is van een portret van [eiser sub 2] aangezien hij daarop een helm draagt, wordt het volgende overwogen.

4.4. Volgens vaste rechtspraak wordt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een portret niet alleen gekeken naar het gezicht van een persoon. Ook afbeeldingen waarop identificerende factoren van een persoon af te leiden zijn, kunnen worden gekwalificeerd als een portret. Van belang is dat de persoon in het gebruikte portret is te herkennen, waarbij dus niet alleen gewicht wordt toegekend aan zijn gelaatstreken. Dit betekent dat ook sprake is van een portret indien is beoogd dat het publiek de gebruikte foto aanziet voor (het portret van) [eiser sub 2].

4.5. In de onderhavige zaak is hiervan sprake. Hoewel [eiser sub 2] op de zeven foto's een helm draagt, is hij – zoals Mavic c.s. terecht heeft gesteld – daarop voor het publiek duidelijk herkenbaar. Op de foto's wordt hij immers aan de hand van identificerende factoren

afgebeeld. Hij draagt zijn volledige tenue van Red Bull Racing, is in zijn raceauto afgebeeld en herkenbaar aan zijn silhouet. Bovendien zijn deze foto's voorzien van een bijschrift waarin naar [eiser sub 2] wordt verwezen. Gelet op deze omstandigheden is wat deze foto's betreft ook sprake van een portret in de zin van artikel 21 Aw.

Onrechtmatige openbaarmaking?

4.6. De casus die in deze zaak aan de orde is, laat zich voor een belangrijk deel vergelijken met de casus die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 inzake Cruiff/Tirion (Hoge Raad 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788). Ook in die zaak ging het om een zeer bekende sporter die zich verzette tegen het gebruik van foto's in een boek zonder diens toestemming. De rechtbank ziet dan ook aanleiding deze zaak te beoordelen aan de hand van de in dat arrest neergelegde uitgangspunten. Daartoe is als volgt overwogen.

4.7. Vooropgesteld wordt dat de Hoge Raad in dat arrest een algemeen uitgangspunt heeft verworpen dat publicatie van een foto niet zou mogen plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven. In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad het standpunt verworpen dat een portretrecht aanspraak zou geven op een exclusief exploitatierecht en te vergelijken zou zijn met een recht van intellectuele eigendom. Daarmee worden immers de rechten van de auteur van de foto's miskend. Tegen deze achtergrond dient het beroep van Karakter op analoge toepassing van het beeldcitaatrecht uit het auteursrecht (als bedoeld in artikel 15a Aw) dan ook te worden verworpen. Dit artikel ziet immers op de omvang van de bescherming van de auteursrechtgeachtigde tegen onrechtmatige openbaarmaking van zijn werk.

4.8. Beoordeeld dient te worden of [eiser sub 2] een redelijk belang (in de zin van artikel 21 Aw) heeft om zich tegen het gebruik van zijn portret in het boek te verzetten. Deze beoordeling vergt een afweging van het in kader van het door artikel 8 EVRM beschermde belang op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en van het door artikel 10 EVRM beschermde belang op vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid, welke afweging met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van de betrokken belangen het zwaarst weegt.

4.9. De aan artikel 8 EVRM te ontnemen bescherming is niet beperkt tot privé-activiteiten, maar is ook mogelijk ten aanzien van professionele of zakelijke activiteiten. Geportretteerden behoeven niet toe te laten dat hun in de uitoefening van hun beroep verworven populariteit commercieel wordt geëxploiteerd door openbaarmaking van hun portretten, zonder dat zij daarvoor een vergoeding ontvangen (de verzilverbare populariteit). Het meedelen in de voordelen van deze exploitatie is een redelijk belang in de zin van artikel 21 Aw. Bij de beoordeling van de vraag of een geportretteerde in zijn verzilverbare populariteit belang heeft zich te verzetten tegen openbaarmaking van zijn portret kan een belangrijke rol spelen of hem een redelijke vergoeding is aangeboden. Of sprake is van een redelijke vergoeding hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet de vergoeding in ieder geval recht doen aan de mate van populariteit of bekendheid van de geportretteerde en

in overeenstemming zijn met de waarde van het exploitatiebelang van de geportretteerde in het economische verkeer.

