

# IE-rechtelijke (s)portretten

De sportwereld is in veel opzichten een lucratieve business. Zeker in de voetbalwereld waar voetballers vaak voor miljoenen worden ‘verhandeld’. In de eerste plaats gaat het daarbij natuurlijk om de prestaties, maar professionele sporters – voetballers, maar ook sporters uit andere disciplines – worden op vele andere vlakken ‘te gelde gemaakt’ en door (bekende) merken ingezet om hun merk te promoten. Dat kan zijn via sponsoring waarbij profsporters kleding van het betreffende merk dragen en zo de bekendheid en aantrekkelijkheid van dat merk vergroten, maar bijvoorbeeld ook door gebruik van hun gezicht in reclamecampagnes. Niet voor niets worden vaak (exclusieve) sponsor- en reclamecontracten gesloten waarbij een merk gebruik mag maken van ‘het portret’ van bijvoorbeeld een profvoetballer of Formule 1-coureur. Over die portretten, in IE-rechtelijke context, gaat dit artikel.

Wat is, in juridische zin, nu eigenlijk precies een portret? Hoe kan een portret worden beschermd en geëxploiteerd? Welke privacy-issues en belangen spelen daarbij een rol? Welke rol spelen portretten in sportcontracten? We zullen bij de beantwoording van deze en andere portretrechtelijke vragen ingaan op de situatie die geldt in België alsook in Nederland.<sup>1</sup>

## Een portret in IE-rechtelijke zin

Bij de term ‘portret’ zal de gemiddelde Belgische en Nederlandse consument denken aan een foto, tekening of schilderij van iemands gezicht. Maar de term omvat in juridische zin veel meer. Uit de literatuur en de vele rechtspraak die er inmiddels is, volgt dat het gaat om de herkenbare weergave van een persoon.<sup>2</sup> Behalve (een deel van) het gezicht/gelaat kan dat bijvoorbeeld zijn: een (lichaams)houding, een silhouet, een karikatuur van iemand, een

*lookalike* alsook een deel van iemands lichaam<sup>3</sup>, zoals een getatoeëerde rug<sup>4</sup>. Zolang je er maar een bepaalde persoon in kunt herkennen<sup>5</sup>. Volgens Spoor, Verkade en Visser is dat niet het geval bij bijvoorbeeld een enkel rugnummer<sup>6</sup>, maar is toch wel vereist dat een deel van het gelaat wordt afgebeeld, “ook al is dat gelaat dan op zichzelf niet herkenbaar en wordt de herkenbaarheid door andere omstandigheden veroorzaakt”.<sup>7</sup>

Het ‘portretrecht’ – in wezen een auteursrechtelijk begrip (zie hierna) – is een explicitering van het ruimere recht op afbeelding van een individu<sup>8</sup>: een persoonlijkheidsrecht dat als fundamenteel recht<sup>9</sup> een individu beschermt tegen iedere ongewilde aantasting van zijn beeltenis door een derde<sup>10</sup>. Persoonlijkheidsrechten zijn die rechten die de persoonlijkheid, in het bijzonder de verschillende persoonlijkheidsaspecten<sup>11</sup>, van het individu (natuurlijke persoon<sup>12</sup>) beschermen ten overstaan

1 Voor een uitgebreide bespreking en rechtspraakoverzicht van (de ontwikkeling van) het portretrecht en alle daarbij behorende mogelijk- en moeilijkheden, inclusief een bespreking van het commerciële portretrecht in België, zie: Commercieel Portretrecht (2009), D.J.G. Visser (red.).

2 Tot en met het arrest *Ja Zuster, Nee Zuster* (Hoge Raad 16 januari 1970, NJ 1970, 220 m.nt. G.J. Scholten) was de lijn in de Nederlandse rechtspraak – conform de Memorie van Toelichting bij artikel 19 Auteurswet (1912) – dat van een portret slechts sprake kon zijn bij de herkenbare weergave van het gelaat; die lijn werd doorbroken in 1987 met het *Naturiste*-arrest (Hoge Raad 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 m.nt. L. Wichers Hoeth) waarin werd geoordeeld dat het moet gaan om de herkenbare weergave van een persoon, zonder de eis te stellen dat het gehele gelaat zichtbaar moet zijn. Dit criterium is vervolgens in het *Breekijzer*-arrest gehandhaafd en uitgebreid naar alle afbeeldingen waaruit de identiteit van een persoon kan blijken, ook als het gelaat helemaal niet herkenbaar is (Hoge Raad 2 mei 2003, NJ 2004, 80 m.nt. E.J. Dommering).

3 Bas Pinckaers beschrijft in zijn bijdrage ‘Het object van bescherming: van portret naar persona’ in: Commercieel Portretrecht (2009), D.J.G. Visser (red.) de verschillende identificeerbare kenmerken van personen, waarvan het portret, maar ook bijvoorbeeld de handtekening, naam of stem deel uitmaken. Zie ook de eerdere publicatie: Bas Pinckaers, ‘Bescherming van de persona van voetballers tegen ongeautoriseerd commercieel gebruik’, *BMM Bulletin* 2006/2. Tegen ongeautoriseerd gebruik van die persona (buiten het portret zelf) kan in Nederland worden opgetreden op grond van de onrechtmatige daad. Zo is wel eens geoordeeld dat gebruik van een bepaald stemgeluid (in het specifieke geval van voormalig Koningin Beatrix) in combinatie met de naam verboden kan worden; Rechtbank Amsterdam (pres.) 7 juli 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA6482, KG 2000/155 (Staat/Monsterboard.nl): “Uitgangspunt is dat in onze samenleving niemand het behoeft te dulden dat zijn persoonlijke karakteristieken tegen zijn wil worden gebruikt ter ondersteuning van commerciële activiteiten van een

ander. Alleen al het bezwaar tegen het in het verband gebracht worden met een anders commerciële activiteiten vormt voldoende rechtvaardiging voor een rechterlijk verbod”. Recent is echter geoordeeld dat het gebruik door rapper en cabaretier Ali B. in zijn theatershow van het stemgeluid en beeldmateriaal van een vrouw die bij Opsporing Verzocht te zien en te horen is geweest, geen inbreuk op haar portretrecht oplevert en ook niet onrechtmatig is: Rechtbank Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24, IEF 18929.

4 J. Deene, ‘Tatoeëerder heeft geen auteursrecht op tattoo’s’, *De Juristenkrant* 11 februari 2009 (bespreking van Gent 5 januari 2009, A.R. 2007/AR/912, onuitg.).

5 Die persoon hoeft niet voor iedereen herkenbaar te zijn; het gaat om de herkenbaarheid door anderen die hem/haar kennen. Zie ook: D. Voorhoof, ‘Commercieel portretrecht in België’, in: *Commercieel portretrecht* (2009), D.J.G. Visser (red.), p. 160.

6 Al kan men dit, afhankelijk van de concrete omstandigheden, toch in twijfel trekken. Men hoeft geen groot voetbalkenner te zijn om te weten wie met ‘CR7’ bedoeld wordt.

7 Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (2019), p. 364.

8 D. Voorhoof, ‘Artikel XI.174 WVER’, in: F. Brison & H. Vanhees (Eds.), *Hommage aan Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht*, Brussel, Larcier, 2017, 116.

9 Rechtbank Brussel 28 september 2010, AM 2011, 334.

10 Inmiddels bestaan er websites waar je portretfoto’s kunt downloaden gemaakt door computergestuurde apparatuur, dus portretten van niet-bestaande personen, zie bijvoorbeeld: [www.thispersondoesnotexist.com](http://www.thispersondoesnotexist.com). Strikt juridisch genomen zijn dat dus geen portretten, maar het is ons inziens niet uitgesloten dat zo’n portret toch lijkt op dat van een bestaande persoon zodat alsnog problemen kunnen ontstaan.

11 D. Taymans, ‘Persoonlijkheidsrechten in sponsoringcontracten’, *Studiedag sponsoringcontracten 15 oktober 2019*, Antwerpen, Intersentia.

