

Nr. 12/01825
Zitting 8 maart 2013

Mr. D.W.F. Verkade

Conclusie

inzake:

Hendricus Johannes Cruijff

tegen:

1. Uitgeverij Tirion BV, en
2. Guus de Jong

1. Inleiding

1.1. Partijen zullen hierna doorgaans worden aangeduid als 'Cruijff', 'Tirion' en 'De Jong'. Tirion en De Jong zullen gezamenlijk ook worden aangeduid als 'Tirion c.s.'.

1.2. Het gaat in deze zaak – zeer kort gezegd – over een rijk geïllustreerd aan voetballer Johan Cruijff gewijd fotoboek, dat is uitgegeven zonder zijn toestemming. Tirion heeft Cruijff wél een (aan de verkoop van het boek gerelateerde) vergoeding aangeboden.

1.3. De inzet van het principiële getoonzette cassatiemiddel is dat zo'n boek aan toestemming van Cruijff is onderworpen. Aan Cruijff zou (op basis van het privacyrecht van art. 8 EVRM) een 'zelfbeschikkingsrecht' over publicatie van foto's van hem en over gebruik van zijn naam in publicaties als de onderhavige toekomen. Daaraan zou het informatievrijheidsrecht van art. 10 EVRM niet kunnen afdoen.

1.4. Cruijffs 'grensverleggende' opstelling is m.i. niet in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad over het 'portretrecht'-artikel 21 Auteurswet (Aw), en evenmin in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM kent geen voorrang toe aan art. 8 EVRM boven art. 10 EVRM of omgekeerd, en gaat uit van de noodzaak van afweziging van belangen.

1.5. Ik meen dat het hof geen rechtsregel(s) heeft geschonden.

Ten aanzien van menige klachten heb ik mij afgevraagd of zij – in de vorm van rechts- en motiveringsklachten – niet in wezen een hernieuwde beoordeling van de daarin vervatte stellingen van Cruijff vragen, welke beoordeling evenwel de taak van de cassatierechter te buiten gaat.

2. Feiten¹

- 2.1. Cruijff is een (voormalig) voetbalspeler, voetbaltrainer en commentator.
- 2.2. Tirion is een uitgeverij die in 2003 het plan heeft opgevat om een fotoboek 'Johan Cruijff - De Ajacied' op de markt te brengen.
- 2.3. De toenmalige raadsman van Cruijff heeft Tirion op 29 april 2003 schriftelijk bericht dat zij vooralsnog niet gerechtigd is een dergelijk boek te publiceren maar dat bereidheid bestond het door Tirion gedane voorstel voor een financiële vergoeding te bestuderen. Daarop is correspondentie over dit voorstel gevolgd die niet tot overeenstemming heeft geleid.
- 2.4. Het fotoboek 'Johan Cruijff - De Ajacied' is op 5 november 2003 in de handel verschenen. De daarin opgenomen foto's zijn afkomstig uit het archief van De Jong. De foto's zijn geselecteerd en voorzien van commentaar door Jaap Visser. Zowel Visser als De Jong hebben een kort voorwoord geschreven. Het betreft een verzameling foto's vooral uit de tijd dat Cruijff voor Ajax als voetballer uitkwam.
- 2.5. Het boek is enige tijd uit de handel geweest als gevolg van een door Cruijff en Supportersvereniging Ajax (SVA) als tussenkomende partij tegen Tirion gevoerd kort geding dat tot een verbod van verdere verkoop en verspreiding van het boek op straffe van verbeurte van een dwangsom ten gunste van SVA heeft geleid².
- 2.6. Nadat de rechtbank Utrecht bij vonnis van 24 augustus 2005 in de bodemprocedure (onder meer) het gevorderde verbod alsnog had afgewezen is de verkoop van het boek medio september 2005 hervat. Het boek is sinds eind 2008 uitverkocht en niet meer leverbaar.

3. Procesverloop

- 3.1. Bij inleidende dagvaarding van 7 september 2006 heeft Cruijff, tezamen met de Stichting Interclarion (hierna: Interclarion) Tirion c.s. gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam. Bij vonnis van 14 april 2010³ heeft de rechtbank de vorderingen van Cruijff en Interclarion (zoals die in eerste aanleg luiden) geheel afgewezen.

¹ Ontleend aan rov. 3.1 van het (ten deze niet) bestreden arrest, waarbij het hof blijkens rov. 2 geput heeft uit de – in appél onbestreden – rov. 2.1 t/m 2.12 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 14 april 2010.

² (Toevoeging A-G.) V.zr. Rb. Utrecht 11 november 2003, LJN AN8909, IER 2004, nr. 27, p. 145.

³ LJN BN6392, AMI 2010, nr. 16, p. 198 m.nt. J.C.S. Pinckaers, Mf 2010, nr. 16, p. 206 m.nt. J.D. Holthuis, IER 2011, nr. 7, p. 29 m.nt. M. de Cock Buning.

3.2. Cruijff en Interclarion zijn van het vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam. Interclarion heeft vervolgens het door haar ingestelde hoger beroep ingetrokken.

3.3. Voor zover in cassatie van belang vorderde Cruijff na wijziging van eis, kort samengevat, een verklaring voor recht dat hij een recht heeft, althans een redelijk belang, zich te verzetten tegen de publicatie en verspreiding van het boek 'Johan Cruijff - De Ajacied' door Tirion en een verklaring voor recht dat dit boek inbreuk maakt op zijn privacy (zijn portret en zijn naam), een gebod om de verspreiding van dit boek (of soortgelijke inbreukmakende) werken te staken en gestaakt te houden op straffe van verbeurte van een dwangsom en de veroordeling van Tirion tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat. Vorderingen gebaseerd op merkrecht zijn in hoger beroep niet meer aan de orde gesteld.

Tirion c.s. voerden verweer.

3.4. Bij arrest van 3 januari 2012⁴ heeft het hof het vonnis waarvan beroep, voor zover aan zijn oordeel onderworpen, bekrachtigd.

3.5. Cruijff heeft tegen het arrest van het hof – tijdig⁵ – beroep in cassatie ingesteld. Tirion c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun zaak ter zitting van de Hoge Raad van 2 november 2012 – onder overlegging van pleitnota's – mondeling doen toelichten, Cruijff door mr. R.D. Chavannes, advocaat te Amsterdam en mr. R.P.J.L. Tjittes, advocaat te 's-Gravenhage, en Tirion c.s. door mr. A.M. van Aerde en mr. R.S. Meijer, advocaten te Amsterdam. De advocaten hebben over en weer mondeling gerepliceerd resp. gedupliceerd.

4. Inleidende beschouwingen

4.A. Portretrecht⁶

4.1. Op Nederlands nationaal niveau is het recht van een geportretteerde om zich tegen publicatie van zijn portret te verzetten primair geregeld in het uit 1912 daterende art. 21 Auteurswet, luidende:

'Is een portret vervaardigd zonder daartoe strekkende opdracht, den maker door of vanwege den geportretteerde, of te diens behoefte, gegeven, dan is openbaarmaking daarvan door den gene, 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.'

⁴ LJN BU9938, NJF 2012, 222, Mf 2012, nr. 10, p. 114 m.nt. J.D. Holthuis.

⁵ Na het arrest van 3 januari 2012 is de cassatiedagvaarding op 2 april 2012 uitgebracht.

⁶ Ik hoop dat enige overeenkomsten in deze inleiding met hoofdstuk VI, Portretrecht, in het boek van Spoor, Verkade en Visser, Auteursrecht, 3e druk 2005 (hierna 'SVV') mij vergeven worden. Zie ook, met veel (juist bij dit onderwerp nuttige) illustraties: Schuijt/Visser, Portretrecht voor iedereen, Amsterdam, Mets & Schilt: 2003.

In essentie gaat het om het 'redelijk belang'-criterium⁷.

Bij de invulling van dat criterium is er van oudsher een 'link' met het algemene leerstuk van de bescherming van de persoon, resp. van de goede naam, tegen onrechtmatige (pers-) publicaties⁸.

4.2. Op supranationaal, maar ook op nationaal niveau zijn (voorts) cruciaal gebleken⁹ de bepalingen van art. 8 en art. 10 EVRM, voor zover hier van belang luidende:

Artikel 8 - Recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Artikel 10 - Vrijheid van meningsuiting

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. [...]

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Art. 8 lid 1 EVRM wordt door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en door de Hoge Raad zo uitgelegd dat het in beginsel een recht aan de geportretteerde geeft op zich tegen publicatie daarvan te verzetten. Maar dat recht is onderworpen aan de beperkingen van art. 8 lid 2. Art. 10 lid 1 EVRM wordt door het EHRM en door de HR zo uitgelegd dat (ook) portretten vallen onder de inlichtingen, die een ieder in beginsel mag ontvangen of verstrekken. Maar die vrijheid is onderworpen aan de beperkingen van art. 10 lid 2.

De verhouding tussen art. 8 en art. 10 EVRM (in portretrechtelijk verband) komt nader aan de orde in nr. 4.7 e.v.

⁷ De artikelen 19 en 20 Auteurswet geven sterkere rechten aan de geportretteerde, indien sprake is van een *in opdracht gemaakt* portret.

⁸ Het belangrijkste overzichtswerk op dit terrein is: (Groene serie) Onrechtmatige Daad VII (G.A.I. Schuijt).

⁹ Hoewel het EVRM dateert van 1950, is deze ontwikkeling pas in de jaren '70 van de vorige eeuw op gang gekomen.

4.3. De Nederlandse wetgever van 1912 had bij het 'redelijk belang' van art. 21 Aw het oog op *privacy*belangen; aan financiële exploitatiebelangen van geportretteerden werd toen nog niet gedacht¹⁰.

4.4. In 1959 was zangeres Teddy Scholten winnares van het Eurovisie songfestival. Zij kwam even later haar portret tegen in een reclame-uiting voor sigaretten. Sigaretten waren toen nog niet vies. Teddy Scholten had op zichzelf ook geen bezwaar tegen gebruik van haar portret in reclame: zij had daarover een lucratief contract met een poetsmiddelenfabrikant (Erdal). Maar dat contract veronderstelde exclusiviteit voor Erdal. Dáárin – en niet in *privacy*belangen – zat voor haar de kneep. Zowel de rechtbankpresident als het hof erkenden in deze zaak – voor het eerst – een *financieel* 'redelijk belang' van een geportretteerde.¹¹

4.5. De eerste uitspraak van de Hoge Raad over commercieel portretrecht kwam in 1979. Die zaak betrof een schadevergoedingsvordering van artiesten, die waren opgetreden in de tv-serie 't *Schaap met de Vijf Pooten*.¹² Foto's die met hun instemming voor publiciteitsdoel-einden waren gemaakt, waren zonder hun (nadere) toestemming opgenomen in een door VNU uitgegeven boek ('TV-album') dat geheel aan deze tv-serie was gewijd. De rechtbank en het hof wezen de vordering (tot een bedrag van f 6.000) toe. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de uitgever, en achtte een redelijk belang dat zich verzet tegen publicatie zonder vergoeding aanwezig bij geportretteerden die – wat men is gaan noemen – *verzilverbare populariteit* bezitten. (Ik zal hierna ook wel over 'VP-ers' spreken).

Over het meest principiële onderdeel 3 van het cassatiemiddel overwoog de Hoge Raad:

'Dit onderdeel voert in de eerste plaats en hoofdzakelijk tegen 's hofs arrest aan, dat - anders dan het hof heeft overwogen - in gevallen waarin geportretteerden uitsluitend een financieel belang aan hun vordering ten grondslag leggen en/of waarin zij bescherming eisen niet van een belang bij niet-publicatie maar van een belang bij publicatie tegen beloning, de openbaarmaking van hun portretten zonder hun toestemming wegens het ontbreken van een redelijk belang aan hun kant dat zich tegen openbaarmaking zou verzetten, jehens hen niet onrechtmatig is.

Deze klacht berust op een onjuiste rechtsopvatting. Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van de Auteurswet bij het gebruik van de woorden 'een redelijk belang' in art. 21 hoofdzakelijk gedacht moet hebben aan belangen van niet-financiële aard, kan, mede gezien de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande, van een redelijk

¹⁰ Geheel aan het zo genoemde financiële of commerciële portretrecht is gewijd de bundel: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, Amsterdam: DeLex 2009, met bijdragen van M. de Cock Buning, T. Deurvorst, E. Dommering, D. van Engelen, Ch. Gielen, W. Grosheide, E. Hoogenraad, B. Hugenholtz, T. Huydecoper, J. Kabel, W. Korthals Altes, R. van Oerle, B. Pinckaers, R.-J. Prins, A. Quaadvlieg, J. Schaap, G. Schuijt, M. Senftleben, J. Spoor, P. Torremans, F. Verkade en D. Voorhoof. Deze bundel wordt hierna aangehaald als: 'Commercieel portretrecht (2009)'.

¹¹ Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1959, NJ 1959, 648; Hof 's-Gravenhage 13 april 1960, NJ 1961, 160. Zie over de historische ontwikkeling van het commercieel portretrecht in Nederland: Van Oerle, in: *Commercieel portretrecht (2009)*, p. 1 e.v.

¹² HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 m.nt. LWH, BIE 1979, nr. 23, p. 163; (verkort) AMR 1979, p. 52 m.nt. JHS.

belang ook sprake 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.'