4.10. Tussen partijen is niet in geschil dat [eiser sub 2] als autocoureur in de Formule 1 wereldwijd grote bekendheid geniet. Die populariteit wordt ook door hem verzilverd. [eiser sub 2] heeft derhalve onder artikel 8 EVRM te respecteren (commerciële) belangen bij de openbaarmaking van zijn portret. Daar staat tegenover het onder artikel 10 EVRM te respecteren recht van Karakter op het in vrijheid uitgeven van boeken, waaronder biografieën over personen die maatschappelijk in de belangstelling staan.

4.11. Beoordeeld dient dan ook te worden welk belang in dit geval het zwaarste dient te wegen. Karakter heeft er terecht op gewezen dat in het kader van artikel 10 EVRM de volgende omstandigheden voor deze beoordeling relevant zijn: a. het gaat om een zeer beperkt aantal foto's, waarop [eiser sub 2] niet overal even goed herkenbaar is; b. deze foto's zijn allemaal al eens gepubliceerd; c. de foto's zijn gemaakt op openbare plaatsen in de openbare ruimte; en d. de persfoto's dienen slechts ter ondersteuning van de interviews in het boek, zodat het in aanmerking te nemen publiek dit boek niet zal aanschaffen voor de daarin opgenomen foto's.

4.12. Deze omstandigheden doen er echter niet aan af dat sprake is van commerciële exploitatie van het portret van [eiser sub 2] door Karakter, nu zij hiervan profiteert door dit in het boek te gebruiken en dat boek tegen betaling aan te bieden. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het hiervoor aangehaalde, onder artikel 8 EVRM beschermde, belang van [eiser sub 2] om te kunnen meedelen in de voordelen van deze exploitatie door de door Karakter naar voren gebrachte punten niet opzij wordt gezet. Daarbij speelt een rol dat door Karakter dit commerciële doel van het boek niet gemotiveerd is betwist. Zo heeft zij bijvoorbeeld niet aangevoerd dat het boek is uitgebracht in het kader van zuivere nieuwsgaring of als bijdrage aan een actueel debat.

4.13. Karakter heeft [eiser sub 2] na diens sommaties een vergoeding aangeboden ter hoogte van 10% van de netto-opbrengst van het boek. Als geconcludeerd wordt dat dit aan te merken valt als een redelijke vergoeding, moet het oordeel zijn dat [eiser sub 2] zich niet tegen de openbaarmaking van het boek kan verzetten. Aan zijn redelijk belang dat hij kan meedelen in de voordelen van de exploitatie, is dan immers voldaan. In de hierna te bespreken afweging of aan [eiser sub 2] een redelijke vergoeding is aangeboden voor het gebruik van de foto's, zullen de hiervoor onder 4.11 door Karakter genoemde omstandigheden worden meegenomen.

4.14. Volgens Karakter is de door haar aangeboden vergoeding een redelijke vergoeding. Mavic c.s. heeft zich echter op het standpunt gesteld dat deze vergoeding geen recht doet aan de mate van bekendheid en populariteit van [eiser sub 2] die ongekend en ongevenaard is. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft Mavic c.s. een onderzoeksrapport van consumentenonderzoeksbureau Nielsen Sport in het geding gebracht. Volgens Mavic c.s. blijkt uit dit rapport dat [eiser sub 2] de sporter is met commercieel de grootste waarde en de aangeboden vergoeding aan die waarde geen recht doet. Verder heeft Mavic c.s. twee sportmarketingbureaus, te

weten Triple Double en Gr8 Industries, gevraagd een analyse te geven over de financiële waarde van het gebruik van het portret van [eiser sub 2] in het boek. Uit die analyses volgt dat die waarde tussen het bedrag van € 175.000,- en € 250.000,- ligt, aldus steeds Mavic c.s.