12 Portretrecht geldt enkel voor natuurlijke personen, en enkel in zoverre die persoon ook effectief herkenbaar is, zie onder andere: D. Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 160.

van derden.<sup>13</sup> Het gaat meer bepaald om die kenmerken die eigen zijn aan de persoonlijkheid van een bepaald individu, waardoor het zich onderscheidt van een ander. Daardoor kan bijvoorbeeld ook het stemtimbre van een persoon zijn beschermd.<sup>14</sup> Hoewel zuiver juridisch verschillend, worden portret enerzijds en afbeelding (of beeltenis of *image*) anderzijds in deze bijdrage uit praktische overwegingen geregeld door elkaar gebruikt.

Het recht op afbeelding beschermt zowel tegen het maken van opnames (in welke vorm dan ook) van het portret als tegen het gebruik ervan<sup>15</sup>, bijvoorbeeld door de verspreiding van opnames<sup>16</sup>, de verkoop van producten voorzien van de afbeelding, et cetera. Het recht veronderstelt dus het recht om het gebruik van die afbeelding te controleren en het recht om publicatie ervan te weigeren<sup>17</sup>. In de terminologie van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel: *“Le droit à l’image est un corollaire du respect de la vie privée et permet à toute autre personne de s’opposer à la réalisation, l’exposition, la diffusion, l’exploitation ou l’altération de son image effectuée sans son consentement”*.<sup>18</sup>

Zo kon de bekende voetbaltrainer Louis van Gaal zich met een beroep op zijn portretrecht verzetten tegen een advertentie van Interbest:

Het gezicht van Van Gaal is maar zeer beperkt te zien, maar toch is hij – voor de voetbalkenner – duidelijk herkenbaar in beeld. Aangezien Van Gaal een zogeheten ‘verzilverbare populariteit’ heeft (zie hieronder), moet Interbest betalen voor het gebruik van zijn portret in advertenties. In de procedure die Van Gaal is gestart, is Interbest uiteindelijk veroordeeld tot betaling van een vergoeding van € 25.000.<sup>19</sup>

Het is zeer aantrekkelijk om gebruik te maken van bekende sporters in games. Het FIFA-spel dat op de Playstation gespeeld kan worden, zou lang niet zo leuk zijn als er onbekende voetballers in meespelen. Maar gebruik van al die bekende voetballers kan natuurlijk niet zomaar. Daar is toestemming voor nodig en vast en zeker een behoorlijke zak geld. Óók als een voetballer als virtueel karakter wordt gebruikt in een *videogame*, zoals het geval was bij het spel *League of Legends* van Riot Games waarin ‘Striker Lucian’ een rol speelt:



Een virtueel karakter dus, maar voor de gemiddelde consument met enigszins kennis van voetbal, duidelijk herkenbaar als oud-profvoetballer Edgar Davids. Dat werd door Riot Games ook met zoveel woorden erkend op Twitter:

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



16:18 - 4 jun. 2014

Edgar Davids maakte bezwaar tegen het gebruik van ‘zijn’ portret in het spel. De eerste vraag die door de rechter moest worden beantwoord was of zo’n virtueel karakter wel gezien kan worden als een portret. Het antwoord luidt ‘ja’:

*“De rechtbank stelt voorop dat bij de beoordeling van die vraag aan de onderliggende techniek geen doorslaggevende rol kan worden toegekend. Een foto, een schilderij of een digitale weergave, ook als virtueel karakter in een computerspel, kan een portret zijn. Relevant is niet alleen de afbeelding van Striker Lucian zoals die zichtbaar is voor de spelers terwijl het spel gespeeld wordt, maar ook de door Riot Games openbaar gemaakte illustraties met meer detail (zie hiervoor 2.6 en de afbeelding in het onder 2.7 geciteerde twitterbericht).”*<sup>20</sup>

Het begrip ‘portret’ wordt al met al dus ruim uitgelegd.

13 E. Guldix en A. Wylleman, ‘De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in Belgisch privaatrecht’, *TPR* 1999, 1594; N. Debruyne en B. Tilleman, ‘Over de doden niets dan goeds? Afbeeldingen van overledenen en de rechten van familieleden’, in: I. Boone, J. Put, F. Swennen, G. Verschelden (Eds.), *Liber amicorum Patrick Senaevae*, Mechelen, Kluwer, 2017, 120.

14 Onverminderd de eventuele rechten van de uitvoerende kunstenaar. In commerciële overeenkomsten zoals zogenaamde ‘image rights license agreements’ hanteert men vaak zeer ruime omschrijvingen, en verruimt men het betreffende recht doorgaans tot alle onderscheidingstekens die het mogelijk maken een bepaalde natuurlijke persoon te individualiseren, ongeacht de vorm (zie verder onder: ‘Portretrecht en contractuele afspraken’).

15 Brussel 12 november 2013, m.nt. D.Voorhoof, ‘Het portretrecht van de Rode Duivels, de Belgische Voetbalbond en het recht op informatievrijheid’, *AM* 2014, afl. 3-4, 265-271; K. Lemmens, ‘Wie is Demol? Bedenkingen bij een boek en een arrest’, *AM* 2006, 159.

16 Rechtbank Brussel 30 september 2010, *AM* 2011, 336.

17 Rechtbank Brussel 11 mei 2012, *AM* 2014, 105, onder verwijzing naar EHRM 7 februari 2012.

18 Rechtbank Brussel 11 januari 2011, *AM* 2013, onder verwijzing naar S. Hoebeke en B. Mouffe, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 2005, nrs. 514 en 516.

19 Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:199, IEF 15624 (*Van Gaal/Interbest*).

20 Rechtbank Amsterdam 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5415, *AMI* 2017, p. 182 m.nt. De Zwaan, IEF 17026 (*Edgar Davids/Riot Games*).

## Rechtsgrondslagen ter bescherming van het portretrecht

Verschillende rechtsgronden kunnen worden aangehaald.<sup>21</sup> Sommige zijn voor sporters nuttiger dan andere:

- (i) Traditioneel het auteursrecht. Hierna wordt besproken dat het portretrecht echter geen vorm van auteursrecht is, maar dat het auteursrecht in feite een beperking met betrekking tot portretten bevat.<sup>22</sup>
- (ii) We onderzoeken eveneens de merkenrechtelijke bescherming van het portret.
- (iii) Bescherming van het portret van topsporters door hun sportieve prestaties onder het regime van de naburige rechten te brengen, lijkt uitgesloten.<sup>23</sup>
- (iv) Onder omstandigheden kan een beroep worden gedaan op de bescherming geboden door de (Belgische) wetgeving inzake marktpraktijken en het omroeprecht. In dit kader is volgens sommige auteurs<sup>24</sup> mede de Belgische Wet van 23 juni 1961 betreffende het recht van antwoord relevant.<sup>25</sup> Vanuit de omroep- en reclamesector is er ook zelfregulering.<sup>26</sup>
- (v) Het recht op afbeelding geniet in het verlengde van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bescherming als grondrecht.
- (vi) In dat kader geldt eveneens de bescherming geboden door de Gegevensbeschermingsverordening ('AVG')<sup>27</sup> en de nationale omzetwetgeving.
- (vii) Daarnaast is in specifieke omstandigheden bescherming mogelijk via het strafrecht.
- (viii) Ook een beroep op het gemeenschappelijk foutbegrip/onrechtmatige daad is mogelijk (voor België: artikel 1382 B.W.; voor Nederland: artikel 6:162 B.W.). We gaan in dit artikel met name in op de onderdelen (i), (ii), (v), (vi) en in een enkel geval op (viii).

Afgezien van voornoemde rechtsgronden, wordt het portretrecht van topsporters vaak verankerd in een goede contractuele regeling met sportclubs, federaties, beheersvennootschappen en commerciële zakenpartners (bijvoorbeeld sponsors). We bespreken ook enkele belangrijke onderdelen van dergelijke overeenkomsten.

### Bescherming via het auteursrecht

In de meeste zaken waarin portretten een rol spelen, gaat het om het auteursrechtelijke begrip portret.<sup>28</sup> Het auteursrechtelijke portretrecht wordt

in de Nederlandse wet geregeld in de artikelen 19-21 Auteurswet, waarvan artikel 21 het meest wordt ingezet in conflictsituaties:

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

In België is de auteursrechtelijke regeling actueel terug te vinden in artikel XI.174 Wetboek van Economisch Recht (WER) dat de auteur, de eigenaar van een portret, en enige andere persoon die een portret bezit of voorhanden heeft, het verbod oplegt om dit portret te reproduceren of aan het publiek mee te delen zonder toestemming van de geportretteerde of, gedurende twintig jaar, na diens overlijden, zonder toestemming van zijn of haar erfgenamen.