4.6. Afgezien van financiële/commerciële redenen, kunnen personen met 'verzilverbare populariteit' onder omstandigheden ook morele (privacy-)bezwaren hebben tegen gebruik van hun portret in een bepaalde context. Dat kan zich bijv. voordoen als zij hun portret principieel niet voor gebruik in reclame willen lenen, of niet willen doorgaan als aanprijzer van de producten of diensten die in de onderhavige reclame geadverteerd worden. Zij hebben dan twee grondslagen voor actie: het privacybelang én het commerciële 'Schaep'-belang.

Voor personen *zonder* 'verzilverbare populariteit' is het privacybelang om zich te verzetten tegen gebruik van hun (slechts tot in de kennissenkring bekende) portret *in reclame* erkend door HR 2 mei 1997 (Discodanser)¹³ met de volgende motivering (rov. 3.3):

'De opname van een portret in een reclame voor een produkt of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat produkt of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen – en doorgaans terecht – ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het produkt of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde. Dit brengt mee dat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw, dat zich tegen die openbaarmaking verzet.'

Inwerking van art. 8 en art. 10 EVRM op art. 21 Aw

4.7. In het even genoemde Discodanser-arrest is de toepassing van art. 21 Aw mede geplaatst in de sleutel van de (conflicterende) grondrechten van art. 8 en art. 10 EVRM. Ik citeer uit rov. 3.3 nog:

'Evenmin heeft Bios een belang aan de orde gesteld dat bij afweging tegen voormeld belang van M. de inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer zou kunnen rechtvaardigen. Het commerciële belang van Bios om voor de door haar aangeboden diensten reclame te maken, hoezeer het ook mede onder de bescherming van art. 10 EVRM valt, weegt hiervoor immers niet zwaar genoeg.'

4.8. De invloed van de conflicterende grondrechten van art. 8 en art. 10 EVRM was al eerder, en nog nadrukkelijker, aan de orde in HR 21 januari 1994 (*Moordenaar G.J. Heijn*)¹⁴.

In dat arrest koos de Hoge Raad nadrukkelijk voor de opvatting dat niettegenstaande de aanwezigheid van *een redelijk belang* aan de kant van de geportretteerde, toch een verdere

¹³ AMI 1997, p. 143 m.nt. Schuijt, NJ 1997, 661 m.nt. DWFV, Mf 1997, p. B104 (M./Bios).

¹⁴ HR 21 januari 1994, LJV ZC1240, NJ 1994, 473 m.nt. DWFV, AMI 1994, p. 93 m.nt. Schuijt, Mf 1994, p. B30 m.nt. Oppenoorth op p. 58, NJCM-Bulletin 1994, p. 659 m.nt. L. Verheij.

belangenafweging op zijn plaats is. En de Hoge Raad plaatste die afweging in de sleutel van de twee conflicterende grondrechten van art. 8 EVRM resp. art. 10 EVRM.

De Hoge Raad oordeelde dat (ook) in de context van art. 21 Aw het privacy-recht niet absoluut is dan het recht m.b.t. informatievrijheid. Bij de afweging van een en ander dienen publicaties waarbij een portret wordt afgebeeld niet wezenlijk anders benaderd te worden dan publicaties zonder portret.¹⁵ Een redelijk belang van de geportretteerde sluit belangenafweging *niet* uit (rov. 3.5).

4.9. De juistheid van belangenafweging *in het licht van art. 8 en art. 10 EVRM* bij de beoordeling van portretpublicaties heeft vanaf 2000 bevestiging gevonden in uitspraken van het EHRM.¹⁶

In een van de meest recente uitspraken (Caroline von Hannover/Duitsland II¹⁷) overwoog het EHRM (samenvattend):

‘106. In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that the outcome of the application should not, in theory, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 8 of the Convention, by the person who was the subject of the article, or under Article 10 by the publisher. Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect (see *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS)*, cited above, § 41; *Timciuc v. Romania* (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011; see also point 11 of the Resolution of the Parliamentary Assembly – paragraph 71 above). Accordingly, the margin of appreciation should in theory be the same in both cases.

107. Where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see *MGN Limited v. the United Kingdom*, no. 39401/04, §§ 150 and 155, 18 January 2011, and *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011).

Het EHRM gaat er – net als de Hoge Raad reeds in het arrest van 21 januari 1994¹⁸ – dus van uit dat de grondrechten van art. 8 EVRM en art. 10 EVRM ‘equal respect’ verdienen en dat (met inachtneming van nadere criteria op basis van ‘the Court’s case-law’) een brede waarde-

¹⁵ De Hoge Raad verwees naar een zestal eerdere arresten over uitingsvrijheid vs. privacy.

¹⁶ EHRM 11 januari 2000, nr. 31457/96, Mf 2000, nr. 14, p. 84 m.nt. Schuijt, NJ 2001, 74 m.nt. EJD (News Verlag/Oostenrijk) (totaalverbod van publicatie van portret van een bekende en mogelijk gevaarlijke extremist in strijd met art. 10 EVRM). Vgl. voorts bijv. EHRM 26 februari 2002, nr. 34315/96, Mf 2002, p. 114 (kort) (Krone Verlag/Oostenrijk) (verbod van publicatie portret van leraar/politicus bij kritische publicatie in strijd met art. 10 EVRM); EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98, Mf 2003, p. 88 (kort) (Peck/Ver. Koninkrijk) (publicatie in dagbladen en via tv van via gesloten tv-circuit op openbare weg gemaakte opnamen van verwarde man met mes niet in strijd met art. 10 EVRM; art. 8 EVRM weegt zwaarder); EHRM 25 mei 2004, nr. 57597/00, RvdW 2007, 296, Mf 2004, p. 246 (kort) (Österreichische Rundfunk/Oostenrijk) over dezelfde van extremisme verdachte persoon als in EHRM 11 januari 2000 (News Verlag/Oostenrijk) (hier viel belangenafweging anders uit).

¹⁷ EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, RvdW 2012, 1543.

¹⁸ Vindplaatsen in voetnoot 14.

ringsmarge toekomt aan de nationale (feiten-)rechter. Zie echter nog hierna nr. 4.14.

4.10. In de afgelopen twee decennia is in Nederland gepleit voor omvorming op nationaal niveau van het nu op art. 21 Aw gebaseerde portretrecht naar een persoonlijkheidsrechtelijk subjectief recht.

Zo heeft Pinckaers¹⁹ (hand in hand met een uitbreiding van de bescherming tot de stem, de handtekening en nog andere menselijke paraferalia) een *persona*-recht bepleit op zowel morele als economische gronden. Uit het beginsel van persoonlijke autonomie zou volgens de auteur volgen dat ieder mens, *los* van enige prestatie-eis of populariteit, het recht zou moeten hebben om zelf te beslissen of, en zo ja, op welke wijze aspecten van zijn *persona* aan de rest van de wereld worden getoond. Pinckaers wil dit *persona*-recht recht evenwel beperkt zien tot gebruik van persoonskenmerken in een 'commerciële setting' en 'niet daarbuiten, in een communicatieve setting, waar de met de uitingsvrijheid gemoeide belangen zwaarder wegen dan de financiële belangen van de betrokken persoon.'²⁰

Ook een rapport van de *Commissie portretrecht VMC* uit 1996²¹ bepleitte een subjectief portretrecht. Daarbij zou het commerciële portretrecht evenwel (slechts) bescherming moeten bieden tot gebruik van portretten 'voor handelsdoeleinden'. Daaronder zou volgens de Commissie portretrecht VMC *niet* moeten worden verstaan: gebruik van portretten door de media voor zover dit gebruik een redelijk verband heeft met informatievoorziening, gebruik voor wetenschappelijke of kunstzinnige doeleinden, gebruik ter identificatie van de afgebeelde personen, en gebruik in de privésfeer.^{22,23}

4.11.1. E.J. Dommering lijkt het verst te gaan bij de verdediging van een (in beginsel) absoluut subjectief portretrecht (door hem aangeduid als: 'informatieel zelfbeschikkingsrecht'). Hij zoekt aansluiting bij het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)²⁴, met

¹⁹ From Privacy toward a new Intellectual Property Right in Persona, diss. UvA, Deventer 1996.

²⁰ (Instemmende) noot Pinckaers onder Hof Amsterdam 27 januari 2009, AMI 2009, nr. 6, p. 64 (*Jogster*), en (instemmende) noot Pinckaers in AMI 2010, nr. 16, p. 198 onder het vonnis van de rechtbank in deze zaak *Cruijff/Tirion c.s.*

²¹ Mf oktober 1996, p. R1.

²² Mf oktober 1996, p. R7.

²³ Zie voor discussie tot 2005 ook: SVV (2005) § 6.9, p. 320-321. Daarin hebben Spoor, Visser en ik de (toenmalige) voorstellen om het portretrecht in de vorm van een *nieuw absoluut i.e.-recht* te gieten 'vooralnog geen goed idee' genoemd. Er is gewezen op het *met het oog op betere exploitatiemogelijkheden* gewenste constructie van een subjectief recht verbonden sequeel van vatbaarheid voor beslag en executie met alle risico's van dien voor de geportretteerde. Daarnaast zouden – ook volgens voorstanders van een subjectief recht – daarop weer uitzonderingen op een subjectief portretrecht nodig zijn in het licht van met name nieuwsvoorziening. 'De bestaande wettelijke constructie van een gepositieerde zorgvuldigheidnorm heeft de verdienste van de souplesse. De invulling ervan kan meegroeien met de ten aanzien van de persoonlijkheids- resp. prestatiebescherming evoluerende maatschappelijke opvattingen. Wij zullen zien dat dit ook gebeurd is. Het biedt tegelijkertijd ruimte voor evenwichtige afweging tegen andere waarden, en afweging van belangen in concreto.' (p. 321).

Vgl. ook Mulder, AMI 1998, p. 1; Hugenholtz, in: *Commerciële portretrecht* (2009), p. 231-242.

²⁴ E.J. Dommering, in: *Commerciële portretrecht* (2009), p. 259-271.

– buiten gevallen van (aperte?) ‘nieuws waarde’ – geen of minimale afwegingsruimte ten behoeve van media of fotografen²⁵. Daartegen: Pinckaers²⁶.

4.11.2. In NJ- en AMI-annotaties leidde Dommering uit het *Reklos*-arrest van het EHRM van 2009 af dat voor portretpublicatie in de regel een toestemmingsvereiste zou gelden²⁷. Dat wordt door anderen weersproken, waaronder de rechtbank en het gerechtshof in de onderhavige zaak *Cruijff/Tirion*^{28,29}.

4.12. In *Onrechtmatige daad (Groene Serie)*³⁰ gaat G.A.I. Schuijt in op de betekenis van het *Reklos*-arrest voor het portretrecht en (samenvattend) op daarover gevoerd debat: ‘Over de consequenties van de *Reklos*-zaak zie ook de discussie tussen Dommering en Pinckaers. De laatste overtuigt mij meer dan de eerste.’

4.B. Beoordelingskader in cassatie

4.13. Wat het beoordelingskader in cassatie betreft, herinner ik (nog eens) aan rov. 3.6 van HR 21 januari 1994³¹, thans met twee letterlijke citaten:

‘Het gaat hier telkens om in hoge mate feitelijke appreciaties die uit dien hoofde voor rekening van het hof moeten blijven, evenals de uiteindelijke afweging van de belangen van E. tegen die van Spaarnestad. Voor een eigen weging door de cassatierechter is geen plaats.’

En:

‘Met name kan niet worden volgehouden dat het hof zijn uiteindelijke oordeel dat het belang van Spaarnestad bij het publiceren van voormelde artikelen en het daarbij als illustratie bezien van de portretten van E. zwaarder weegt dan het belang van E. om “alleen te worden gelaten” (r.o. 4.19), nader had moeten motiveren: dergelijke oordelen lenen zich daartoe niet.’

4.14. In zijn conclusie voor HR 26 maart 2011 (Delftse wethouder) heeft mijn (oud-)collega Huydecoper erop gewezen dat in zaken waarin een afweging van door (art. 8 en) art. 10 EVRM beschermde belangen aan de orde is, de wijze van beoordeling door het EHRM ‘wezenlijk verschilt van – en met name ruimer is dan – de controle in een Nederlandse cassatieprocedure’³². In die zin ook annotator Alkema³³. Met Huydecoper houd ik het er intussen op

²⁵ E.J. Dommering, Portretrecht en privacy, in AMI 2009, p. 142-143 (reactie op de noot van Pinckaers onder het *Jogster*-arrest).

²⁶ Naschrift onder Dommering (vorige voetnoot), AMI 2009, p. 144-146.

²⁷ EHRM 15 januari 2009, nr. 1234/05, NJ 2009, 524 m.nt. E.J. Dommering, AMI 2009, nr. 18, p. 188 m.nt. E.J. Dommering.

²⁸ Rechtbank Amsterdam 14 april 2010, rov. 4.5 - 4.6, waarbij het hof zich in rov. 3.5 aansluit. Bij de bespreking van de cassatie-middelenonderdelen 3 en 4 kom ik hierop terug, met name in nr. 5.15.5.

²⁹ In de zin van de rechtbank ook: F.F. Blokhuis, annotatie onder *Reklos*-arrest in Mf 2009, nr. 16, p. 217, Pinckaers (zie voetnoot 26) en M. de Cock Buning, annotatie onder het *Cruijff/Tirion*-vonnis in IER 2011, nr. 7, p. 29.

³⁰ Deel VII, nr. 121.1 (stand december 2011).

³¹ Vindplaatsen in voetnoot 14.