4.15. Ten aanzien van de vraag of door Karakter een redelijke vergoeding is geboden, wordt het volgende overwogen. Het boek betreft een biografie over [eiser sub 2] en is geschreven met het doel het publiek over hem te informeren. Dit betekent dat het boek, hoewel het natuurlijk ook met een commerciële insteek is geschreven, tevens – zoals Karakter terecht heeft gesteld – algemene nieuws waarde heeft. Het gebruik van de foto's in het boek is derhalve niet louter commercieel. Verder weegt mee dat het aantal foto's dat is gebruikt, beperkt is en slechts ondersteunend zijn aan het verhaal. Dat de voorkant van het boek in zijn geheel uit de foto van [eiser sub 2] bestaat, maakt dit niet anders. Bovendien zijn de foto's in het kader van de beroepsuitoefening van [eiser sub 2] gemaakt en reeds eerder in verschillende media gebruikt. Gelet op al deze omstandigheden in onderlinge samenhang bezien is de rechtbank van oordeel dat Mavic c.s. onvoldoende (gemotiveerd) heeft betwist dat de door Karakter aangeboden vergoeding van 10% van de netto-opbrengst van het boek redelijk is. De door Mavic c.s. ingebrachte rapportage en analyses doen aan dit oordeel niet af. In die rapportage en analyses wordt immers geen rekening gehouden met de omstandigheid dat aan het boek ook nieuws waarde toekomt. Er wordt enkel gekeken naar de exploitatiewaarde van het portret van [eiser sub 2] met betrekking tot activiteiten die louter een commercieel oogmerk hebben. Verder wordt in de analyses van Triple Double respectievelijk Gr8 Industries naar voren gebracht dat rekening dient te worden gehouden met de omstandigheden dat over [eiser sub 2] niet eerder een boek is geschreven en dat het boek met veel bravoure zou zijn gebracht. Die omstandigheden brengen echter niet zonder meer met zich dat [eiser sub 2] een hogere vergoeding toekomt. Evenmin wordt Mavic c.s. gevolgd in zijn stelling dat de vergoeding onredelijk is omdat de aangeboden vergoeding een percentage over de netto-opbrengst betreft en niet over de bruto-omzet. Mavic c.s. heeft immers nagelaten concreet toe te lichten waarom dit onredelijk zou zijn. Hij heeft slechts gesteld dat van deze bruto-omzet een substantieel deel wordt afgehaald, waardoor het aandeel van [eiser sub 2] over het resterende bedrag minimaal is. Die enkele omstandigheid is echter – zonder nadere toelichting, die ontbreekt – onvoldoende om te concluderen dat de aangeboden vergoeding onredelijk zou zijn.

4.16. Het voorgaande brengt met zich dat Karakter aan [eiser sub 2] een redelijke vergoeding heeft geboden voor het openbaar maken van zijn portret. Nu Mavic c.s. verder heeft nagelaten bijkomende omstandigheden naar voren te brengen waarom de openbaarmaking van het portret van [eiser sub 2] alsnog onrechtmatig

zou zijn, is de uiteindelijke conclusie dat [eiser sub 2] geen redelijk belang heeft als bedoeld in artikel 21 Aw om zich tegen deze openbaarmaking te verzetten. De vorderingen van Mavic c.s., die hun grondslag vinden in de aanwezigheid van dat belang, zullen dan ook worden afgewezen.

De proceskosten

4.17. Mavic c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Na indiening van de conclusie van antwoord heeft Mavic c.s. zijn eis gewijzigd in die zin dat de vordering tot betaling van schadevergoeding van € 175.000,- is komen te vervallen en een verwijzing naar de schadestaat is gevorderd. Nu Karakter in haar conclusie van antwoord wel verweer heeft gevoerd tegen deze vordering tot betaling van schadevergoeding, ziet de rechtbank aanleiding bij de proceskostenveroordeling van dit oorspronkelijk gevorderde bedrag uit te gaan en het liquidatietarief V toe te passen. De kosten aan de zijde van Karakter derhalve worden begroot op:

- griffierecht € 3.903,00
 - salaris advocaat € 2.842,00 (2,0 punten × tarief € 1.421,00)
- totaal € 6.745,00

4.18. Verder zal Mavic c.s. worden veroordeeld in de nakosten voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen worden begroot op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. wijst de vorderingen af,
- 5.2. veroordeelt Mavic c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Karakter tot op heden begroot op € 6.745,00,
- 5.3. veroordeelt Mavic c.s. in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,- aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Mavic c.s. niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,- aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,
- 5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.H. Rombouts, rechter, bijgestaan door mr. H.D. Coumou, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 6 december 2017.

NOOT

Mr. E.J. Dommering

Prof. mr. E.J. Dommering is hoogleraar informatierecht aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam.

Deze noot hoort tevens bij Rb. Amsterdam 9 augustus 2017 (Striker Lucian), hiervoor gepubliceerd onder nr. 3.