Het strikte portretrecht in de zin van artikel XI.174 WER kan slechts toepassing vinden voor zover een portret een auteurswerk is (en dus aan het originaliteitsvereiste voldoet). Personen die herkenbaar zijn op afbeeldingen die geen auteurswerk zijn, kunnen artikel XI.174 WER niet invoeren. Dit is evenwel niet problematisch, want daarvoor kan beroep worden gedaan op het ruimere recht op afbeelding als persoonlijkheidsrecht, in het verlengde van onder meer het recht op privacy (beschermd door onder meer artikel 8 EVRM en de Belgische en Nederlandse grondwetten), de wetsbepalingen inzake onrechtmatige daad en de wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens (zie verder).<sup>29</sup> In Nederland geldt evenwel dat hoewel de portretbepalingen traditioneel in de auteursrechtwetgeving staan, geenszins vereist is dat het portret auteursrechtelijk beschermd is (geweest).<sup>30</sup>

Hoger werd reeds aangehaald dat het portretrecht geen auteursrecht uitmaakt, maar een verbodsrecht met betrekking tot portretten bevat. Het is, in de woorden van Voorhoof, "een explicitering van het recht op afbeelding van het individu en dus geen auteursrecht, maar een persoonlijkheidsrecht dat de uitoefening van het auteursrecht, van het eigen-

21 Voor een overzicht, zie uitgebreid: L. Dierickx, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 1-25, D.Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 153-157 en Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), p. 369-432.

22 Zie onder meer: D.Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 157.

23 Gent 13 mei 2013, *IRDI* 2013, 275; B. Pinckaers, 'Bescherming van de persona van voetballers tegen ongeautoriseerd commercieel gebruik', *BMM Bulletin* 2006, p. 75.

24 Zie bijvoorbeeld: D. Taeymans 'Persoonlijkheidsrechten in sponsoringcontracten' 2019.

25 Nochtans geniet krachtens artikel 1 van deze wet ook een rechtspersoon die bij naam genoemd of impliciet aangewezen is het recht van antwoord.

26 D.Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, 157; N. Debruyne en B. Tilleman, in: *Liber amicorum Patrick Senaev* 2017, p. 139-140.

27 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming

van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG.

28 Zo genoemd omdat het portretrecht zowel in Nederland als in België is opgenomen onder de auteursrechtwetgeving. Door velen is al betoogd dat het portretrecht daar eigenlijk niet thuishoort. Zie onder meer: W. Grosheide, *Portretrecht uit het auteursrecht (Herhaalde Oproep)*, in: *Commercieel portretrecht* 2009. Eén van de consequenties van het feit dat het portretrecht niet in het Nederlandse auteursrecht (of een ander IE-recht) thuishoort, is sowieso dat een proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv. niet zal worden toegewezen.

29 D.Voorhoof, in: *Hommage aan Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht* 2017, p. 117.

30 Zie onder meer: B. Pinckaers, 'Het object van bescherming: van portret naar persona', in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 32.

domsrecht of het bezitsrecht op een portret, foto of afbeelding van een persoon, inperkt.<sup>31</sup> Deze stelling dient in zoverre te worden genuanceerd nu het auteursrecht (alsook de wetgeving inzake naburige rechten) ook bescherming kan bieden aan zogenaamde 'typetjes'. Het verschil is evenwel dat daarbij geen bescherming wordt geboden aan de natuurlijke persoon achter het 'typetje', maar wel aan de auteur ervan.<sup>32</sup>

De strekking van de Nederlandse en Belgische bepalingen is gelijk – reproductie en publicatie van een portret zonder toestemming van de geportretteerde zijn niet toegestaan<sup>33</sup> – met dat verschil dat de Nederlandse wettelijke regeling voor portretten die niet in opdracht zijn gemaakt een (belangrijke) belangenafweging kent. Hoewel niet uitdrukkelijk in de wettelijke regeling inzake auteursrecht voorzien, wordt die belangenafweging in de praktijk ook in België toegepast, maar dan meer in het licht van de afweging tussen grondrechten (zoals verderop in dit artikel besproken).

De toestemming zoals bedoeld in (oud) artikel 10 (Belgische) Auteurswet, thans artikel XI.174 WER, wordt in principe niet vermoed, maar moet uitdrukkelijk en voorafgaand zijn verkregen.<sup>34</sup> De toestemming moet daarbij restrictief worden geïnterpreteerd en strekt zich enkel uit tot de afbeeldingen of doeleinden waarvoor toestemming werd gegeven.<sup>35</sup> Hij die het portret wil vermenigvuldigen of wil publiceren, draagt de bewijslast daartoe toestemming van de geportretteerde te hebben verkregen.<sup>36</sup> Het afbeelden zonder toestemming van de geportretteerde is een fout die recht geeft op schadevergoeding.<sup>37</sup>

### Portretrecht in de Nederlandse Auteurswet: twee situaties

Er zijn twee mogelijkheden: ofwel een portret is in opdracht gemaakt, of niet. Het onderscheid bepaalt wie wat mag doen met een portret.

Als sprake is van een portret dat in opdracht is gemaakt, mogen anderen dan de geportretteerde het portret hoe dan ook niet zonder zijn/haar toestemming gebruiken. In verreweg de meeste geschillen gaat het evenwel om een portret dat niet in opdracht is gemaakt. Uit de Belgische wet volgt dat ook dan zo'n portret zonder meer niet openbaar gemaakt mag worden, tenzij er toestemming is verleend, terwijl in Nederland als gezegd een belangenafweging in de vorm van een redelijkheidstoets dient plaats te vinden.

### Gebruik van een *niet* in opdracht gemaakt portret

Deze situatie komt in de sportwereld vaak voor: in een campagne wordt bijvoorbeeld een willekeurige foto van een profsporter gebruikt of de cover van een boek over een bekende voetballer toont een foto van die voetballer, gemaakt tijdens een wedstrijd. Bij een portret dat *niet* in opdracht is gemaakt, kan het gebruik daarvan (behalve door de auteursrechthebbende, meestal de fotograaf) worden tegengegaan door de geportretteerde, in Nederland op voorwaarde dat diegene daar een redelijk belang bij heeft (dat zwaarder weegt dan het belang om het portret te gebruiken).

Bij beantwoording van de vraag of iemand een redelijk belang heeft om gebruik van zijn/haar portret tegen te gaan, zijn twee situaties te onderscheiden: 1. gaat het om 'zomaar iemand' of 2. gaat het om een bekende persoon?

#### 1. Redelijk belang van 'zomaar iemand'

Gebruik van een foto of afbeelding in advertenties van een willekeurige, onbekende voetballer, tennisser of andere sporter kan niet altijd worden tegengegaan. Als bijvoorbeeld een foto wordt gebruikt van een voetbalwedstrijd waarop een van de spelers (toevallig) afgebeeld staat, zal er niet snel een redelijk belang zijn om zich tegen gebruik van zo'n foto te verzetten. Anders kan dat worden als de foto wordt gebruikt in een bepaalde context waarmee degene op de foto niet geassocieerd wil worden, of als de foto op commerciële wijze wordt gebruikt.

De rechter maakt altijd een afweging tussen de belangen die spelen: enerzijds het belang van de adverteerder/gebruiker op informatievrijheid/de vrijheid van meningsuiting en anderzijds het belang van de geportretteerde om zich te verzetten, bijvoorbeeld vanwege een privacybelang of omdat zijn/haar portret gebruikt wordt op een commerciële en/of anderszins onwenselijke manier.