³² LJV BU 3917, NJ 2012, 529 m.nt. EAA, AB 2011, 79 m.nt. S.A.J. Munneke; punten 6-11 van de

dat het geldende Nederlandse cassatiesysteem in overeenstemming is met het EVRM. Alkema bepleit ten aanzien van kwesties van de feiten meer terughoudendheid bij het EHRM.

4.15. Ik wijs nog op (vaste) jurisprudentie van de Hoge Raad over klachten die in wezen een nieuwe feitelijke beoordeling in cassatie vragen. In een recent arrest³⁴ overwoog de HR (na de vooropstelling van het feitelijk karakter van de beoordeling die daar aan de orde was (daar: auteursrechtelijke beschermingsomvang c.q. inbreuk)):

‘(f) [...] Klachten die in wezen een nieuwe feitelijke beoordeling in cassatie vragen, miskennen de grenzen van de cassatierechtspraak. Overigens dient de wijze waarop de toetsing door de feitenrechter is uitgevoerd in overeenstemming te zijn met de hiervoor weergegeven rechtsregels en moet de uitspraak tenminste zodanig zijn gemotiveerd dat deze voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden - in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen - controleerbaar en aanvaardbaar te maken (HR 4 juni 1993, LJV ZC0986, NJ 1993/659) NJ 2003, 171.

Daartoe is evenwel niet steeds vereist dat alle door een partij aangedragen stellingen door de rechter uitdrukkelijk in de motivering worden betrokken.’

Ik zal de klachten niettemin stuk voor stuk bespreken.

5. Bespreking van het cassatiemiddel

5.1.1. *Onderdeel 1.a* is gericht tegen 's hofs oordeel in rov. 3.4, dat publicatie van foto's van Johan Crujff, gemaakt in de openbare sfeer, althans betrekking hebbend op zijn functioneren als voetballer, niet, althans niet in relevante mate, zijn persoonlijke levenssfeer betreft en geen situatie betreft waarin het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op bescherming van het privéleven is geschonden en/of zou moeten prevaleren boven de door art. 10 EVRM gewaarborgde uitingsvrijheid.

5.1.2. Volgens de rechtsklacht zou het hof hiermee miskennen dat het begrip 'private life' in de zin van art. 8 EVRM een zeer ruim begrip is en betrekking heeft op aspecten van iemands persoonlijke identiteit, waaronder diens naam of portret, en dat daarvan evenzeer sprake is als het gaat om professionele activiteiten van Crujff en derhalve om zijn commerciële belangen, alsmede dat een dergelijke bescherming ook toekomt aan een 'publiek' figuur. Het onderdeel verwijst hiertoe naar diverse arresten van het EHRM.³⁵

conclusie.

³³ Noot onder HR 11 november 2011 (vorige voetnoot) en HR 11 mei 2012, LJV BV1013, NJ 2012, 530. Alkema wijst in dit verband ook op de studie van A.J. Nieuwenhuis, Laveren tussen persvrijheid en respect voor het privé-leven, de jurisprudentie van het EHRM, in Mf 2012, p. 2-13.

³⁴ HR 22 februari 2013, nr. 11/02739, LJV: BY1529 (Stokke c.s./H3 Products c.s.), rov. 3.4 onder (f).

³⁵ Te weten: EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08 (Caroline von Hannover/ Duitsland II) (rov. 95 en 96); EHRM 15 januari 2009, Mf 2009, nr. 16 (Reklos/Griekenland) (rov. 40); EHRM 5 oktober 2010, zaak nr. 420/07; NJ 2011, 566 (Köpke/Duitsland); EHRM 25 september 2001, no. 44787/98 (P.G. en J.H./UK) (rov. 56, slot); EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz/

5.1.3. De klacht faalt wegens verkeerde lezing van rov. 3.4. De verkeerde lezing bestaat hierin, dat het hof in rov. 3.4 (getuige de strofe 'althans niet in relevante mate') klaarblijkelijk niet uitsluit dat met (publicatie van) de onderhavige foto's van Cruijff *potentiële* schending van diens recht onder art. 8 (*lid 1*) EVRM aan de orde zou kunnen zijn. Daarmee heeft het hof het door Cruijff gedaan beroep op een 'zeer ruim[e] begrip private life' in de zin van art. 8 lid 1 EVRM niet miskend. Het hof heeft in rov. 3.4 evenwel geoordeeld dat Cruijff – althans voor wat betreft bezwaren van Cruijff die gelegen zouden zijn in de persoonlijke levenssfeer c.q. privé leven *in engere zin*³⁶ – niet met succes een beroep op art. 8 lid 1 kon doen. Het hof kon zulks – zonder miskening van een rechtsregel – doen in het licht van potentiële beperkingen van het recht van art. 8 lid 1 ingevolge art. 8 *lid 2* EVRM, alsmede 'concurrentie' van een recht van Cruijff op basis van art. 8 EVRM met het gelijkwaardige grondrecht van art. 10 EVRM aan de zijde van Tirion c.s. Deze onderwerpen komen overigens verderop in rov. 3.4 en in het arrest (en in Cruijffs cassatieklachten) nader aan de orde.

5.2.1. Volgens *onderdeel 1.b* is 's hofs oordeel (verderop) in rov. 3.4, dat (in dit geval) het belang van artikel 10 EVRM boven het belang van artikel 8 EVRM moet prevaleren, onjuist, althans onbegrijpelijk.

5.2.2. De rechtsklacht in de tweede volzin van onderdeel 1.b deelt het lot van onderdeel 1.a.

5.2.3. De vervolglachten van onderdeel 1.b tegen rov. 3.4 houden in dat het hof zijn oordeel over het niet prevaleren (in dit geval) van Cruijffs recht ex art. 8 EVRM boven de door art. 10 EVRM gewaarborgde uitingsvrijheid, onjuist is, omdat dit oordeel een concrete afweging vergt van die belangen, die het hof niet heeft gemaakt, althans wegens onvoldoende inzichtelijkheid van die afweging onbegrijpelijk is. Volgens onderdeel 1.b staat ten processe vast dat Cruijff zijn reputatie en bekendheid (met succes, immers leidend tot verzilverbare populariteit) uitbaat door de exploitatie van zijn portret³⁷. Volgens het onderdeel heeft het hof niet, althans niet voldoende kenbaar, met dat belang van Cruijff rekening gehouden.

5.2.4. Ook dit onderdeel faalt wegens verkeerde lezing van 's hofs arrest. Uit het vervolg van het arrest, met name uit rov. 3.5, 3.7 en 3.8, blijkt immers dat het hof de in onderdeel bedoelde reputatie en bekendheid van Cruijff en (daarmee) diens 'verzilverbare populariteit' wel degelijk onderkend heeft en meegewogen heeft. Tegen die weging gerichte (nadere) cassatieklachten van Cruijff komen verderop aan de orde.

Duitsland) (rov. 29).

³⁶ De door Cruijff aan de orde gestelde grondslag voor een *commerciële* portretrecht in art. 8 EVRM komt in andere (hiëronder besproken) onderdelen van het middel ter sprake.

³⁷ Onderdeel 1.b verwijst naar CvA al. 23; CvR al. 3.1; vonnis rechtbank rov. 4.1 en 4.13; MvG p. 2, al. 2; MvA al. 10; pleitnotities Cruijff in hoger beroep al. 1 - 6; pleitnota Tirion c.s. in hoger beroep al. 33.

5.3.1. Volgens de eerste en de tweede volzin van *onderdeel 1.c* zou het hof in rov. 3.4 blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting indien het bij zijn oordeel dat geen sprake is van een schending van het privéleven in de zin van art. 8 EVRM, relevant heeft geoordeeld dat het foto's betreft van een sportman die (nog steeds) als zodanig actief en zeer bekend is, en die niet op enigerlei wijze als diffamerend zijn aan te merken. Ook als het boek geen diffamerende of de (intieme) persoonlijke levenssfeer van Cruijff betreffende foto's bevat, ook als dit een portret betreft gemaakt in de uitoefening van een beroepsactiviteit van Cruijff, en ook als in aanmerking wordt genomen dat het een foto van een 'publieke figuur' betreft, is Cruijffs portret onderdeel van het door art. 8 EVRM beschermde privéleven.

5.3.2. Deze (deel-)klacht van onderdeel 1.c deelt het lot van onderdeel 1.a.

5.3.3. Onderdeel 1.c vervolgt met de klacht dat het uiteindelijk aankomt op een afweging van de relevante fundamentele belangen op het moment van publicatie van het boek: het recht op een privéleven van Cruijff en de vrijheid van meningsuiting van Tirion c.s. op dat moment, welke afweging het hof ten onrechte niet, althans niet voldoende kenbaar, heeft gemaakt, omdat het ten onrechte geen, althans onvoldoende, betekenis toekent aan de belangen van Cruijff.

5.3.4. Deze klacht verwijst naar onderdeel 1.b. Zij deelt het lot daarvan.

5.4.1. Volgens *onderdeel 1.d* is 's hofs oordeel in (nog steeds) rov. 3.4, dat (de rechtbank er in dit verband terecht op wijst dat) het foto's betreft die tijdens de actieve voetbalperiode van Cruijff zijn gemaakt, in het kader van de vrije nieuwsgaring en terwijl Cruijff wist dat hij gefotografeerd werd of kon worden, eveneens onjuist, althans ongenoegzaam gemotiveerd.

Dit zou 'reeds' zo zijn omdat volgens vaste rechtspraak van het EHRM 'a person's reasonable expectations as to privacy' weliswaar belangrijk zijn, maar met de toevoeging: 'though not necessarily conclusive'³⁸.

5.4.2. Reeds uit de in de tweede alinea van nr. 5.4.1 (door Cruijff zelf aangehaalde) citaten van het EHRM blijkt dat de rechtsklacht niet kan slagen, en dat de motiveringsklacht minst genomen nadere adstructie zou behoeven.

5.4.3. Onderdeel 1.d herhaalt vervolgens (met verwijzing naar onderdelen 1.a en 1.b) de stelling dat foto's van Cruijff onder art. 8 EVRM vallen, ook als daarbij een professioneel (commercieel) belang van Cruijff in het spel is.

5.4.4. Deze stelling deelt het lot van de eerdere stellingen waarnaar Cruijff verwijst. Met de toepasselijkheid van art. 8 *lid 1* EVRM op de foto's van Cruijff is immers de onjuistheid of

³⁸ Het onderdeel verwijst naar EHRM 5 oktober 2010, NJ 2011, 566 (Köpke/Duitsland) en EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98 (P.G. en J.H./UK) (rov. 57, begin).

onbegrijpelijkheid van 's hofs hier aangevochten constatering, in het licht van met name art. 8 lid 2 EVRM en de 'concurrentie' met art. 10 EVRM, allerminst gegeven.

5.4.5. Onderdeel 1.d behelst vervolgens wederom de klacht dat het hof in rov. 3.4 de belangen van partijen onjuist, althans ongenoegzaam (kenbaar) heeft gewogen. Dit onderdeel 1.d focust vervolgens op de volgende door Cruijff aangevoerde³⁹ concrete omstandigheden: (i) het feit dat de foto's destijds voor het merendeel niet als nieuwsfoto zijn gepubliceerd (maar behoorden tot het archief van De Jong) en op het moment van publicatie van het boek geen nieuwsfeit waren; (ii) dat de publicatie niet betrekking had op een verzameloeuvre van De Jong of anderszins werd beoogd de bijzondere artistieke waarde van deze foto's onder de aandacht van het publiek te brengen; (iii) dat het boek nagenoeg geheel bestond uit foto's waarop Cruijff het middelpunt vormt; (iv) dat Cruijff sinds het maken van de opnamen inmiddels een aanzienlijke verzilverbare populariteit had opgebouwd; en (v) dat Tirion van die populariteit met de uitgave commercieel hoopte te profiteren. Volgens het onderdeel heeft het hof op deze stellingen niet gerespondeerd, en ten onrechte in het midden gelaten welke precieze belangen aan de kanten van beide partijen spelen. In cassatie kan dan ook in ieder geval van de gestelde omstandigheden worden uitgegaan.

De omstandigheid dat er vraag zou zijn naar de informatie die het boek geeft (rov. 3.6 van het arrest), neemt bovendien niet weg dat aan het voorzien in die vraag (grotendeels, althans mede) commerciële motieven ten grondslag liggen. Het hof in zijn belangenafweging tevens miskend dat aan de zijde van Tirion c.s. niet (enkel) een door art. 10 EVRM te beschermen belang van vrije nieuwsgaring bestond, maar (in ieder geval mede) een belang om commercieel te profiteren van de reputatie en bekendheid van Cruijff.

Gelet op het voorgaande, had het hof niet (alleen) de (beweerdelijke) belangen van Tirion c.s. in het kader van de publicatie van het boek moeten afwegen tegen het privacyrecht van Cruijff, maar (ook) de overige belangen van beide partijen bij publicatie van Cruijffs portretten, aangezien het in casu – in ieder geval mede – gaat om botsende commerciële belangen van een zonder opdracht geportretteerde met een verzilverbare populariteit om zich te verzetten tegen publicatie van zijn portret enerzijds, en van een uitgever die commercieel wil profiteren van de reputatie en bekendheid van de geportretteerde anderzijds.