1. Het gaat om twee uitspraken van de Rechtbank Amsterdam van dezelfde Unus Kamer waarin toepassing wordt gegeven aan het *Cruijff*-arrest van de Hoge Raad (HR 14 juni 2013, NJ 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz). In dat arrest heeft de Hoge Raad het portretrecht een expliciete status gegeven als een op art. 8 EVRM gebaseerd recht dat kan conflicteren met art. 10 EVRM en criteria geformuleerd hoe een dergelijk conflict moet worden beslecht. Een van de gezichtspunten die bij de oplossing van dit conflict een rol spelen is, of voor het gebruik van een zonder toestemming gemaakt portret een 'redelijke vergoeding' is betaald. Voor de portretten van beroemde personen heeft hij een afwegingscriterium geformuleerd dat recht moet doen aan diens financiële belangen, waarbij ook een verbodsrecht niet is uitgesloten. De desbetreffende overweging 3.6.3. luidt:

“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. Welk gewicht aan het door de geportretteerde gestelde commerciële belang in een gegeven geval toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. 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.”
2. In de eerste zaak gaat het om een computerspelletje waarin een poppetje Striker Lucian voorkomt dat sprekend leek op een bekende Nederlandse voetballer die zich in de procedure op het verzilverbare belang van zijn portret beriep. De rechtbank stelt vast dat er sprake is van een portret en dat geen redelijke vergoeding is aangeboden, en dat bij de exploitatie van het spelletje geen door art. 10 EVRM beschermd belang is gemoeid. In het tussenvonnis wordt gesteld dat voor de redelijke vergoeding aansluiting moet worden gezocht bij de omzet en winst van de exploitant van het spelletje. Dat lijkt mij voor het bepalen van de redelijkheid van de vergoeding niet het correcte criterium. Het criterium is volgens het *Cruijff*-arrest 'de waarde van het exploitatiebelang van de geportretteerde in het economisch verkeer'. Ik kan in het vonnis niet zien wat daaromtrent in de procedure is gesteld.
3. In de tweede zaak gaat het om een boek over de inmiddels wereldberoemde Nederlandse autocoureur Verstappen. Zijn foto stond prominent op de buitenkant van het boek en in het fotokatern van het boek stonden zeventien foto's afgebeeld (over de zeven foto's van de coureur met helm die daardoor minder goed herkenbaar was is nog discussie gevoerd in de procedure, maar de rechtbank merkt die ook aan als portret). In r.o. 4.6 zegt de rechtbank dat zij de casus gaat beoordelen aan de hand van de criteria van het *Cruijff*-arrest. In dit geval was wel een vergoeding door de uitgever aangeboden. Nu gaat de rechtbank met toepassing van het *Cruijff*-arrest beoordelen of die redelijk is en naar de omstandigheden van het geval art. 10 EVRM tegen art. 8 EVRM afwegen. De omstandigheden vinden we in overweging 4.11: a. Het gaat om een heel beperkt aantal foto's waarop eiser niet overal evengoed herkenbaar is, b. de foto's zijn allemaal al eens gepubliceerd, c. de foto's zijn gemaakt op openbare plaatsen, d. de persfoto's dienen als ondersteuning van de in het boek opgenomen interviews. Erg overtuigend vind ik die omstandigheden niet. Voor de omstandigheid a. geldt dat de rechtbank eerder de minder herkenbare foto's als 'portret' had aangemerkt, voor de omstandigheid d. dat er één foto op de omslag van het boek (dus ter ondersteuning van het boek en niet van een interview) stond en de persfoto's overigens in een apart fotokatern waren opgenomen, dus niet gelinkt aan een interview. Bij de omstandigheden b. en c. zoekt de rechtbank kennelijk aansluiting bij overweging 3.6.2 van het arrest van de Hoge Raad waarin wordt vermeld dat beroemde personen veelvuldig in de openbare ruimte worden gefotografeerd bij nieuwswaardige gebeurtenissen. Dat is mijns inziens niet beslissend. Bij eerdere publicatie kan de nieuwswaarde van de foto een rol hebben gespeeld die bij een boek niet meer in het geding is. Het gaat immers, zoals de rechtbank vaststelt, om persfoto's.
4. De rechtbank vindt dat er niettemin plaats is voor een vergoeding gelet op de grote populariteit van Verstappen. De uitgever had 10 % van de netto omzet van het boek aangeboden. Verstappen had zich met toepassing van het criterium uit het *Cruijff*-arrest op zijn waarde in het economisch verkeer beroepen. Hij had gesteld dat zijn bekendheid en populariteit ongekend en ongeëvenaard is. Ter onderbouwing daarvan had hij een onderzoeksrapport van een consumentenonderzoeksbureau in het