Een van de bekendste voorbeelden in Nederland waarbij het belang van de (onbekende) geportretteerde zwaarder woog, is de zaak 'Discodanser': een foto van een in de voormalige discotheek iT dansende (hetero)student wordt gebruikt voor een reclamefolder die in zijn geheel afgedrukt verschijnt op de achterzijde van de *Gay Krant*, het grootste homo- en lesbiëneblad van Europa. De student start een procedure en krijgt gelijk: het publiek zal er (ten onrechte) van uitgaan dat voor het gebruik van de foto toestemming is gegeven door de dansende student.<sup>38</sup> De Hoge Raad oordeelde bovendien dat in beginsel steeds een redelijk belang bestaat voor verzet tegen gebruik van een portret in commerciële reclame-uitingen.

31 D.Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 152.

32 D.Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 154, onder verwijzing naar onder meer: Brussel 31 januari 1997, AM 1998, 35, over de figuur van 'Kamiel Spiessens'.

33 Vgl. voor België: Vz. Kh. Brussel 26 april 2013, *Jaarboek Marktpraktijken* 2013, 1172.

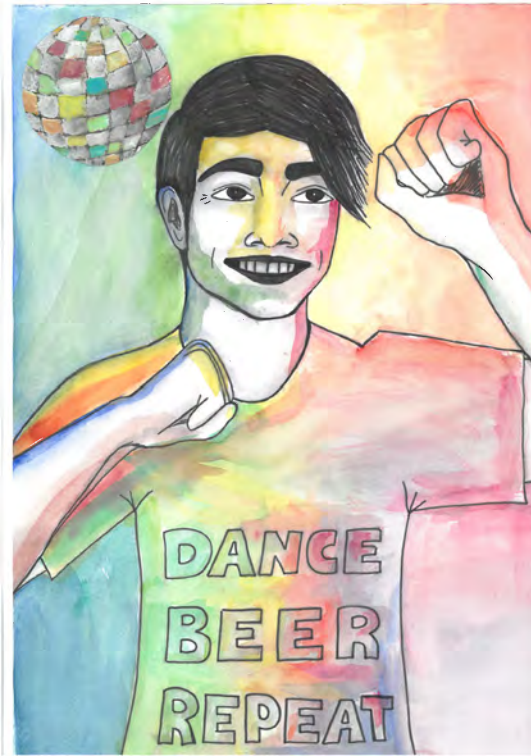
34 Zie m.b.t. impliciete toestemming hierna onder: 'Bescherming van de persoonlijke levenssfeer en verhouding tot andere grondrechten'.

35 Rb. Brugge 25 maart 2014, A.R. 13/1644/A, *onuitg.*, onder verwijzing naar D.Voorhoof, in: *Hommage aan Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht* 2017, p. 120; D.Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 161-162.

36 Antwerpen 25 oktober 1999, *TBBR* 2002, 122.

37 Rb. Brussel 28 september 2010, AM 2011, 334.

38 Hoge Raad 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2364, NJ 1997, 661, m.nt. D.W.F.Verkaide (*Discodanser*).



Illustratie: Chiara Isert

## 2. Redelijk belang van profsporters – verzilverbare populariteit

Profsporters en andere bekende personen hebben over het algemeen een zogeheten ‘verzilverbare populariteit’.<sup>39</sup> Dat betekent niet dat ze zich eenvoudiger kunnen verzetten tegen gebruik van hun portret; zij moeten als publiek figuur immers in beginsel méér dulden dan de gewone burger met een duidelijker privacybelang (zie hierover verderop in dit artikel). Topsporters worden vaak gefotografeerd. Die foto’s worden over het algemeen gebruikt bij nieuwsitems over de specifieke sporter of over de wedstrijd waaraan ze deelnamen. Dat is toegestaan, zowel in Nederland als in België, ook zonder dat er expliciete toestemming van de sporters wordt gevraagd.

Maar wel is het zo dat zij normaliter voor *commercieel* gebruik van hun portret geld kunnen vragen (en moeten krijgen).<sup>40</sup> Zij hebben dus een duidelijk financieel belang. Vaak gaat het dan niet eens om de vraag of gebruik van zo’n portret (alsnog) verboden kan worden<sup>41</sup>, maar veeleer hoeveel scha-

devergoeding moet worden betaald. Oftewel: wat is een redelijke vergoeding die betaald moet worden voor (commercieel) gebruik van een bekende sporter? Zoals altijd in juridische procedures hangt de uitkomst van die vraag af van ‘de omstandigheden’, zoals: hoe bekend is de bekende sporter, om wat voor gebruik gaat het, waar en hoe vaak wordt/is een portret gebruikt, is er een vergoeding aangeboden, et cetera.

## Verzilverbare populariteit

### Wat is een redelijke vergoeding?

In 2013 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen in een zaak die wijlen Johan Cruijff had aangespannen tegen Tirion. Tirion is de uitgever van een fotoboek van Cruijff (*Johan Cruijff – De Ajacied*) dat de voetballiefhebber inzicht geeft in het verloop van zijn carrière. Cruijff heeft geen toestemming gegeven om dit fotoboek te maken en uit te geven. Wel heeft Tirion Cruijff aangeboden een vergoeding te betalen voor gebruik van zijn portret, maar dat leidde niet tot overeenstemming. Als gevolg van een door Cruijff aangespannen kort geding moest het boek in eerste instantie uit de handel worden gehaald. Maar in de bodemprocedure die vervolgens is gevoerd bij de rechtbank, het hof en de Hoge Raad werd publicatie van het boek door alle drie de instanties geoorloofd geacht. Cruijff betoogde onder andere dat het commerciële portretrecht een exclusief verbodsrecht inhoudt. Oftewel: zonder toestemming van een persoon met verzilverbare populariteit, mag een portret niet worden gepubliceerd. Dat argument trof geen doel. De Hoge Raad overwoog onder meer<sup>42</sup>:

“(a) Ingevolge art. 21 Aw is openbaarmaking van een niet in opdracht vervaardigd portret ongeoorloofd voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich tegen openbaarmaking verzet. Deze norm richt zich niet alleen tot de maker, maar evenzeer tot derden (HR 22 mei 1916, NJ 1916, p. 808).

(b) Een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw kan zowel zien op persoonlijke (privacy)belangen als op commerciële belangen. (...)

(f) De in art. 21 Aw neergelegde norm brengt voorts mee dat geportretteerden niet behoeven toe te laten dat hun in de uitoefening van hun beroep verworven populariteit commercieel wordt

39 Voor het eerst met zoveel woorden erkend in de zaak ‘t Schaeap met de 5 pooten, Hoge Raad 19 januari 1979, NJ 1979, 383. Graag verwijzen we voor een bespreking van die verzilverbare populariteit van Engelse voetballers naar het artikel elders in dit BMM Bulletin: ‘Exploitatie en bescherming van verzilverbare populariteit in het Engelse voetbal’ dat is geschreven door Babette Aalberts en Jan van Vegchel.

40 Zie voor een voorbeeld uit de Belgische hoger beroepsrechtspraak: Gent 21 februari 2008, AM 2008, 318 (Clijsters). In die zaak werd een foto van (ex-)proftennisster Kim Clijsters gebruikt op een poster. De Rechtbank Gent vond dat Clijsters zich als publiek figuur daartegen niet kon verzetten, maar het hof oordeelde anders: “Foto’s genomen in het kader van de professionele activiteiten van toptennispeelsters kunnen zonder hun expliciete toestemming worden gepubliceerd in het kader van de berichtgeving van sportevenementen en ter informatie van het publiek. Dit betekent echter niet dat deze foto’s zonder meer mogen worden gecommmercialiseerd en dat er gebruik van mag worden gemaakt om,

zonder toestemming van de betrokkenen, merchandisingproducten op de markt te brengen.” De uitgever van de poster handelde daarmee in strijd met (voormalig) artikel 10 van de Auteurswet. Tot een hoge schadevergoeding kwam het echter niet: van de € 25.000 die geëist werd, werd slechts € 790 toegewezen.