5.4.6. Deze – nog steeds tegen rov. 3.4 gerichte – klachten berusten op een onjuiste lezing van het arrest. In rov. 3.4 oordeelt het hof klaarblijkelijk (slechts) over eventuele gegrondheid van bezwaren van Cruijff die gelegen zouden zijn in de persoonlijke levenssfeer c.q. privé leven *in engere zin* (vgl. 's hofs verwijzingen naar foto's gemaakt op 'algemeen publiek toegankelijke locaties', foto's over het 'functioneren als voetballer in het eerste elftal', foto's

³⁹ Het onderdeel verwijst naar: inleidende dagvaarding al. 7.7 - 7.8 en 7.11; CvR al. 7.1 en 7.3 en 9.3; pleitaantekeningen Cruijff eerste aanleg al. 1.5, 2.27 - 2.30; MvG p. 9 laatste alinea en p. 10 eerste alinea en al. 4 - 5; pleitnotities Cruijff in hoger beroep al. 11 - 12 en 41 - 42.

‘van een sportman die (nog steeds) als zodanig actief en zeer bekend is en die niet op enigerlei wijze als diffamerend zijn aan te merken’).

Het hof heeft daarmee niet de in onderdeel 1.d bedoelde stellingen van Cruijff miskend, maar het hof heeft die anders gerubriceerd. Zij vormen in de ogen van het hof onderdeel van de beoordeling van het door Cruijff ingeroepen ‘zelfbeschikkingsrecht, slechts wijkend voor wat in het kader van de nieuwsvoorziening noodzakelijk is’, waarover het hof oordeelt in rov. 3.5, en Cruijffs beroep op verzilverbare populariteit in het kader beoordeling op basis van art. 21 Aw, die bij het hof aan de orde is in rov. 3.6 en (vooral) 3.7 en 3.8. Klachten als in onderdeel 1.d verwoord zijn ook vervat in klachten gericht tegen die verdere rechtsoverwegingen van het hof en zullen bij de behandeling daarvan aan de orde komen.

Tegen de andere rubricering door het hof richt het onderdeel geen klacht, en terecht niet. Waar het hof in rov. 3.5 oordeelt over het door Cruijff ingeroepen ‘zelfbeschikkingsrecht’, gaat het immers om het door Cruijff ingeroepen, door hem op art. 8 EVRM gebaseerde recht. Weliswaar noemt het hof in rov. 3.5 het artikel niet, maar dat het hof daarop het oog heeft blijkt uit ’s hofs verwijzing in rov. 3.5 naar de daar vermelde EHRM-arresten. En waar het hof in rov. 3.6 - 3.8 de afweging plaatst in de sleutel van art. 21 Aw blijkt niet dat het hof heeft miskend dat de invulling daarvan beheerst wordt door art. 10 én art. 8 EVRM.

5.5. *Onderdeel 1.e* – nog steeds gericht tegen rov. 3.4 – bouwt voort op (of herhaalt in andere woorden) de klacht van onderdeel 1.d. Voor zover onderdeel 1.e het hof verwijt geen oog gehad te hebben voor belangen van Cruijff, gelegen in de persoonlijke levenssfeer c.q. privé leven *in engere zin*, mist het feitelijke grondslag, nu het hof zulke belangen in rov. 3.4 nu juist wél gewogen heeft. Voor het overige deelt onderdeel 1.e het lot van onderdeel 1.d.

5.6.1. *Onderdeel 2.a* gaat uit van een lezing van rov. 3.4 dat daarin het oordeel besloten ligt dat de omstandigheid dat (een deel van) de foto’s uit het boek ooit zijn gemaakt in het kader van de vrije nieuwsgaring meebrengt dat deze foto’s thans – vele jaren later – zonder toestemming van de geportretteerde (opnieuw) mogen worden gepubliceerd. Dat oordeel zou blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat – kort samengevat – een (nieuwe) openbarmaking van een portret opnieuw dient te worden beoordeeld in de context van een (nieuwe) belangenafweging op het moment van de (nieuwe) publicatie.

5.6.2. Hoewel de klacht uitgaat van een juiste rechtsopvatting, kan zij niet tot cassatie leiden, omdat het hof geen blijk geeft van miskenning van deze rechtsopvatting. De klacht berust daarmee op een onjuiste lezing. Het hof oordeelt (ook in rov. 3.4) immers over de foto’s ‘in het boek’ (en wel ‘van een sportman die (nog steeds) als zodanig actief en zeer bekend is’, en wel over foto’s ‘die niet op enigerlei wijze als diffamerend zijn aan te merken’). Ook de afweging in de laatste volzin van rov. 3.4 (vervolgd in rov. 3.5, eerste volzin) heeft klaarblijkelijk betrekking op (her-)publicatie in de actuele (litigieuze) boekuitgave.

5.7.1. *Onderdeel 2.b* begint met de rechtsklacht dat het hof in rov. 3.4 en 3.5 miskend zou hebben dat de bescherming die onder artikel 10 EVRM aan een historische (biografische) publicatie toekomt, van een andere rangorde is dan de bescherming van nieuwsfeiten. Het onderdeel verwijst naar EHRM 10 maart 2009, nr. 23676/03, NJ 2010, 109 (Times/UK).

5.7.2. In de zaak Times/UK was – voor zover hier van belang en kort samengevat – de vraag aan de orde of iedere raadpleging van een in een krantenarchief opgenomen (beweerdelijk) beledigende publicatie, een nieuwe (niet verjaarde) grond voor juridisch optreden daartegen mocht doen ontstaan. Het EHRM achtte ten aanzien van regels in verband met opneming in een archief de beoordelingsvrijheid van de lidstaten ruimer dan ten aanzien van opneming in het oorspronkelijke persmedium zelf.

5.7.3. De klacht faalt omdat

(i) zij niet aangeeft dat en waar in de feitelijke instanties een beroep gedaan is op toepasselijkheid van (een uit) het arrest Times/UK (voortvloeiende regel) en waarom (die regel uit) dat arrest geschonden zou zijn;

(ii) de omstandigheid dat aan lidstaten een ruimer beoordelingsvrijheid toekomt ten aanzien van regels in verband met opneming in een archief toekomt dan ten aanzien van opneming in het oorspronkelijke medium zelf, niet meebrengt dat de lidstaten ten deze ook strenger zouden moeten zijn.

5.7.4. *Onderdeel 2.b* klaagt in de tweede alinea dat het hof in dit verband niet is ingegaan op de stellingen van Cruijff⁴⁰, dat in het kader van geschiedschrijving en van een biografie aan de informatiebehoefte van het publiek en de mogelijkheden om een geschiedverhaal met beelden te illustreren tegemoet kan worden gekomen, door bij het gebruik van beeldmateriaal soortgelijke beperkingen in acht te nemen als bij (beeld)citaten van auteursrechtelijk beschermde werken. Voor zover het hof (impliciet) oordeelt dat dergelijke beperkingen bij het gebruik van beeldmateriaal niet gelden, is dit oordeel rechtens onjuist, aldus het onderdeel.

5.7.5. Bij de door het onderdeel bedoelde auteursrechtelijke regel over gebruik van beeldmateriaal (art. 16 lid 3 Aw⁴¹) gaat het om een wettelijke beperking van het *auteursrecht*. Het recht van de geportretteerde ex art. 21 Aw is geen auteursrecht, en ook niet een daarmee vergelijkbaar exclusief recht (vgl. de bespreking van andere middelonderdelen, met name de on-

⁴⁰ Het onderdeel verwijst naar de MvG p. 11 al. 1 en pleitnotities Cruijff in hoger beroep al. 39 - 40.

⁴¹ Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang: 'Waar het het overnemen in een compilatiewerk betreft, mag van dezelfde maker niet meer worden overgenomen dan enkele korte werken of korte gedeelten van zijn werken, en waar het geldt werken als bedoeld in artikel 10, eerste lid onder 6°, onder 9° [fotografische werken, *toevoeging A-G*] of onder 11° niet meer dan enkele van die werken en in zodanige verveelvoudiging, dat deze door haar grootte of door de werkwijze, volgens welke zij vervaardigd is, een duidelijk verschil vertoont met het oorspronkelijke met dien verstande, dat wanneer van deze werken er twee of meer verenigd openbaar zijn gemaakt, die verveelvoudiging slechts ten aanzien van een daarvan geoorloofd is.'

derdelen 1.a, 3.a, 3.b, 6.a en 6.c). 's Hof's (impliciete) afwijzing van analogische toepassing van het hier bedoelde art. 16 lid 3 Aw is derhalve rechtens juist. De motiveringsklachten falen, omdat die zich niet tegen een juist rechtsoordeel kunnen richten (daargelaten dat Cruijffs hier bedoelde stellingen op de aangegeven plaatsen een 'opperende' toonzetting hebben).

5.8. Onderdeel 3 (en onderdeel 4) richten zich tegen rov. 3.5, luidende:

'3.5. Het aanvaarden als algemeen uitgangspunt dat publicatie van foto's als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven (het door Cruijff bepleite zogenoemde zelfbeschikkingsrecht, slechts wijkend voor wat in het kader van de nieuwsvoorziening noodzakelijk is) zou de vrijheid om door middel van foto's inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken te zeer belemmeren. Het hof sluit zich aan bij hetgeen de rechtbank daaromtrent in rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 van het vonnis, (mede) naar aanleiding van de uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zogenoemde Caroline von Hannover en Reklos zaken, heeft overwogen. Tirion c.s. wijzen er in dit verband terecht op dat volgens de portretbepalingen in de Nederlandse Auteurswet enkel bij in opdracht gemaakte portretten toestemming van de geportretteerde is vereist voor openbaarmaking ervan.'

5.9.1. *Onderdeel 3.a* vraagt om nauwkeurige analyse, die aan het oordeel over de eventuele gegrondheid ervan vooraf moet gaan.

5.9.2. Vooreerst *constateert* het onderdeel – met juistheid – dat het hof in rov. 3.5 oordeelt dat het aanvaarden van een algemeen *uitgangspunt* dat publicatie van *foto's als de onderhavige* niet mag plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven, de vrijheid om door middel van foto's inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken *te zeer zou belemmeren*.

5.9.3. Wat zijn de *foto's als de onderhavige*? Hiermee refereert het hof aan de voorafgaande rov. 3.4, voor zover hier van belang luidende:

'De foto's die in het boek zijn gepubliceerd zijn voor het overgrote deel gemaakt terwijl Cruijff op voor het algemeen publiek toegankelijke locaties aan voetbalwedstrijden deelnam. Doch ook de foto's waarbij dit niet het geval is (zie bijvoorbeeld de afbeeldingen op blz. 80 tot en met 83, 99 en 141) hebben betrekking op zijn functioneren als voetballer in het eerste elftal van een club en/of in competities waarvan bekend is dat zij grote publieke aandacht trekken en betreffen derhalve niet, althans niet in relevante mate, zijn persoonlijke levenssfeer. De rechtbank wijst er in dit verband terecht op dat het foto's betreft die tijdens de actieve voetbalperiode van Cruijff zijn gemaakt, in het kader van de vrije nieuwsgaring en terwijl Cruijff wist dat hij gefotografeerd werd of kon worden. Het betreft foto's van een sportman die (nog steeds) als zodanig actief en zeer bekend is en die niet op enigerlei wijze als diffamerend zijn aan te merken.[...]

5.9.4. Onderdeel 3.a gaat ervan uit dat het hof met de aangevallen rov. 3.5 bedoelt dat een geportretteerde voor 'foto's als de onderhavige' *geen zelfbeschikkingsrecht* toekomt op basis waarvan die geportretteerde de openbaarmaking van zijn portret kan verbieden. Die lezing van rov. 3.5 is (inderdaad) juist.

5.9.5. Het hof verwijst in rov. 3.5 voor een omschrijving van de term *zelfbeschikkingsrecht* naar Cruijff. Wat Cruijff hieronder verstaat blijkt (even verderop) in onderdeel 3.a: ‘Op basis van dit zelfbeschikkingsrecht heeft een geportretteerde beslissingsmacht over zijn portret (en andere identiteitsbepalende kenmerken), en kan hij de publicatie van zijn portret (en andere persoonskenmerken) verbieden, indien een afweging van de betrokken (botsende) belangen daartoe aanleiding geeft’.

5.9.6. De ‘andere identiteitsbepalende kenmerken’ of ‘persoonskenmerken’ laat ik hier terzijde: ik kom daarop (pas) terug bij de bespreking van onderdeel 10.

5.9.7. Het slot van onderdeel 3.a houdt nog de volgende stelling in: ‘De omstandigheid dat de portretbepalingen in de Nederlandse Auteurswet (in algemene zin) enkel bij in opdracht gemaakte portretten toestemming van de geportretteerde vereisen voor openbaarmaking (vgl. rov. 3.5 laatste volzin), doet er niet aan af dat een zonder opdracht geportretteerde zich (eveneens) op grond van art. 8 EVRM kan verzetten tegen het zonder toestemming openbaar maken van zijn portret als hij daar in de gegeven omstandigheden van het geval (een door het privacyrecht bepaald) redelijk belang bij heeft’.

5.10.1. Na de analyse van de *uitgangspunten* van onderdeel 3.a, analyseer ik thans de *klacht(en)* van dit onderdeel.

Het onderdeel klaagt over miskenning door het hof in rov. 3.5 ‘dat het recht op privacy dat door art. 8 ERVM wordt gewaarborgd een zelfbeschikkingsrecht creëert’.

5.10.2. Cruijff heeft – zie hierboven nr. 5.9.5 – het door hem bedoelde ‘zelfbeschikkingsrecht’ gedefinieerd als (voor zover hier van belang, en met door mij toegevoegde cursivering): een ‘beslissingsmacht [...] [waarmee] hij de publicatie van zijn portret [...] [kan] verbieden, *indien een afweging van de betrokken (botsende) belangen daartoe aanleiding geeft*’.