- geding gebracht waaruit zou blijken dat hij op dit moment de sporter is met commercieel de grootste waarde en de aangeboden vergoeding aan die waarde geen recht doet. Verder had hij twee sportmarketingbureaus gevraagd een analyse te geven over de financiële waarde van het gebruik van het portret in het boek. Uit die analyses volgt dat die waarde tussen het bedrag van € 175.000 en € 250.000 ligt.
5. De rechtbank gaat daar aan voorbij in r.o. 4.15 en dat leidt tot de slotsom dat de aangeboden 10 % netto redelijk was. Behalve de hiervoor onder 3 behandelde en bekritiseerde omstandigheden, oordeelt de rechtbank dat het een biografie met enige nieuwswaarde is: 'Dit betekent dat het boek, hoewel het natuurlijk ook met een commerciële insteek is geschreven, tevens – zoals de uitgever terecht heeft gesteld – algemene nieuwswaarde heeft. Het gebruik van de foto's in het boek is derhalve niet louter commercieel'. Een biografie? Maar het ging toch om interviews, zoals de rechtbank eerder vaststelde? Onduidelijk blijft bovendien waarom Verstappen heeft ingestemd met de publicatie van die interviews. Op een interview rusten immers twee auteursrechten: dat van de geïnterviewde op zijn in het interview gepubliceerde uitlatingen en dat van de interviewer op de vragen en de redactie (Spoor-Verkade-Visser, *Auteursrecht*, nr. 3.28). Maar los daarvan: enige' of 'algemene' nieuwswaarde zijn naar mijn oordeel te lichte criteria. Uiteraard beantwoordt een boek over een beroemde sporter aan de nieuwsgierigheid van het publiek, maar dat is iets anders dan een publiek belang waarvoor de privacy moet wijken. Het EHRM heeft in het *Satamedia*-arrest van 27 juni 2017 (Application no. 931/13) in 20 en 170-171 een algemene regel geformuleerd:
- “In order to ascertain whether a publication concerning an individual's private life is not intended purely to satisfy the curiosity of a certain readership, but also relates to a subject of general importance, it is necessary to assess the publication as a whole and have regard to the context in which it appears(...). The public interest cannot be reduced to the public's thirst for information about the private life of others, or to an audience's wish for sensationalism or even voyeurism.”
6. Van principiële aard is ook dat de rechtbank bij de afweging op een geheel ander systeem overstapt dan door de Hoge Raad in de geciteerde overweging 3.6.3 omschreven. Dat komt misschien ook door de onduidelijke redactie van het arrest zelf. Voorafgaand aan de overweging 3.6.3 staat een algemene overweging 3.6.2 die mijns inziens moet worden gezien als inleiding op r.o. 3.6.3. In deze overweging stelt de Hoge Raad dat 'algemene nieuwswaarde en informatiebehoefte van het publiek' kunnen prevaleren 'in verhouding tot het enkele verzet van de geportretteerde tegen openbaarmaking'. Dat ziet mijns inziens in de eerste plaats op nieuwswaarde en het *enkele verzet*, maar niet op algemene nieuwsgierigheid naar beroemde personen en verzet tegen publicatie omdat je portret een belangrijk exploitabel goed is dat bij de publicatie wordt gebruikt. We moeten dus kijken naar r.o. 3.6.3 van het arrest. Die specificeert hoe de belangenafweging moet plaatsvinden als de beroemde persoon zich verzet omdat zijn portret wordt geëxploiteerd. Het criterium blijft de waarde van het portret in het economische verkeer en niet de waarde van het boek in het economisch verkeer, nog afgezien dat 'netto' omzet een ongrijpbaar criterium is (daarover is in de procedure ook gediscussieerd).
7. Een ander principieel punt is dat in het vonnis onduidelijk blijft in hoeverre Verstappen omstandigheden heeft gesteld en aan nemelijk gemaakt dat de publicatie van dit boek afbreuk doet aan de wijze waarop hijzelf zijn portret wil exploiteren. De Hoge Raad heeft immers in het slot van de geciteerde overweging aangegeven dat die omstandigheden uitoefening van een verbodsrecht kunnen rechtvaardigen, immers een publicatie onrechtmatig kunnen maken, ook als er een 'redelijke' vergoeding is aangeboden. Het lijkt er op dat hij met het in het geding brengen van de uitvoerige rapporten dat wel heeft bedoeld te stellen. Bovendien heeft hij blijkens het vonnis gesteld dat er niet eerder een boek over hem was geschreven en dat het boek met veel bravoure is gebracht. Ook dat duidt op een beroep op de frustratie van zijn eigen exploitatiemogelijkheden, omdat dit boek het uitbrengen van een eigen publicatie met zijn toestemming verhinderde, althans bemoeilijkte.