41 Hetgeen in eerdere rechtspraak overigens wel vaker aan de orde is geweest, zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken over de (verboden) verspreiding van foto’s, speldjes en plakplaatjes van bekende voetballers: Rb. ‘s-Gravenhage (pres.) 17 februari 1965, BIE 1966, nr. 14, (Donners); Rb. ‘s Gravenhage (pres.) 7 december 1965, BIE 1966, nr. 66 (Bouwmeester c.s./Jacobi) en Rechtbank Utrecht (pres.) 16 januari 1980, NJ 1980, 481 (Ruud Krol c.s./Panini Nederland). Zie ook de rechtspraak die is aangehaald en besproken door Bas Pinckaers, ‘Bescherming van de persona van voetballers tegen ongeautoriseerd commercieel gebruik’, BMM Bulletin 2006/2, p. 70-75.

42 Hoge Raad 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA278, IER 2013/60, m.nt. P.G.F.A. Geerts (Cruijff/Tirion).

geëxploiteerd door openbaarmaking van hun portretten, zonder dat zij daarvoor een vergoeding ontvangen. Het meedelen in de voordelen van deze exploitatie is een redelijk belang in de zin van art. 21 Aw. Vgl. HR 19 januari 1979, LJN AC6461, NJ 1979/383 ('t Schaep). (...)

3.6.3 Juist bij de personen die door hun beroepsuitoefening bekendheid genieten, kunnen commerciële belangen gemoeid zijn bij de openbaarmaking van hun portret. Ook dergelijke belangen vinden onder art. 8 EVRM bescherming en kunnen worden betrokken in de afweging tegen het onder art. 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid. Welk gewicht aan het door de geportretteerde gestelde commerciële belang in een gegeven geval toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Is bij een geportretteerde met verzilverbare populariteit enkel sprake van een zodanig belang en is geen sprake van omstandigheden die rechtvaardigen om aan dat belang voorbij te gaan, dan kan bij de beoordeling een belangrijke rol spelen of een redelijke vergoeding is aangeboden. Wat in dit verband als een redelijke vergoeding heeft te gelden, zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In ieder geval zal de vergoeding recht moeten doen aan de mate van populariteit of bekendheid van de geportretteerde en in overeenstemming dienen te zijn met de waarde van het exploitatiebelang van de geportretteerde in het economisch verkeer. Indien vaststaat of onbetwist is dat een redelijke vergoeding is aangeboden (en bescherming van privacybelangen niet aan de orde is), zullen in beginsel bijkomende omstandigheden nodig zijn voor het oordeel dat openbaarmaking jegens de geportretteerde onrechtmatig is. Deze omstandigheden zullen door de geportretteerde gemotiveerd gesteld dienen te worden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat de publicatie afbreuk doet aan of schadelijk is voor de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wenst te exploiteren.” [onderstreept: auteurs].

In hetzelfde jaar (2013) oordeelde ook het Hof van Beroep Brussel dat het portretrecht geen absoluut recht is. Het betrof een zaak waarbij de KBVB opdracht had gegeven aan uitgever Kannibaal om een boek te publiceren over het succes van de Rode Duivels (cover rechts), in de aanloop naar het WK 2014, en er vervolgens achter kwam dat een vergelijkbaar boek al eerder op de markt verscheen met op de cover een (vergelijkbare) foto van de Rode Duivels (cover links), natuurlijk zonder toestemming van de KBVB. De KBVB trachtte die publicatie tegen te gaan met een beroep op (onder meer) het portretrecht van de Rode Duivels.

#### JAARBOEK VOETBAL 2012-2013



Het hof oordeelde: “De opgang en het succes van de Rode Duivels hebben een belangrijke nieuwswaarde in het voetbalgebeuren van 2012-2013 waarover het boek de lezer informeert. De auteur moet dan ook het recht hebben om een afbeelding van de Rode Duivels op de cover van het boek te zetten ter illustratie van dit nieuwsgegeven. De coverfoto is bijgevolg gerelateerd aan de informatieve inhoud van het boek en heeft zelf ook een informatieve waarde. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door de vaststelling dat geïntimeerde als uitgeverij winst nastreeft met de uitgave van het jaarboek voetbal 2012-2013 en dat het gaat om een nieuwe, door het publiek nog niet gekende, uitgave.

De coverfoto heeft bijgevolg een informatief karakter en vormt geen commercieel gebruik waartegen appelland zich kan verzetten”<sup>43</sup>

Over een eventuele vergoeding gaat de zaak niet. Zowel in de zaak van Cruijff als die van de Rode Duivels werd overigens als belang ingeroepen dat er een exclusief contract was gesloten om een boek over Cruijff respectievelijk de Rode Duivels uit te brengen. Alhoewel dat een rechtvaardig belang kan opleveren voor een tijdelijk verbod<sup>44</sup>, rechtvaardigt zo'n exclusief contract geen absoluut verbod op de publicatie van de respectievelijke boeken.

Kortom: als er geen andere (privacy- of exploitatie)belangen spelen, en (in ieder geval in Nederland) een redelijke vergoeding is aangeboden, lijkt een bekende (voormalig) topsporter als Cruijff zich niet te kunnen verzetten tegen dit soort publicaties op grond van zijn portretrecht. Dat werd ook bevestigd in een latere zaak die namens Cruijff is aangespannen, dit keer tegen Xander Uitgevers dat voornemens was het boek ‘Cruijff! De magere jaren 1973-1981’ uit te geven met op de cover – logischerwijs – een foto van Cruijff:

43 Brussel 12 november 2013, m.nt. D.Voorhoof, 'Het portretrecht van de Rode Duivels, de Belgische Voetbalbond en het recht op informatievrijheid', AM 2014, afl. 3-4, 265-271 en D. Delarue, 'Iedereen Duivel, maar de ene toch meer dan de andere', RABG 2014, afl. 18, 1243-1245.

44 Aldus de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in de zaak Cruijff/Tirion, 11 november 2003, IER 2004, 27 en BMM Bulletin 2004, 170 (verkort).



Interclarion – het bedrijf dat de portretrechten van Cruijff exploiteert – wilde dat tegengaan. Na ontvangst van een sommatiebrief, bood Xander Uitgevers een vergoeding aan van 10% van de netto-opbrengst van het boek. Dat vond de rechter in kortgeding een redelijke vergoeding voor het gebruik van deze foto, die een duidelijk kooplust-opwekkend vermogen heeft, aldus de rechter. Niet relevant achtte de rechter dat die vergoeding niet vooraf werd aangeboden, maar pas ná ontvangst van de sommatie.<sup>45</sup> Het belang van de uitgever om een boek met nieuwswaarde uit te geven, daarbij gebruik makend van een foto van de persoon om wie het boek gaat, gaat in dit geval vóór het belang van Cruijff als geportretteerde om zich te verzetten tegen publicatie. Maar een vergoeding wordt ook in dit geval dus wel nodig geacht. Met Spoor, Verkade en Visser zijn wij van mening dat een vergoeding voor gebruik van het portret echter niet altijd in de rede ligt<sup>46</sup>, bijvoorbeeld bij (dit soort) publicaties met een bepaalde nieuwswaarde en zeker als daarbij een beperkt, redelijk aantal portretfoto's wordt gebruikt.<sup>47</sup>

Zowel in België als in Nederland is moeilijk voorspelbaar hoe hoog een 'redelijke vergoeding' moet zijn.<sup>48</sup> De hoogte is afhankelijk van diverse omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de bekendheid van de topsporter en de mate en wijze van gebruik, zoals de oplage, de (morele) *impact*, et cetera.<sup>49</sup> Wel is in Nederland de laatste jaren de trend te ontwaren dat 10% van de netto-omzet bij de exploitatie van een boek met (een) foto('s) als redelijke vergoeding heeft te gelden. In gelijke zin oordeelde de Recht-

bank Amsterdam, bevestigd door het hof, in een zaak van het management van Max Verstappen tegen Karakter Uitgevers over de biografie *MAX*, inclusief diverse foto's.<sup>50</sup>



### Geldt dit ook voor *lookalikes*?

Een *lookalike* is (net als een virtueel karakter of een spotprent) strikt genomen geen portret van degene op wie de *lookalike* lijkt. Maar: de (bekende) persoon in kwestie die ermee is bedoeld, zal herkenbaar zijn en dus kan een *lookalike* vaak toch gelden als portret van die bekende persoon. Zoals Spoor, Verkade en Visser terecht aangeven, zal dat niet gelden voor alle *lookalikes*, maar zal dat wel het geval zijn als het portret van een *lookalike* wordt gebruikt met de kennelijke bedoeling daarmee een andere persoon aan te duiden.<sup>51</sup>

Dat was ook het geval in de spraakmakende zaak waarin een *lookalike* van (wederom) Formule 1-coureur Max Verstappen, het bekende gezicht van supermarktketen Jumbo, werd gebruikt voor een commercial van de net gestarte online supermarkt Picnic. Volgens Picnic ging het om een ludiek filmpje. Anders dan in de Jumbo-commercial waarin Max Verstappen de bestelde boodschappen razendsnel thuisbezorgt, doet de zogenaamde Max Verstappen, in Red Bull-outfit, het in de Picnic-commercial ogenschijnlijk rustiger aan, maar bezorgt hij wel gratis thuis.