In dezelfde zin luidt het slot van het onderdeel, zie hierboven nr. 5.9.7. Daar luidt de omschrijving (voor zover hier van belang, met door mij toegevoegde cursivering) dat ‘een zonder opdracht geportretteerde zich (eveneens) op grond van art. 8 EVRM kan verzetten tegen het zonder toestemming openbaar maken van zijn portret *als hij daar in de gegeven omstandigheden van het geval (een door het privacyrecht bepaald) redelijk belang bij heeft*’.

5.10.3. Overigens bleek bij de bespreking van onderdeel 1 al dat art. 8 lid 2 EVRM – en het met art. 8 ‘concurrerende’ art. 10 EVRM – grenzen stellen aan het in art. 8 lid 1 EVRM bedoelde recht.

5.11. Op basis van het bovenstaande meen ik dat onderdeel 3.a faalt. Het door Cruijff bedoelde ‘zelfbeschikkingsrecht’ kent – door Cruijff zelf onderkende, in de cursiveringen hierboven geaccentueerde – grenzen die bepaald worden door belangenafweging.

Onderdeel 3.a klaagt niet dat het hof aan een belangenafweging voorbij zou zijn gegaan. Onderdeel 3.a klaagt daarover terecht niet, omdat 's hofs arrest – onverminderd bespreking hierna van de andere klachten van Cruijff – m.i. nu juist bij uitstek door belangenafweging (zowel in het licht van art. 8 EVRM en art. 10 EVRM, in hun onderlinge verhouding, als in het licht van art. 21 Aw) is getoonzet.

5.12.1. Ook *onderdeel 3.b*, eerste alinea, vraagt om nauwkeurige analyse.

5.12.2. Onderdeel 3.b, eerste alinea, vangt aan met de bijzin: 'Ook wanneer een algemeen uitgangspunt zoals door het hof geformuleerd in rov. 3.5 (dat publicatie van foto's als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven) niet zou kunnen worden aanvaard', gevolgd door het begin van de hoofdzin: 'dan is onjuist, althans onbegrijpelijk...'.
'

5.12.3. Deze formulering kan tot verwarring aanleiding geven over wat het hof in rov. 3.5 nu precies gezegd heeft (een verwarring die althans mij aanvankelijk overkwam). Ik citeer de eerste volzin van rov. 3.5 nog eens:

'3.5. Het aanvaarden als algemeen uitgangspunt dat publicatie van foto's als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven (het door Cruijff bepleite zogenoemde zelfbeschikkingsrecht, slechts wijkend voor wat in het kader van de nieuwsvoorziening noodzakelijk is) zou de vrijheid om door middel van foto's inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken te zeer belemmeren.'

5.12.4. Er is in de aanvangswoorden van onderdeel 3.b sprake van onvolledig citeren. In die aanvangswoorden zou (hebben) moeten staan, met door mij nu toegevoegde cursivering:

'Ook wanneer een algemeen uitgangspunt zoals door het hof geformuleerd in rov. 3.5 (*dat het uitgangspunt dat* publicatie van foto's als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven) niet zou kunnen worden aanvaard' (gevolgd door het begin van de hoofdzin: 'dan is onjuist, althans onbegrijpelijk...').

Dit staat haaks op de wijze van citeren door Cruijff.

5.12.5. Kort en goed: onderdeel 3.b moet gelezen worden in die zin dat de aanhef van het onderdeel er dus wél rekening mee houdt dat het hof in rov. 3.5 *gelijk* heeft met de *verwerping* van *Cruijff's* algemene uitgangspunt dat publicatie van foto's als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder dat de afgebeelde persoon (= Cruijff) toestemming heeft gegeven.

In ander geval is het vervolg van onderdeel 3.b trouwens onbegrijpelijk.

5.13.1. Uitgaande van deze lezing, klaagt onderdeel 3.b, eerste alinea, dan over onjuistheid, althans onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel dat in het onderhavige geval voor Cruijff, als

geportretteerde met een – naar ten processe vaststaat⁴² – *verzilverbare populariteit die ook daadwerkelijk wordt uitgebaat, geen zelfbeschikkingsrecht* kan worden aanvaard.

5.13.2. Bij de bespreking van onderdeel 3.a bleek dat Cruijff onder ‘zelfbeschikkingsrecht’ verstaat: *beslissingsmacht waarmee hij de publicatie van zijn portret kan verbieden, indien een afweging van de betrokken (botsende) belangen daartoe aanleiding geeft.*

5.13.3. Onderdeel 3.b focust (in de hier besproken eerste alinea, en ook in de tweede alinea, waarover dadelijk nog meer) – sterk op een Cruijff aanklevende verzilverbare populariteit, die door hem ook daadwerkelijk wordt uitgebaat.

Hiermee brengt Cruijff *zijn belang* geprononceerd naar voren.

5.13.4. Op het daarmee (in Cruijffs woorden bij onderdeel 3.a) ‘botsende belang’ aan de zijde van Tirion c.s. – kort gezegd: het art. 10 EVRM-belang – en op (in de woorden van Cruijff) de afweging waartoe de betrokken (botsende) belangen aanleiding geven, gaat onderdeel 3.b evenwel niet in.

Althans: niet anders dan door te refereren aan Cruijffs door het hof in rov. 3.5 verworpen uitgangspunt dat publicatie van foto’s als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder dat de daarop afgebeelde persoon daartoe toestemming heeft gegeven.

Maar: onderdeel 3.b gaat nu juist *ervan uit* (vgl. nrs. 5.12.4 - 5.12.5 hierboven) dat dit algemene uitgangspunt van het hof *wél* zou kunnen worden aanvaard.

Dit wringt dus.

5.14.1. Een niet langer door logische analyse gestuurde, maar welwillende lezing van (kennelijk) *bedoelde klacht(en)* van onderdeel 3.b leidt tot het volgende.

Cruijff wil in onderdeel 3.b kennelijk klagen dat het hof de door hem benadrukte verzilverbare populariteit zó zwaar had moeten laten wegen, dat die had moeten prevaleren boven ’s hofs oordeel dat – bij publicatie van *foto’s als de onderhavige* – het door Cruijff beleden uitgangspunt van een toestemmingsvereiste, de (art. 10 EVRM)-vrijheid om door middel van foto’s inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken te zeer zou belemmeren.

Deze klacht wordt geadstrueerd in de tweede alinea van onderdeel 3.b. Volgens Cruijff vormt voor een geportretteerde met een verzilverbare populariteit (zoals een topsporter) het portretrecht een wezenlijk bestanddeel van zijn economische en morele kapitaal. Indien het zelfbeschikkingsrecht van de geportretteerde wordt verworpen (zoals het hof doet in rov. 3.5) heeft dat tot gevolg dat de geportretteerde met een verzilverbare populariteit ten aanzien van zijn (al dan niet in opdracht vervaardigde) portret – ten onrechte – niet in vrijheid zijn economisch en moreel kapitaal, bestaande uit onder meer zijn portretrecht, kan exploiteren.⁴³

⁴² Het onderdeel verwijst naar dezelfde vindplaatsen als waarnaar onderdeel 1.b verwees.

⁴³ Het onderdeel verwijst naar stellingen in de inleidende dagvaarding al. 5.27, 5.31 - 5.34, 5.36 - 5.39; CvR al. 4 - 4.4, 6.1 - 6.10; pleitaantekeningen eerste aanleg al. 4.2 en 4.3; MvG p. 2, al. 3, p. 6 al. 2 - 3, p.7 laatste alinea en p. 8 eerste alinea; pleitnotities in hoger beroep al. 4, 17, 27 en 54.

5.14.2. Weliswaar staat ten processe vast (vgl. nr. 5.13.1) dat Cruijff 'verzilverbare populariteit' geniet en dat hij die uitbaat, maar daarmee is nog niet gezegd wat deze verzilverbare populariteit precies inhoudt of meebrengt. Dat wordt niet anders door de (steun-)stelling van Cruijff dat voor een 'VP-er' (zoals een topsporter) het portretrecht een wezenlijk bestanddeel van zijn economische en morele kapitaal vormt.

Volgens vaste rechtspraak – sinds het Teddy Scholten-arrest van hof 's-Gravenhage van 1960⁴⁴ – kan de 'VP-er' zich in ieder geval verzetten tegen gebruik voor reclaimedoeleinden. Dat is het ene uiterste. Aan de andere kant van het spectrum staat dat – hoe populair de VP-er ook mag zijn – verzilverbaarheid algemeen wordt afgewezen als het gaat om zijn gebruik in het kader van nieuwsvoorziening⁴⁵.

Verzilverbare populariteit is dus niet een absolute grootheid, maar is afhankelijk van de mate van erkenning daarvan. De mate van erkenning is de resultante van de afweging van het belang van de 'VP-er' tegenover andere belangen. Waarmee wij terug zijn bij Cruijffs eigen omschrijving van het door hem bedoelde 'zelfbeschikkingsrecht' in onderdeel 3.a, nl: *beslissingsmacht waarmee hij de publicatie van zijn portret kan verbieden, indien een afweging van de betrokken (botsende) belangen daartoe aanleiding geeft.*

5.14.3. Aan het vorenstaande kan niet afdoen Cruijffs stelling dat verwerping van het zelfbeschikkingsrecht van de geportretteerde (zoals het hof doet in rov. 3.5) tot gevolg heeft dat de geportretteerde met een verzilverbare populariteit ten aanzien van zijn portret (ten onrechte) niet in vrijheid zijn economisch en moreel kapitaal, bestaande uit onder meer zijn portretrecht, kan exploiteren.

Het stelling sneuvelt als logisch argument, omdat zij een cirkelredenering inhoudt. Een exploitatiemogelijkheid van 'economisch en moreel kapitaal' en een 'zelfbeschikkingsrecht' ten deze bestaan voor zover zij erkend worden, en niet voor zover zij niet erkend worden. Men kan dus niet (logisch) klagen dat zij *ten onrechte* aan de 'VP-er' onthouden worden, voor zover zij niet erkend worden.

De stelling faalt ook als retorisch argument. In de bestreden rov. 3.5 immers gaat het immers niet om het 'alles of niets' van Cruijffs verzilverbare populariteit, maar om het bepalen van een grens tot hoe ver die gaat.

5.14.4. In het licht van het bovenstaande meen ik dat de rechtsklacht van onderdeel 3.b faalt.

5.15.1. De rechtsklacht van onderdeel 3.b komt in het slot van dat onderdeel terug als motiveringsklacht. Door de hier bedoelde stellingname van Cruijff⁴⁶ niet in zijn oordeel te betrek-

⁴⁴ Zie hierboven nr. 4.4.

⁴⁵ Ook (althans: tot op zekere hoogte) door Cruijff, blijkens de onbestreden deelopwekking in rov. 3.5: 'het door Cruijff bepleite zogenoemde zelfbeschikkingsrecht, slechts wijkend voor wat in het kader van de nieuwsvoorziening noodzakelijk is'.

⁴⁶ Het onderdeel verwijst weer naar de in voetnoot 43 vermelde stellingen in de feitelijke instanties.

ken, zou op een voor het standpunt van Cruijff essentiële stelling niet kenbaar zijn beslist. Althans is het oordeel in rov. 3.5, dat het aanvaarden van een algemeen uitgangspunt dat publicatie van foto's als de onderhavige niet mag plaatsvinden zonder toestemming van de geportretteerde, de vrijheid om door middel van foto's inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken te zeer zou belemmeren, niet voldoende met redenen omkleed.

5.15.2. Vooropgesteld zij dat in cassatie niet met motiveringsklachten kan worden opgekomen tegen een juist rechtsoordeel.

5.15.3. Heeft het hof – niettemin – verzuimd een afweging te maken tussen enerzijds de in rov. 3.5 (wél) expliciet genoemde 'vrijheid om door middel van foto's inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken' en anderzijds het daar (inderdaad) niét expliciet genoemde belang van Cruijff op als geportretteerde met een verzilverbare populariteit, voor wie het portretrecht een wezenlijk bestanddeel van zijn economische en morele kapitaal is, dat hij via een zelfbeschikkingsrecht in vrijheid zou moeten kunnen exploiteren?

5.15.4. Een dergelijk verzuim acht ik niet aanwezig.

5.15.5. Het hof heeft in rov. 3.5 (in ieder geval) wél een expliciete afweging gemaakt tussen enerzijds de 'vrijheid om door middel van foto's inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken' en anderzijds 'het door Cruijff bepleite zogenoemde zelfbeschikkingsrecht, slechts wijkend voor wat in het kader van de nieuwsvoorziening noodzakelijk is'. Het hof heeft zich daarbij expliciet aangesloten bij 'hetgeen de rechtbank daaromtrent in rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 van het vonnis, (mede) naar aanleiding van de uitspraken van het [EHRM] in de zogenoemde Caroline von Hannover en Reklos zaken, heeft overwogen'.