45 Rb. Amsterdam (vzr.) 2 mei 2018, IEF 17830 (*Crujff c.s./Xander Uitgevers*).

46 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), p. 414-415: "Wij menen dat de uitingsvrijheid tenminste dient te prevaleren in gevallen van een kwantitatief gangbare mate van portretgebruik in biografieën." Zie ook de door deze auteurs aangehaalde voorbeelden uit de oudere rechtspraak waarin een (gedeeltelijk) verbod op publicaties met daarin foto's van topsporters werd toegekend (p. 416), onder andere: Rb. Haarlem (pres.) 26 juni 1974, NJ 1974/415, BIE 1977/3 en 4 (*De slag om het voetbalgoud*), Rechtbank Amsterdam 16 oktober 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AK4827, BIE 2003/29, IER 2003/18 (*Verstappen/Albion*), Rb. Amsterdam (pres.) 12 mei 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO9324, AMI 2004/17 m.nt. Mom (*Jongensdromen*) en de bekritiseerde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC4567, AMI 2008/2 m.nt. Pinckaers, IER 2008/18 m.nt. Numann (*De mooiste doelpunten aller tijden*).

47 Zie in vergelijkbare zin en recent: Gerechtshof Amsterdam 8 oktober 2019, IEF 18876 (*Mavic/Karakter*), zie: noot 56.

48 Zie ook: AM 2008, afl. 4, 321; noot F. Petillon, 'Inbreuken op het portretrecht leiden tot contractuele en/of extracontractuele

schadevergoeding', RABG 2008, afl. 20, 1267 en: T. Deurvorst, 'Schadevergoeding bij schending van commercieel portretrecht: 't Schaap met de 3 poten', in: *Commercieel Portretrecht 2009*.

49 D.Voorhoof in: *Hommage aan Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht 2017*, p. 126 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

50 Rechtbank Amsterdam 6 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8990, IEF 17341, IER 2018/13 m.nt. V. Rörsch (*Mavic/Karakter*), en Gerechtshof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3614, IEF 18876 (*Mavic/Karakter*): "In ieder geval zal de vergoeding recht moeten doen aan de mate van populariteit of bekendheid van de geportretteerde en in overeenstemming dienen te zijn met de waarde van het exploitatiebelang van de geportretteerde in het economisch verkeer." Het hof oordeelde, anders dan de rechtbank, dat de geportretteerde niet automatisch recht heeft op een vergoeding, het is dus geen voorwaarde voor rechtmatige openbaarmaking van een portret (r.ov. 3.7). Zie voor een overzicht van portretrechtelijke rechtspraak en de hoogte van toegekende vergoedingen: Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), p. 420-423.

51 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), p. 375-376.

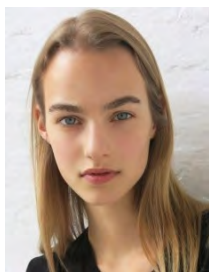


Links: lookalike / rechts: Max Verstappen  
[foto:AD]

Mavic (het management van Max Verstappen) kon er niet om lachen en startte een procedure tegen Picnic om de vermeende schade vergoed te krijgen. De Rechtbank Amsterdam staat aan de kant van Max Verstappen en vindt dat het gebruik van de *lookalike* onrechtmatig is jegens Max Verstappen en dat Picnic de schade moet vergoeden.<sup>52</sup> Het portret van Max Verstappen is inmiddels veel geld waard: Picnic moest maar liefst € 150.000 betalen.<sup>53</sup>

### Bescherming via het merkenrecht

Verreweg de meeste zaken waarin portretten een rol spelen, kennen een auteursrechtelijke/onrechtmatige daad-grondslag. Maar portretten kunnen ook als merk worden geregistreerd. Dat wordt wel eens betwijfeld, maar is redelijk recent in een zaak bij het EUIPO bevestigd.<sup>54</sup> Het ging om een portret van Maartje Verhoef dat werd aangevraagd als Uniebeeldmerk:



De merkaanvraag is bij het Benelux-Bureau geaccepteerd, net als in de VS, maar werd bij het EUIPO geweigerd vanwege gebrek aan onderscheidend vermogen en omdat het (deels) beschrijvend zou zijn voor de betrokken waren/diensten. In beroep werd die beslissing teruggedraaid:

*“De foto van het gezicht van een persoon, in de vorm van een pasfoto, is een unieke weergave van deze persoon, met diens specifieke uiterlijke kenmerken. Behalve (onder andere) de naam en voornaam geldt de weergave van het gezicht in de vorm van een pasfoto voor die persoon’s identificatie en derhalve voor*

*zijn/haar onderscheiding van andere personen. De in het geding zijnde afbeelding kan in de ogen van de Kamer dan ook de wezenlijke functie van een merk vervullen, ter onderscheiding van de aangevraagde waren en diensten van een andere herkomst.”*

Het registreren van portretmerken in de profsportwereld gebeurt, althans gebeurde voorheen, ook regelmatig. Denk bijvoorbeeld aan het portret van oud-Formule 1-coureur Jos Verstappen, inclusief handtekening (Benelux registratie nr. 586737 voor producten in klasse 14, 16, 21, 24, 25, 26 en 28):



En ook portretten van bijvoorbeeld oud-voetballer Patrick Kluyvert of oud-Formule 1-coureur Michael Schumacher waren jarenlang als merk geregistreerd.

Het lijkt erop dat de populariteit van portretten geregistreerd als merk wordt te zijn afgenomen bij topsporters. Veel vaker wordt de naam zelf geregistreerd, zie bijvoorbeeld Uniemark nr. 012022471 ANDY MURRAY, van de gelijknamige toptennisser, of Uniemark nr. 016809485 CRISTIANO RONALDO voor producten en diensten in klassen 25, 35 en 41.

Die kennelijke afname van populariteit is niet zo verwonderlijk. Er kleven namelijk nogal wat bezwaren aan een portretmerk:<sup>55</sup>

- Het is om te beginnen vrij lastig om een portretmerk in te zetten om gebruik van bijvoorbeeld een foto van een topsporter tegen te gaan. Het portretmerk zoals dat is vastgelegd zal zelden precies overeenkomen met het portret zoals dat op de foto wordt getoond. Oftewel: het merk zoals ingeschreven, wordt niet gebruikt. En gebruik van een portret op een andere wijze dan het ingeschreven merk zal over het algemeen niet leiden tot inbreuk. Zo werd ook geoordeeld in de zaak *Cruijff/Tirion*. Het portret van Cruijff is als merk ingeschreven (geweest) voor producten in de klassen 3, 12, 18, 25 en 28 (Benelux registratie nummer 614969 – ten tijde van het schrijven van dit artikel, 12 jaar na de vervaldatum, nog steeds zichtbaar in het register):

52 Rechtbank Amsterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6395, IEF 17082 (*Mavic/Picnic*).

53 Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2648, IEF 17658 (*Mavic/Picnic*).

54 EUIPO 16 november 2017, R 2063/2016-4.

55 Zie ook: Ch. Gielen, 'Portretmerk: een non-merk?', in: *Commercieel Portretrecht* 2009, p. 115 e.v. Zie ook de bezwaren zoals aangehaald door de Rechtbank Utrecht (vzr.) in de zaak *Cruijff/Tirion*, 11 november 2003, IER 2004, 27 en *BMM Bulletin* 2004/3, p. 170 (verkort).