In die rov. 4.5 en 4.6 heeft de rechtbank – m.i. voorbeeldig – overwogen⁴⁷:

'4.5. Het portretrecht verleent de geportretteerde derhalve geen absoluut recht "am eigenen Bild".⁴⁸ Dit recht kan naar het oordeel van de rechtbank ook niet worden afgeleid uit de door Cruijff c.s. genoemde uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in de zaken Reklos⁴⁹ en Caroline von Hannover.⁵⁰ De meeste aanknopingspunten voor de stelling van Cruijff c.s. zijn te vinden in de zaak Reklos. In die zaak overweegt het EHRM als volgt:

A person's image constitutes one of the chief attributes of his personality, as it reveals the person's unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right

⁴⁷ De mede geciteerde voetnoten zijn van de rechtbank zelf (daar: voetnoten 4 t/m 6). Overigens acht Pinckaers zich in de eerste hierna weergegeven voetnoot door de rechtbank niet correct aangehaald: zie hierboven nr. 4.10.

⁴⁸ Dat de geportretteerde zelf zou moeten kunnen beslissen over de publicatie van zijn portret wordt wel verdedigd door J.C.S. Pinckaers, *From privacy towards a new intellectual property right in persona*, diss. UvA, Deventer 1996, als ook door E.J. Dommering, *Van 'Ja zuster, nee zuster' naar 'Discodans': de lange weg naar commerciële informatieprivacy*, in: *Commerciële portretrecht*, deLex 2009, p. 259-271. Dit is geen geldend recht.

⁴⁹ EHRM 15 januari 2009, Mf 2009/18.

⁵⁰ EHRM 24 juni 1994, Mf 2004/27.

to the protection of one's image is thus one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image. (...) in most cases the right to control such use involves the possibility for an individual to refuse publication of his or her image, it also covers the individual's right to object to the recording, (...) and the reproduction of that image by another person.

4.6. De hiervoor geciteerde overweging van het EHRM is opgenomen onder het kopje "General principles". Dit houdt naar het oordeel van de rechtbank niet in dat aan het uitgangspunt dat "the right to the protection of one's images (...) presupposes the right to control the use of that image" een (te) ruime strekking moet worden toegekend. De rechtbank wijst in dit verband op de concrete toepassing van dit uitgangspunt door het EHRM. Het EHRM volstaat niet met de conclusie dat, omdat er geen toestemming is gevraagd de foto's te maken, sprake is van een schending van het recht op privacy. Alvorens tot dat oordeel te kunnen komen, dienen de relevante omstandigheden van het geval bij de beoordeling te worden betrokken. In de zaak Reklos waren dat met name de omstandigheid dat zonder voorafgaande toestemming en met achterhouding van de negatieven, foto's van een baby waren genomen in een besloten ruimte welke alleen voor medisch personeel toegankelijk was. Dit geheel van feiten en omstandigheden leidde tot het oordeel dat het recht op privacy was geschonden. Bovendien biedt de zaak Reklos geen aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag hoe te handelen in het geval sprake is van een botsing tussen artikel 8 en artikel 10 EVRM. Het Hof oordeelt met betrekking tot beeltenissen weliswaar in algemene zin dat "the right to control the use of that image (...) in most cases (curs, rb.) (...) involves the possibility for an individual to refuse publication of his or her image" maar het Hof komt tot dit oordeel in een casus waarin artikel 10 EVRM niet speelt. Artikel 8 EVRM vormt in de zaak Reklos het toetsingskader. Een nadere belangenafweging was niet aan de orde. De zaak Reklos laat daarom, evenals de zaak Caroline van Hannover, naar het oordeel van de rechtbank onverlet dat ook indien "the right to the protection of one's image" in het concrete geval leidt tot het oordeel dat sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, een nadere belangenafweging moet plaatsvinden, alvorens tot het oordeel te kunnen komen dat de geportretteerde zich tegen publicatie kan verzetten.'

5.15.6. Door de aansluiting bij deze overwegingen van de rechtbank heeft het hof een beroep van Cruijff op een (in principe) boven afweging verheven zelfbeschikkingsrecht van de geportretteerde ex art. 8 EVRM gemotiveerd verworpen.

In dit 'meerdere', nl.: in het geheel geen boven afweging verheven zelfbeschikkingsrecht van de geportretteerde ex art. 8 EVRM tegenover belangen ex art. 10 EVRM, ligt het mindere besloten, nl.: geen boven afweging verheven zelfbeschikkingsrecht van de geportretteerde in verband met bij die geportretteerde aanwezige verzilverbare populariteit. Daarmee kunnen ook de door Cruijff in het kader van diens beroep op art. 8 EVRM gestelde economische (of: tegelijk economische en morele) belangen als door het hof genoegzaam gemotiveerd afgewogen gelden.

5.15.7. Hier komt nog het volgende bij. In 's hofs rov. 3.7 en 3.8 vormen de in het onderdeel bedoelde, door Cruijff gestelde economische (of: tegelijk economische en morele) belangen, voorwerp van nadere beoordeling door het hof. Ook om die reden kan niet met goede grond gezegd worden dat het hof in zijn arrest niet gerespondeerd zou hebben op Cruijffs stellingen omtrent zijn belang om als geportretteerde met een verzilverbare populariteit, voor wie het

portretrecht een wezenlijk bestanddeel van zijn economische en morele kapitaal is, dit via een zelfbeschikkingsrecht in vrijheid te kunnen exploiteren.

Aan de steller van het cassatiemiddel kan worden toegegeven dat de expliciete behandeling door het hof in rov. 3.7 en 3.8 van Cruijffs hier bedoelde stelling gebeurt onder verwijzing naar art. 21 Aw, en niet (expliciet) (mede) naar art. 8 EVRM. Bij lezing van de stellingen waarnaar Cruijff bij de hier besproken motiveringsklacht verwijst⁵¹ blijkt evenwel dat die stellingen hetzij evenzeer geplaatst waren in de sleutel van art. 21 Aw, hetzij in een (niet helder onderscheiden) 'gemengd' beroep op dat artikel en art. 8 EVRM.

5.16. Onderdeel 3 faalt dus in zijn geheel.

5.17.1. De klacht van *onderdeel 4* is voorwaardelijk geformuleerd. *Voor zover* het hof met zijn oordeel in rov. 3.4 en 3.5, dat geen sprake is van een situatie waarin Cruijffs recht op basis van art. 8 EVRM zou moeten prevaleren boven art. 10 EVRM, respectievelijk dat Cruijff in casu geen verbodsrecht toekomt, (doorslaggevende) betekenis heeft toegekend aan de omstandigheid dat Cruijff (met name) een commercieel belang heeft bij zijn verzet tegen de openbaarmaking van zijn portretten in het boek, is dat oordeel (eveneens) onjuist, aldus het onderdeel.

5.17.2. Er is geen grond voor de veronderstelling waarvan het onderdeel uitgaat. Uit 's hofs arrest blijkt niet minder en niet meer dan dat het hof in het kader van een belangenafweging morele belangen van Cruijff heeft gewogen en te licht bevonden, en dat het hof commerciële belangen van Cruijff heeft gewogen en te licht bevonden. Van enigerlei rangorde bij die afwegingen blijkt niet.

5.17.3. (De uitwerking van) onderdeel 4 behoeft dus geen nadere bespreking.

5.18. *Onderdeel 5* is gericht tegen rov. 3.6 en 3.7.

5.19.1. Volgens *onderdeel 5.a*, naar de kern weergegeven, heeft het hof verzuimd Cruijffs commerciële belang mee te nemen in de beoordeling van de vraag of een redelijk belang van Cruijff in de zin van art. 21 Aw zich tegen openbaarmaking van diens portret verzet. Volgens de klacht beoordeelt het hof slechts of Cruijff zich tegen publicatie van het boek kan verzetten op basis van schending van zijn persoonlijke levenssfeer in (te) enge zin, en betreft het daarbij niet Cruijffs commerciële belang in verband met diens verzilverbare populariteit.

5.19.2. *Onderdeel 5.a* mist feitelijke grondslag. Het hof gaat in rov. 3.7 (reeds blijkens de eerste alinea daarvan), en ook in rov. 3.8⁵², juist wél in op Cruijffs beroep op zijn commerciële belang bij zijn verzet tegen de publicatie in verband met zijn verzilverbare populariteit.

⁵¹ Zie voetnoot 43.

⁵² Cruijff klaagt over rov. 3.8 in het hierna te bespreken onderdeel 9 van het cassatiemiddel.

5.19.3. Voor zover onderdeel 5.a erover klaagt dat het hof in rov. 3.7 de economische belangen van Cruijff slechts noemt in verband met zijn oordeel (aldaar), dat het portretrecht moet worden gezien als een beperking van de uit het auteursrecht voortvloeiende exploitatierechten van de maker van het portret met het oog op de redelijke belangen van de geportretteerde, en dat daaraan geen exclusief exploitatierecht kan worden ontleend, verwijst Cruijff naar onderdeel 6. Ik bespreek deze deelklacht evenzo bij de beoordeling van onderdeel 6.

Voor zover onderdeel 5.a ter onderbouwing verwijst naar onderdeel 1, in het bijzonder onderdelen 1.a, 1.b en 1.d, deelt onderdeel 5.a het lot van die klachten.

5.19.4. Ook de motiveringsklacht aan het slot van onderdeel 5.a faalt. Die klacht houdt in dat het hof in rov. 3.6 en 3.7 bij de beoordeling van Cruijffs redelijke belang in de zin van art. 21 Aw zich geen enkele (kenbare) rekenschap geeft van de tussen partijen vaststaande reputatie en bekendheid van Cruijff die hij – zoals ten processe vaststaat – uitbaat door de exploitatie van zijn portret. Ik kan verwijzen naar de nrs. 5.14.1 - 5.15.7 hierboven.

5.20. De klachten van *onderdeel 5.b* verwijzen systematisch naar eerdere klachten in de onderdelen 1.a en 1.c. Onderdeel 5.b deelt het lot van die onderdelen.

5.21.1. *Onderdeel 5.c* bevat een voorwaardelijke motiveringsklacht. Indien en voor zover in rov. 3.6 ten voordele van Tirion c.s. meeweegt 's hofs oordeel dat het boek is te vergelijken met een biografie en derhalve niet is aan te merken als een loutere compilatie van foto's en dat de foto's zijn bedoeld om het in voetbal geïnteresseerde publiek te informeren over het talent van Cruijff, acht onderdeel 5.c dit oordeel ongenoegzaam gemotiveerd. Cruijff heeft gemotiveerd aangevoerd dat het boek bestaat uit tamelijk willekeurige plaatjes met marginale onderschriften waaruit geen enkel biografisch verband valt te ontdekken: de lezer wordt niet wijzer hoe Cruijff in die periode voetbalde, wat zijn rol in de gefotografeerde wedstrijden was, hoe zijn geschiedenis bij Ajax in die periode was en wat er verder voor wetenswaardigs met Cruijff aan de hand was in die periode⁵³. Het boek is een zuiver plaatjesboek, waarbij de naam en het portret van Cruijff enkel dienen om Tirion c.s. winst te bezorgen. De belangen aan de zijde van Tirion c.s. zijn zuiver commerciële belangen.

5.21.2. De klacht faalt m.i. reeds omdat aan de voorwaarde waaronder zij naar voren wordt gebracht, niet is voldaan. Het hof heeft in rov. 3.6, tweede alinea vooropgesteld: *'De foto's zijn door Tirion c.s. gepubliceerd in een boek dat klaarblijkelijk bedoeld is om het in voetbal geïnteresseerde publiek over het talent van Cruijff te informeren'* (alsook: *'Het boek is in feite een (min of meer chronologisch) verslag van dit voetbaltalent aan de hand van foto's van het optreden van Cruijff als voetballer'*). Dat oordeel, waartegen het onderdeel geen klacht richt, is m.i. reeds voldoende dragend voor 's hofs afweging dat – naast de door het hof ge-

⁵³ Cruijff verwijst naar de MvG ad grief 5 en de pleitnotities Cruijff in hoger beroep al. 11 - 13 en 42.

noemde en gewogen 'aan privacy gerelateerde omstandigheden' – ook de door Cruijff gestelde commerciële belangen niet een 'redelijk belang' in de zin van art. 21 Aw (in verbinding met art. 8 EVRM en art. 10 EVRM) opleveren om te publicatie van het boek te doen verbieden (onverminderd Cruijffs aanspraak op een passende vergoeding, waarover het gaat in rov. 3.8 en straks in onderdeel 9).

5.21.3. Ook voor zover de in onderdeel 5.c aangevochten deelloverwegingen van het hof wél dragend voor zijn oordeel zouden moeten heten, meen ik dat de daartegen gerichte klachten in cassatie niet met vrucht kunnen worden voorgedragen. 's Hof's oordeel is feitelijk en – niet-tegenstaande de andere perceptie van Cruijff – niet onbegrijpelijk. Onderdeel 5.c vraagt, in de vorm van motiveringsklachten, in wezen een hernieuwde beoordeling van Cruijffs hier bedoelde stellingen, welke beoordeling evenwel de taak van de cassatierechter te buiten gaat. Terzijde herinner ik aan het bekende gezegde: 'Een beeld zegt meer dan 1000 woorden'⁵⁴.

5.21.4. Ik merk (ook terzijde) nog op dat onderdeel 5.c met de stellingen dat het boek (niet met een biografie vergelijkbaar is, maar) 'een zuiver plaatjesboek' of 'een loutere compilatie van foto's' is, 'waarbij de naam en het portret van Cruijff enkel dienen om Tirion c.s. winst te bezorgen', een onzuivere tegenstelling oproept. Zoals van een (zuiver) 'plaatjesboek' niet gezegd kan worden dat het *enkel* dient om winst te bezorgen, zo zal van een (zuivere) 'biografie' als regel niet gezegd kunnen worden dat die *niét mede* dient om winst te bezorgen. Eenzelfde onzuivere tegenstelling doet zich voor bij de verwijzing in het onderdeel naar 'zuiver commerciële belangen' aan de zijde van Tirion c.s. Voor zover het onderdeel hierbij refereert aan onderdeel 1.d, deelt het in zoverre het lot daarvan.