Het beroep op dit portret als beeldmerk ging niet op. Er is in het door Tirion uitgegeven boek immers geen gebruik gemaakt van dit specifieke portret van Cruijff;

- Bovendien zal gebruik van een portret lang niet altijd gebruik *als merk* opleveren, dus ter onderscheiding van waren en/of diensten. Nog daargelaten dat het ook maar de vraag is of het portretmerk – dus zoals ingeschreven – wel normaal wordt gebruikt en niet na vijf jaar vervallen kan worden verklaard;
- En: een portretfoto die wordt ingeschreven als merk toont slechts de persoon op een bepaald moment; na verloop van tijd zal die persoon er anders (in ieder geval ouder, tenzij er sprake is van kunstgrepen) uitzien.

De beschermingsomvang van portretmerken is aldus gering te noemen. Toch is het hiervoor afgebeelde portretmerk van Jos Verstappen met succes ingezet in een procedure tegen uitgever Albion Publications<sup>56</sup>:

*“De rechtbank is van oordeel dat Albion geen geldige reden heeft voor het hiervoor beschreven seriematige gebruik van de woord- en beeldmerken van Verstappen, waarbij de afbeelding zeventien maal is gebruikt in één enkele uitgave, nu zij voor haar publicatie ook afbeeldingen van andere coureurs had kunnen gebruiken. Het ongerechtvaardigd gebruik dat Albion hierdoor heeft getrokken is ook gegeven. Het gaat immers om commercieel gebruik, waarvoor Albion aan Verstappen geen financiële vergoeding heeft betaald. De omstandigheid dat de lezers van de publicaties van Albion wellicht niet op de hoogte zijn van de merkendepots van Verstappen doet hieraan niet af. Een dergelijk bewustzijn bij het lezerspubliek is immers niet relevant in het Benelux-merkenrecht.”*

Namen van sporters die zijn ingeschreven als merk zijn een kansrijker middel om in te zetten in een geschil, maar ook namen zijn lang niet altijd inzetbaar om gebruik daarvan tegen te gaan.<sup>57</sup> Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak over de Rode Duivels.<sup>58</sup> De KBVB probeerde het jaarboek 2012/2013 tegen te gaan met een beroep op het portretrecht van de Rode Duivels, maar ook op basis van het merk RODE DUIVELS dat de KBVB heeft geregistreerd (Benelux registratie nr. 0583030 voor de klassen 16, 25, 28 en 41). De rechtbank oordeelde (terecht) dat gebruik van de naam RODE DUIVELS op het boek geen gebruik als merk oplevert – de naam verwijst alleen naar het *onderwerp* van het boek – zodat het beroep op het merkrecht aldus tevergeefs was.

Ook in de zaak *Cruijff/Tirion* kwam het merkenrecht aan de orde: het woordmerk CRUIJFF is geregistreerd in de Benelux (onder meer: registratienummer 0307509 voor tal van waren). Interclation wilde niet alleen het gebruik van foto's van Cruijff tegengaan, maar ook het gebruik van zijn naam op en in het boek. Ook dat lukte niet. Het gebruik van de naam Cruijff op en in het boek van Tirion kan niet worden aangemerkt als gebruik van een merk, dus als onderscheidingsteken. Ook een beroep op gebruik anders dan als merk, in de zin van voormalig artikel 13A lid 1 sub *d* BMW (thans: 2.20 lid 2 onder *d* BVIE), ging niet op, nu Tirion een geldige reden heeft voor het gebruik van de naam Cruijff, te weten de uitgave van het boek over Cruijff. *“In het algemeen is het toegestaan een boek of artikel over een publiek figuur te publiceren mits daarin geen schadelijke of onrechtmatige uitingen worden gedaan. Daarvan is niet gebleken. Ook mag er geen sprake zijn van ongerechtvaardigd voordeel, verlies van onderscheidend vermogen van het merk of reputatieschade. Ook daarvan is niet gebleken. De naam Cruijff ontleent zijn reputatie niet aan het gebruik van het merk doch aan de voetbal- en trainersloopbaan van Cruijff. Ook valt niet in te zien op welke wijze het gebruik van de naam Cruijff in het boek schade voor het merk Cruijff zou kunnen opleveren.”*, aldus de voorzieningenrechter. Gebruik van de naam voor een boek over de persoon met die betreffende naam moet dus worden gedoogd.<sup>59</sup>

### Bescherming van de persoonlijke levenssfeer en verhouding tot andere grondrechten

Het portretrecht is een persoonlijkheidsrecht en onderdeel van het recht op privacy.<sup>60</sup> In zijn arrest van 7 februari 2012 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geoor-

56 Rechtbank Amsterdam 16 oktober 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AK4827, BIE 2003/29, IER 2003/18 (*Verstappen/Albion*). Voor een succesvolle inzet van een portretmerk buiten de sportwereld, zie: Rb. Den Haag (vzr.) 26 mei 2004, *BMM Bulletin* 2004/3, p. 172 (verkort) (*Eminem*). Rapper Marshall Bruce Mathers alias Eminem riep met succes zijn portrecht in tegen het onrechtmatig gebruik ervan op een cd-hoes. Daarnaast kon hij ook een beroep doen op zijn (Unie) merkrechten, aangezien de inbreukmakende partij het teken Eminem (met gespiegelde tweede 'E') op de cd-hoes had gebruikt.

57 *En vice versa* is niet altijd een merkregistratie nodig om gebruik van een naam in commerciële uitingen tegen te gaan, nu dat ook onrechtmatig kan worden geoordeeld, vgl. bijvoorbeeld: Pres.

Rechtbank 's-Hertogenbosch 18 november 1997, *Mediaforum* 1998/3 (*Bovelanders/Dénoir Sportsfashion*) waarin gebruik door Cruijff Sports van de naam Floris Johan Cruyff (refererend aan oud-hockey international Floris Jan Bovelanders) voor hockeyschoenen werd verboden.

58 Brussel 12 november 2013, m.nt. D.Voorhoof, 'Het portretrecht van de Rode Duivels, de Belgische Voetbalbond en het recht op informatievrijheid', AM 2014, afl. 3-4, 265-271.

59 In vergelijkbare zin in de bodemprocedure *Cruijff/Tirion*: Hof Amsterdam 3 januari 2012, LJN BU9938, r.ov. 3.7., AMI 2012, p. 42-43, m.nt. J.C.S. Pinckaers (*Cruijff/Tirion*).

60 Gent 13 mei 2013, IRDI 2013, 275.

deeld dat het begrip ‘privéleven’ elementen omvat die betrekking hebben op de identiteit van een persoon, zoals de naam, de afbeelding, de fysieke en morele integriteit, et cetera.<sup>61</sup> Het beeld van een persoon is één van de belangrijkste kenmerken van zijn of haar persoonlijkheid. Het drukt zijn of haar eigenheid, originaliteit, uit, waardoor die persoon zich kan onderscheiden van anderen.<sup>62</sup> Het recht op bescherming van iemands afbeelding is derhalve één van de essentiële bestanddelen van diens persoonlijke ontwikkeling.<sup>63</sup>

Als onderdeel van het privéleven geniet de afbeelding eveneens de bescherming geboden door internationale verdragen, onder meer artikel 8 EVRM en de Belgische en Nederlandse Grondwetten. De AVG is een uitvloeisel van de EU-regelgeving terzake.

We gaan hierna in op de AVG en vervolgens op de wisselwerking met andere grondrechten en koppelen alzo aan bij de Nederlandse belangenafweging inzake het ‘auteursrechtelijke portretrecht’ (zoals hiervoor beschreven).

### Portret is een persoonsgegeven

Het hoeft geen betoog dat de afbeelding van een topsporter als een persoonsgegeven in de zin van artikel 4 AVG kwalificeert. Alle informatie met betrekking tot een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, zoals zijn of haar fysieke, fysiologische of psychologische identiteit valt eronder.<sup>64</sup> Overigens verwijst de definitie van biometrische gegevens in artikel 4.14 AVG uitdrukkelijk naar gezichtsafbeeldingen.

Wanneer foto’s van afbeeldingen van een topsporter worden genomen, eventueel bewerkt en nadien worden gereproduceerd of gepubliceerd, dan is er onmiskenbaar sprake van een verwerking in de zin van artikel 4 AVG. Aldus is de AVG van toepassing.