5.22.1. *Onderdeel 6.a* gaat uit van de lezing van rov. 3.7 dat het hof daarin oordeelt dat het portretrecht geen aanspraak geeft op een exclusief exploitatierecht, maar moet worden gezien als een beperking van de uit het auteursrecht voortvloeiende exploitatierechten van de maker van het portret met het oog op de redelijke belangen van de geportretteerde. 's Hof's oordeel komt erop neer dat aan een geportretteerde geen verbodsrecht toekomt ter zake de openbaarmaking van zijn portret, maar slechts een vergoedingsaanspraak, zo vervolgt het onderdeel.

Volgens het onderdeel miskent het hof hiermee dat art. 21 Aw een verbodsrecht bevat, althans kan bevatten, inhoudende dat de zonder opdracht geportretteerde zich op grond van een redelijk belang, althans na belangenafweging, kan verzetten tegen publicatie van zijn portret.

5.22.2. Voor zover het onderdeel (in de eerste volzin) uitgaat van een 'exclusief exploitatierecht' dat op basis van art. 21 Aw aan de geportretteerde zou toekomen, en dat vergelijkbaar zou zijn met een (intellectueel) eigendomsrecht of een in beginsel absoluut verbodsrecht, gaat

⁵⁴ Volgens Inforaris op internet: 'Een spreuk die vaak verkeerdelijk aan de Chinese filosoof Confucius wordt toegekend. Maar heel waarschijnlijk is ontstaan nadat Napoleon de quote: "Un bon croquis vaut mieux qu'un long discours" uitte.'

het – zoals uit de bespreking van andere onderdelen van het cassatiemiddel al bleek – uit van een onjuiste rechtsopvatting.

5.22.3. Voor zover het onderdeel (in de eerste en tweede volzin) uitgaat van een lezing van rov. 3.7 in die zin dat het portretrecht op basis van art. 21 Aw *slechts* moet worden gezien als een beperking van de uit het auteursrecht voortvloeiende exploitatierechten van de maker van het portret, en dat dit portretrecht *in het geheel geen* exploitatiebevoegdheden voor de geportretteerde zou kunnen meebrengen, berust het op onjuiste lezing van het arrest. Het één sluit immers – ook in de klaarblijkelijke opvatting van het hof – het ander niet uit.

5.22.4. Eveneens op onjuiste lezing van het arrest berust het onderdeel, voor zover het in de tweede alinea ervan uitgaat van dat hof *in algemene zin* geoordeeld zou hebben dat aan een geportretteerde (met een redelijk belang in de zin van art. 21 Aw na belangenafweging in zijn voordeel) geen verbodsrecht toekomt ter zake de openbaarmaking van zijn portret, maar slechts een vergoedingsaanspraak. Het hof heeft niet in algemene zin, maar in het kader van de *onderhavige* belangenafweging, geoordeeld dat Cruijffs ‘verzilverbare populariteit’-belang *in casu* niet een verbodsrecht meebrengt (onverminderd, blijktens rov. 3.8, een vergoedingsaanspraak).

5.23.1. De lezing van rov. 3.7 waarvan *onderdeel 6.b* uitgaat, is dat het hof daar (ten onrechte) oordeelt dat art. 21 Aw aan degene die door de schending van zijn recht of zijn belang een van het algemene onrechtmatige-daadsrecht afwijkende aanspraak verschaft, en wel in die zin dat hij slechts aanspraak heeft op vergoeding van geleden schade in geld en dat hem geen verbodsrecht toekomt.

5.23.2. Ook onderdeel 6.b gaat uit van een onjuiste lezing van rov. 3.7. Nr. 5.22.4 is hier van toepassing.

5.23.3. Omdat het hof niet is uitgegaan van de door onderdeel 6.b veronderstelde lezing, behoef ik niet in te gaan op in het vervolg van het onderdeel vermelde redenen waarom rov. 3.7 (in die lezing) niet juist zou zijn:

- noch op de argumenten in de tweede en derde alinea, die overigens een herhaling vormen van onderdeel 3.b⁵⁵,

- noch op de laatste alinea waarin het hof verweten wordt de klacht niet ambtshalve (ex art. 25 Rv) als een klacht over schending van art. 1 van Protocol 1 EVRM en art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie te hebben geduid en behandeld.

5.24.1. Volgens *onderdeel 6.c* is de opvatting van het hof in rov. 3.6 en 3.7, dat art. 21 Aw slechts een vergoedingsaanspraak geeft, te meer onjuist aangezien die bepaling daarmee in feite een dwanglicentie zou vormen voor het gebruik van een portret. Een gedwongen ge-

⁵⁵ Vgl. hierboven nrs. 5.14.1 - 5.16.

bruiksrecht is krachtens de art. 16b, 16c, 16h, 17a en 17d Aw alleen toegestaan op grond van een expliciete wettelijke grondslag. Artikel 21 Aw biedt die grondslag niet, zodat een zonder opdracht geportretteerde niet (zonder meer) kan worden gedwongen het gebruik van zijn portret toe te staan, ook niet als daar een vergoeding tegenover staat.

5.24.2. Ook deze klacht faalt. Ik herinner eraan (vgl. nr. 5.22.4) dat het hof niet in algemene zin, maar in het kader van de *onderhavige* belangenafweging geoordeeld heeft dat Cruijffs 'verzilverbare populariteit'-belang *in casu* niet een verbodsrecht (maar wél een vergoedingsaanspraak) meebrengt. Los daarvan miskent het onderdeel dat het portretrecht van art. 19, 20 en 21 Auteurswet weliswaar in die wet geregeld is, maar niet een auteursrecht is. De omschrijving van art. 1 Aw: *'Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld'* is op het portretrecht dan ook niet van toepassing. Daarmee is op het portretrecht van art. 21 Aw dus ook niet van toepassing de regel van art. 1 Aw dat een openbaarmaking, ten aanzien waarvan geen verbodsrecht wordt toegekend, maar wél een vergoedingsaanspraak, een (specifieke) wettelijke grondslag zou vereisen.

5.25.1. *Onderdeel 6.d* gaat uit van een lezing van rov. 3.6 en 3.7 waarin het hof zou hebben bedoeld dat Cruijff *in casu* geen verbodsrecht toekomt, maar slechts een vergoedingsaanspraak, *aangezien* hij enkel een commercieel belang heeft bij zijn verzet tegen de openbaarmaking van zijn portretten in het boek. Volgens het onderdeel is zo'n oordeel onjuist, omdat een onderscheid naar de aard van het redelijk belang dat door art. 21 Aw wordt beschermd geen steun vindt in het recht.

5.25.2. Ook dit onderdeel gaat uit van een onjuiste lezing van 's hofs arrest. Ik kan volstaan met een verwijzing naar nrs. 5.17.2 en 5.22.4; het onderdeel behoeft voor het overige geen bespreking.⁵⁶

5.26.1. *Onderdeel 7* herinnert, in de eerste alinea, aan het tussen partijen vaststaande gegeven dat Cruijff zijn portret op commerciële wijze kan uitbaten en dat ook daadwerkelijk – met succes – doet. Volgens het onderdeel erkent het hof dit ook in rov. 3.8. Daarmee is, volgens het onderdeel, Cruijffs redelijk belang om zich te verzetten tegen publicatie van zijn portret gegeven.

5.26.2. Vooreerst herinner ik eraan⁵⁷ dat aanwezigheid van verzilverbare populariteit (de mogelijkheid om je portret op commerciële wijze uit te baten) niet een absolute grootheid is,

⁵⁶ Ik wijs er ten overvloede op dat een belang van morele aard ook niet per se een verbodsrecht met zich brengt: in de concrete omstandigheden van een geval kan bijv. ook een bevel tot aanpassing van de context waarin het portret wordt gepubliceerd een adequate en afdoende sanctie zijn.

⁵⁷ Vgl. nr. 5.14.2.

maar afhankelijk is van de mate van erkenning daarvan. De mate van erkenning is de resultante van de afweging van het belang van de 'VP-er' tegenover andere belangen.

Lezing van het arrest laat zien dat het hof daarin (dan ook) niet een absolute of alomvattende 'erkenning' van Cruijffs verzilverbare populariteit neerlegt: ook niet in rov. 3.8. Het hof heeft in rov. 3.6, tweede alinea, vooropgesteld: *'De foto's zijn door Tirion c.s. gepubliceerd in een boek dat klaarblijkelijk bedoeld is om het in voetbal geïnteresseerde publiek over het talent van Cruijff te informeren'* (alsook: *'Het boek is in feite een (min of meer chronologisch) verslag van dit voetbaltalent aan de hand van foto's van het optreden van Cruijff als voetballer'*). Zoals aangegeven in nr. 5.21.2, is dat oordeel, waartegen geen klacht is gericht, m.i. voldoende dragend voor 's hofs afweging dat – naast de door het hof genoemde en gewogen 'aan privacy gerelateerde omstandigheden' – ook de door Cruijff gestelde commerciële belangen *niet* een 'redelijk belang' opleveren om te publicatie van het boek te doen *verbieden*.

Daaraan doet niet af dat het hof vervolgens in rov. 3.8 overweegt (cursivering toegevoegd):

'3.8. Dit neemt niet weg dat indien, zoals in het geval van Cruijff, sprake is van verzilverbare populariteit en de foto's worden geopenbaard in het kader van een geheel, of in overwegende mate aan de betrokken geportretteerde gewijde publicatie (en in zoverre een eventueel commercieel succes van de publicatie in zeer belangrijke mate verband houdt met bedoelde verzilverbare populariteit) het redelijk belang van deze laatste zich er tegen kan verzetten dat tot publicatie wordt overgegaan zonder dat aan hem een passende vergoeding wordt aangeboden.'

Met 's hofs *geclausuleerde* 'erkenning' van Cruijffs mogelijkheden om – afgewogen tegen andere belangen – zijn portret op commerciële wijze uit te baten, respectievelijk – in een geval als het onderhavige – *tot op zekere hoogte* commercieel te kunnen uitbaten, is de door het onderdeel bedoelde 'erkenning' door het hof van 'Cruijffs redelijk belang om zich te verzetten tegen publicatie van zijn portret' juist *niét* gegeven.

5.27.1. De tweede alinea van onderdeel 7 geeft een lezing van rov. 3.6 en 3.7 dat het hof van oordeel zijn dat Cruijffs commerciële belang bij de exploitatie van zijn portret *geen redelijk belang* zou zijn in de zin van art. 21 Aw, waarmee zou het hof dan blijk gegeven hebben van een onjuiste rechtsopvatting. Het commerciële belang van Cruijff bij zijn portret, als zonder opdracht geportretteerde met een verzilverbare populariteit, is op zichzelf immers een redelijk belang in de zin van artikel 21 Aw (vgl. HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 ('t Schaep met vijf pooten)). Dit belang kan met zich brengen dat publicatie van een portret zonder toestemming, in de gegeven omstandigheden van het geval, onrechtmatig is, althans dat die publicatie zonder toestemming is verboden. Het hof zou dit hebben miskend.

5.27.2. De klacht gaat uit van de vaker genoemde onjuiste lezing: zie nr. 5.22.4.

De klacht in de tweede volzin deelt het lot van de eerste alinea van het onderdeel.

Dat (de aanspraak op resp. uitoefening van) verzilverbare populariteit niet een absolute grootheid is, maar ruimte moet laten voor nuance bij beoordeling in concreto, wordt m.i. niet bestreden, maar juist bevestigd door de derde volzin van de tweede alinea van onderdeel 7. Ik geef die volzin hieronder nogmaals weer, met nu door mij toegevoegde cursiveringen: 'Dit

belang kan met zich brengen dat publicatie van een portret zonder toestemming, in de gegeven omstandigheden van het geval, onrechtmatig is, althans dat die publicatie zonder toestemming is verboden'.

Van miskening hiervan door het hof is (dus) geen sprake.

5.28.1. *Onderdeel 8* richt zich tegen 's hofs deelloverweging in rov. 3.7: 'In zoverre moet ook het standpunt van Cruijff dat zijn economische belangen dienen te prevaleren boven die van de auteursrechthebbende worden verworpen.'

Volgens de eerste alinea van het onderdeel is dit oordeel rechtens onjuist bij gebrek aan een concrete afweging van de belangen van de auteursrechthebbende enerzijds en Cruijff anderzijds (het onderdeel verwijst naar HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473). Volgens het onderdeel is de belangenafweging in het kader van art. 21 Aw in wezen geen andere dan de afweging in het kader van art. 8 en art. 10 EVRM.

5.28.2. Deze rechtsklacht faalt omdat zij berust op onjuiste lezing van het arrest. Rov. 3.7 (met het vervolg in rov. 3.8) getuigt immers bij uitstek van een – concrete – afweging van Cruijffs economische belangen tegenover die van de auteursrechthebbende op de foto's.

5.28.3. Voor zover het onderdeel rechtens een (nog) méér concrete belangenafweging verlangt, draagt het daarvoor niet een maatstaf aan. Het geeft dus ook niet aan welke rechtsregel het hof geschonden zou hebben. Het onderdeel geeft evenmin aan waarom en in welk opzicht het hof de maatstaf van HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 – welk arrest (volgens het onderdeel en ook volgens mij) impliceert dat de belangenafweging in het kader van art. 21 Aw in wezen geen andere is dan de afweging in het kader van art. 8 en art. 10 EVRM – zou hebben miskend.

5.28.4. Voor zover de (subsidiare) motiveringsklacht van het onderdeel al aan de eisen van art. 407 Rv voldoet, voegt zij in wezen niets toe aan de rechtsklacht en faalt zij op analoge gronden.

5.29. *Onderdeel 9* geeft 's hofs oordeel in rov. 3.8 als volgt verkort weer: 'dat indien sprake is van verzilverbare populariteit, het redelijk belang van een geportretteerde zich er tegen kan verzetten dat tot publicatie van foto's wordt overgegaan zonder dat hem een passende vergoeding wordt aangeboden.'

5.30.1. *Onderdeel 9a* klaagt dat dit oordeel onjuist is, voor zover hierin besloten ligt dat een geportretteerde met verzilverbare populariteit zich enkel kan verzetten tegen publicatie van zijn foto's indien hem geen redelijke vergoeding wordt aangeboden.

5.30.2. Het onderdeel verwijst naar de onderdelen 6 en 7. Het deelt het lot daarvan.

5.31.1. *Onderdeel 9.b* klaagt over 's hofs deelloverweging in rov. 3.8, dat Cruijff niet voldoende heeft toegelicht dat Tirions aanbod van een vergoeding die was gerelateerd aan de verkoopcijfers van het boek in de omstandigheden niet redelijk was, zodat Cruijff hieraan evenmin een argument ontleent om tegen de publicatie van het fotoboek op te komen.

Volgens het onderdeel ligt in dit oordeel besloten het uitgangspunt dat de vergoeding die Tirion Cruijff heeft aangeboden *kan* kwalificeren als een redelijke vergoeding, op basis waarvan Cruijff publicatie van zijn portretten had moeten toestaan.

Met rechts- en motiveringsklachten voert het onderdeel hiertegen (in de eerste plaats) aan dat bij de vraag of een geportretteerde zich tegen publicatie kan verzetten, niet van doorslaggevend belang is of een aangeboden vergoeding redelijk was, maar dat alle relevante belangen van de geportretteerde dienen te worden afgewogen tegen de belangen van degene die de portretten wenst te publiceren, waarvan de omstandigheid dat een vergoeding voor het gebruik van de foto's is aangeboden, er slechts één is.

5.31.2. Deze klacht miskent dat het hof rov. 3.8 heeft doen voorafgaan door de rov. 3.4 t/m 3.7, waarin nu juist centraal staat de afweging van belangen die eventueel zou kunnen of moeten leiden tot een door Cruijff verlangd verbod respectievelijk toestemmingsvereiste (niettegenstaande een aangeboden vergoeding). De klacht mist dus feitelijke grondslag. Dat (het resultaat van) die afweging in andere onderdelen van het cassatiemiddel tevergeefs bestreden is, kan hieraan niet afdoen.

5.31.3. Overigens lees ik in het hier besproken onderdeel 9.b dat ook volgens Cruijff het aanbieden van een vergoeding voor het gebruik van de foto's wel degelijk een factor *kan* zijn die kan meewegen bij de beoordeling of de geportretteerde zich tegen de publicatie kan verzetten.

5.32.1. *Onderdeel 9.b* vervolgt met (nog) een motiveringsklacht. 's Hofs uitgangspunt in rov. 3.8 dat de vergoeding die Tirion Cruijff heeft aangeboden *kan* kwalificeren als een redelijke vergoeding, op basis waarvan Cruijff publicatie van zijn portretten had moeten toestaan, zou onbegrijpelijk zijn in het licht van stellingen van Cruijff⁵⁸.

5.32.2. Deze motiveringsklacht faalt m.i. (reeds) omdat zij niet voldoet aan de eisen van art. 407 Rv. Ter onderbouwing wordt slechts gesteld 'dat niet valt in te zien' dat de door Tirion aangeboden (aan de verkoopcijfers van het boek gerelateerde vergoeding), 'mede gelet op de stellingen van Cruijff' redelijk kan zijn. Niet wordt aangegeven *waarom* 's hofs – andersluidend – oordeel onbegrijpelijk zou zijn. De omstandigheid dat men – mede in het licht van de informatievrijheid van art. 10 EVRM – over de redelijkheid van een aangeboden vergoeding verschillend kan denken, brengt niet een cassabel motiveringsgebrek mee.

⁵⁸ Het onderdeel verwijst naar: pleitaantekeningen in eerste aanleg al. 5.2 en 5.3; MvG p. 8, al. 2.

5.33.1. In het slot van onderdeel 9.b is weer een rechtsklacht neergelegd. Het hof zou in rov. 3.8 miskend hebben het oordeel van de Hoge Raad in het vaker genoemde 'Schaep met de vijf pooten'-arrest (HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383) dat de schade voor de geportretteerde gewaardeerd moet worden aan de hand van het bedrag dat zou zijn bedongen en verkregen indien de uitgever niet zonder toestemming van de geportretteerde te hebben verkregen tot de desbetreffende publicatie was overgegaan. Volgens deze klacht ligt dan ook veeleer in de rede een vergoeding voor het gebruik van een portret te relateren aan de financiële voordelen die de geportretteerde misloopt als gevolg van publicatie van het portret waarvoor zijn toestemming benodigd zou zijn.

5.33.2. Deze klacht faalt (reeds) omdat zij niet aangeeft waar Cruijff deze stelling in de feitelijke instanties heeft betrokken. Ik teken aan dat de eisers in de 'Schaep'-zaak zo'n stelling in de feitelijke instanties wél hadden betrokken, blijkens rov. 35 en 58 van het hof in die zaak.

5.33.3. In de 'Schaep'-zaak overwoog de Hoge Raad over de klacht van uitgever VNU tegen 's hofs schadebegroting niet minder en niet meer dan (curs. toegevoegd):

'Wat onderdeel 7 betreft:

Ook dit faalt, omdat het Hof bij een onrechtmatige daad als waarvan hier sprake is de daardoor geleden schade *mocht* waarden aan de hand van het bedrag dat zou zijn bedongen en verkregen, als VNU niet, zonder daartoe toestemming van Hameetman c.s. te hebben verkregen, tot de betreffende publikatie was overgegaan.'

Van een in casu (in de zaak Cruijff/Tirion c.s.) door het hof geschonden *rechtsregel* is dus geen sprake.

5.34.1. *Onderdeel 9.c* verwijt het hof te zijn voorbij gegaan aan Cruijffs stellingen⁵⁹ dat een redelijk commercieel belang ook kan inhouden ('en in feite inhield, zie de stellingen van Cruijff dat hij ter gelegenheid van zijn zestigste en thans vijftenzestigste jubileumjaar de exploitatie van fotoboeken in eigen hand wilde houden') dat de geportretteerde met bepaalde uitgeverij niet wil contracteren of aan bepaalde publicaties, zoals de onderhavige, niet wil meewerken. Daarbij spelen overwegingen als verwateringsgevaar en vermindering van de exploitatiemogelijkheden van een eigen publicatie een essentiële rol.

Volgens de rechtsklacht van het onderdeel heeft het hof in rov. 3.6 miskend dat de schade aan Cruijffs onderhandelingspositie en eigen exploitatiemogelijkheden ook kan bestaan in de enkele uitgave van een ander boek zijn persoon betreffende dat geheel of nagenoeg geheel is gebaseerd op de uitbating van zijn portret.

5.34.2. De rechtsklacht gaat niet op omdat een (meer of minder specifieke) *rechtsregel* als door het onderdeel bedoeld, niet bestaat. Aanvaarding van een *rechtsregel* zoals hier door

⁵⁹ Het onderdeel verwijst naar inleidende dagvaarding al. 5.23 - 5.28, 5.32 en 5.38 - 5.39; CvR al. 4; MvG p. 2 al. 3, p. 3 al. 3 en p. 6 al. 1; pleitnotities Cruijff in hoger beroep al. 7.

Cruijff bedoeld, komt in wezen naar op een toestemmingsvereiste van dien aard dat de geportretteerde steeds op basis van (enkel) hem moverende redenen toestemming voor opname van zijn portretten in een boek kan weigeren (of iedere door hem gewenste prijs kan vragen), en daarmee in feite op een intellectueel-eigendomsrechtelijk verbodsrecht. In de – tevergeefs bestreden – rov. 3.5 en 3.7 heeft het hof geoordeeld dat het uitgangspunt van zo'n exclusief exploitatierecht van de (populaire) geportretteerde niet kan worden aanvaard.

5.35.1. Volgens de subsidiaire motiveringsklacht heeft het hof verzuimd op deze voor het standpunt van Cruijff essentiële stelling te beslissen; althans is het oordeel van het hof in rov. 3.8, dat Cruijff niet voldoende heeft toegelicht dat het niet-aanvaarde vergoedingsaanbod van Tirion in de omstandigheden niet redelijk was, zodat Cruijff hieraan evenmin een argument ontleent om tegen de publicatie van het fotoboek op te komen, onvoldoende gemotiveerd.

5.35.2. De motiveringsklacht kan 's hofs – juiste – rechtsoordeel niet aantasten. Overigens ligt, zoals zojuist (nr. 5.34.2) aangegeven, in rov. 3.7 (en in rov. 3.8) besloten dat het hof – in het kader van de door art. 21 Aw in het licht van art. 8 en art. 10 EVRM voorgeschreven belangenafweging – bij de afwijzing van het uitgangspunt van een exclusief exploitatierecht voor de populaire geportretteerde, ten aanzien van de publicatie van portretten van Cruijff in het onderhavige boek, mede het oog heeft op toestemmingsafhankelijkheid, en mede op afhankelijkheid van een door deze geportretteerde te zijner discretie te vragen prijs. Dit oordeel is begrijpelijk. Ook de motiveringsklacht faalt dus.

5.36.1. *Onderdeel 10* richt rechts- en motiveringsklachten tegen de slotalinea van rov. 3.7, waarin het hof het betoog van Cruijff verwerpt dat Tirion c.s. door het boek 'Johan Cruijff - De Ajacied' te noemen een in rechte te respecteren naamrecht van Cruijff hebben geschonden. Het hof heeft geoordeeld dat, voor zover al een dergelijk 'naamrecht' (los van een handelsnaam of merkrecht) bestaat (hetgeen Cruijff volgens het hof nauwelijks heeft toegelicht), dit er niet toe kan leiden dat de persoon op wie een boek als het onderhavige betrekking heeft in de titel en/of de tekst daarvan niet mag worden genoemd.

5.36.2. 's Hofs oordeel ten deze zou van een onjuiste rechtsopvatting blijken geven omdat het EHRM heeft overwogen⁶⁰ dat tot het privéleven in de zin van art. 8 EVRM behoort iemands identiteit, waarbij het EHRM expliciet iemands naam noemt als onderdeel daarvan. Volgens de klacht is de vraag of het rechtens geoorloofd is gebruik te maken van iemand anders naam (in de titel of tekst van het onderhavige boek) derhalve onderworpen aan dezelfde afweging van belangen als het gebruik van iemands portret (i.c. het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) van Tirion c.s. en het recht op privéleven (art. 8 EVRM) van Cruijff). Nu het hier om een rechtsvraag gaat, heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat Cruijff te dien aanzien meer had moeten stellen, en had het hof deze rechtsvraag ambtshalve moeten beoordelen.

⁶⁰ Het onderdeel verwijst naar het arrest 'Caroline von Hannover II', rov. 95.

5.36.3. De klacht faalt (reeds) wegens ontbreken van feitelijke grondslag en bij gebrek aan belang. Blijkens 's hofs deeloverweging 'Voor zover al een dergelijk 'naamrecht' [...] bestaat [...] kan dit er niet toe leiden dat de persoon waarop een boek als het onderhavige betrekking heeft in de titel en/of tekst daarvan niet mag worden genoemd', blijkt dat het hof de in het onderdeel bedoelde afweging heeft gemaakt. Nu die afweging in de visie van Cruijff zou moeten 'sporen' met de afweging ten aanzien van de toelaatbaarheid van het gebruik van iemands portret, en nu de uitkomst van 's hofs afweging daarmee inderdaad spoort, heeft Cruijff bij deze klacht geen belang.

5.36.4. Tot nadere motivering was het hof niet gehouden, ook niet in het licht van de door Cruijff aangevoerde stellingen⁶¹. De motiveringsklacht faalt dus ook, waarbij ik voor zover nodig nog wijs op 's hofs rov. 3.6, laatste alinea.

5.36.5. Terzijde wijs ik nog op de regeling van het recht op de naam in art. 1:8 BW:

'Hij die de naam van een ander zonder diens toestemming voert, handelt jegens die persoon onrechtmatig, wanneer hij daardoor de schijn wekt die ander te zijn of tot diens geslacht of gezin te behoren.'

Mij zijn geen uitspraken of commentaren bekend waarin deze Nederlandse vormgeving van het naamrecht in strijd met art. 8 EVRM geoordeeld is.

5.37. Cruijffs *restklacht* aan het slot van de cassatiedagvaarding deelt het lot van de eerdere klachten en behoeft geen nadere bespreking.

5. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,



A-G i.b.d.

⁶¹ Het onderdeel verwijst naar de inleidende dagvaarding al. 6.13 - 6.21; MvG p. 2, al. 2, p. 6 al. 2 en p. 7 al. 2.