### Toestemming, uitvoering van overeenkomst of ander gerechtvaardigd belang

De verwerking van persoonsgegevens moet op een rechtmatige grondslag berusten. Een geldige toestemming van de betrokken topsporter of de verwerking die noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst (zoals hierna verder besproken in het kader van de commerciële exploitatieovereenkomsten inzake *imagerechten*) vormen overeenkomstig artikel 6.1.a en b AVG voldoende rechtsgrond.

Maar veelal worden persoonsgegevens van topsporters verwerkt zonder dat sprake is van toestemming of van een overeenkomst. Te denken valt aan de al genoemde perspublicaties. Daartoe kan ons inziens

aansluiting worden gezocht bij artikel 6.1.f AVG dat bepaalt dat de verwerking rechtmatig is wanneer ze noodzakelijk is “voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is”.

Van een gerechtvaardigd belang kan sprake zijn wanneer men een beroep wil doen op een (ander) conflicterend grondrecht, zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van informatie (onder andere van belang voor media en in het kader van de artistieke vrijheid) of wanneer men persoonsgegevens wil verwerken voor historische, wetenschappelijke, statistische of onderzoeksdoeleinden.<sup>65</sup> Het belang mag niet strijden met de wet, en moet voldoende duidelijk, werkelijk en aanwezig zijn.<sup>66</sup> Artikel 85.1 AVG verplicht de EU-lidstaten overigens zelfs om de regelgeving inzake persoonsgegevensbescherming in overeenstemming te brengen met de vrijheid van meningsuiting en van informatie, daaronder begrepen de verwerking voor journalistieke doeleinden en ten behoeve van academische, artistieke of literaire uitdrukkingvormen.<sup>67</sup>

### Belangenafweging

Er zal dus een belangenafweging moeten plaatsvinden tussen het ingeroepen gerechtvaardigd belang van de uitgever/gebruiker van een portret enerzijds en de belangen van de geportretteerde, de betrokkene, anderzijds.<sup>68</sup> Een van de belangen van de betrokkene is zijn of haar reputatie.<sup>69</sup> Dit kan zeker voor topsporters een cruciaal belang zijn.

De AVG ligt op dit punt – logischerwijs – in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie EU en het EHRM. In voornoemd arrest van 7 februari 2012 oordeelde het EHRM dat bij het oplegging van beperkingen aan de expressievrijheid rekening moet worden gehouden met de volgende criteria: (i) betreft het een artikel van maatschappelijk belang; (ii) heeft het artikel betrekking op een publiek persoon; (iii) hoe is de informatie verkregen<sup>70</sup> en (iv) is de verkregen informatie betrouwbaar.<sup>71</sup>

Bij arrest van 27 juni 2017 oordeelde het EHRM dat er weinig ruimte is voor beperkingen aan de expressievrijheid in het kader van een politieke aangelegenheid of een aangelegenheid van maatschappelijk belang. De situatie is totaal anders voor persartikelen die uitsluitend tot doel hebben de nieuwsgierigheid van een bepaald lezerspubliek te

61 EHRM 7 februari 2012, 40660/08, rnr: 95, www.echr.coe.int.

62 Brussel 5 september 2014, AM 2015, 264, onder verwijzing naar EHRM 7 februari 2012.

63 Rb. Brussel 11 mei 2012, AM 2014, 105, onder verwijzing naar EHRM 7 februari 2012.

64 M. Caproni en S. De Smedt, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2018, p. 17.

65 M. Caproni en S. De Smedt 2018, p. 35.

66 M. Caproni en S. De Smedt 2018, p. 36.

67 FRA, *Handboek on European data protection law*, Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2018, p. 54.

De Belgische wetgever heeft die verplichting vertaald in o.m. artikel 24 van de Wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

68 D.Voorhoof, in: *Hommage aan Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht* 2017, p. 122.

69 M. Caproni en S. De Smedt 2018, p. 37.

70 Rb. Brussel 19 mei 2000, AM 2000, 338.

71 EHRM 7 februari 2012, nr. 39.954/08, rnr: 82, www.echr.coe.int.

behagen door te publiceren over de privédetails van een persoon.<sup>72</sup>

Bij de belangenafweging is, zoals beschreven en ook hierna blijkt, relevant dat topsporters kwalificeren als publieke personen.<sup>73</sup> Een publieke persoon kan worden gedefinieerd als een persoon die een openbaar ambt uitoefent en/of publieke middelen gebruikt en, meer algemeen, iedereen die een rol speelt in het openbare leven, zoals in de politiek, de economie, de kunsten, de sociale sfeer, de sport of in enig ander domein.<sup>74</sup>

### Impliciete toestemming voldoende?

Ook de nationale rechtspraak maakte reeds die evenwichtsoefening in het kader van de belangenafweging. Daarbij werden de criteria zoals aangereikt door de hoogste Europese rechtscollages gevolgd.<sup>75</sup> *Het gebruik van foto's van een privépersoon kan niet geschieden zonder diens uitdrukkelijke en gespecificeerde toestemming.*<sup>76</sup> De vraag of ook impliciet, stilzwijgend toestemming kan worden verleend, wordt niet altijd in dezelfde zin beantwoord.<sup>77</sup> Een en ander hangt doorgaans af van de concrete omstandigheden. Het gaat dan bijvoorbeeld om de afwezigheid van een eerder voorbehoud of protest door de titularis van het persoonlijkheidsrecht tegen een bepaald gebruik, ofschoon hij op de hoogte was van dit gebruik; om de toon van eerdere communicaties tussen de titularis en de gebruiker<sup>78</sup>; of om de context van al dan niet eerder gebruik. Zo oordeelde de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel dat er sprake is van stilzwijgende toestemming door het gebruik van de foto's voor zover de foto's in een gelijkaardige context gepubliceerd worden.<sup>79</sup>

Interessant in dit kader is een vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel over voormalig Nederlands voetballer en voetbaltrainer Reijers en zijn legendarische penaltyuitspraak in een interview onmiddellijk na een match in het voetbalseizoen 1983-84: "*Wat pinanti? Hoe pinanti? Waar pinanti? Pinanti is pinanti!*"<sup>80</sup>. Daar Reijers de VRT had bedankt voor het gebruik van zijn afbeelding op tv, op de website en op T-shirts met daarbij de uitspraak "*pinanti is pinanti*", werd hij geacht daar-

mee te hebben ingestemd, en kon hij daarop later niet meer terugkomen.

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van impliciete toestemming wordt ook rekening gehouden met de hoedanigheid van de persoon aan wie men de toestemming toeschrijft: publieke personen en, in zekere mate ook, professionele fotomodellen worden nogal eens geacht hun impliciete toestemming te hebben gegeven met bepaalde verwerkingen van hun portret.<sup>81</sup> Dit standpunt wordt niet door iedereen onderschreven. Een andere strekking meent dat de beperkingen op het recht op afbeelding van een publiek persoon voortvloeien uit het conflict tussen het recht op afbeelding van de publieke persoon enerzijds en het recht op informatie in hoofde van het publiek en de vrije meningsuiting anderzijds, en het feit dat beide belangen tegenover elkaar moeten worden afgewogen. Een beroep op de stilzwijgende toestemming zou ertoe kunnen leiden dat uitdrukkelijk verzet vanwege de titularis van het recht op afbeelding de vermoede toestemming kan weerleggen, waardoor de vrije meningsuiting zou kunnen worden ingeperkt.<sup>82</sup>

### Voorwaarden voor gebruik

Het gebruik van de afbeelding van een publiek persoon is sowieso niet onbegrensd en slechts toelaatbaar onder de volgende voorwaarden: (i) de afbeelding mag enkel gebruikt worden voor informatieve doeleinden, en (ii) het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de afgebeelde persoon mag niet geschonden worden.<sup>83</sup> Ook de aantasting van de eerbaarheid kan een rol spelen.<sup>84</sup> Een professionele uitgever moet hoe dan ook zorgvuldig tewerk gaan: hij kent beter dan wie dan ook het recht op afbeelding en kent de impact van een uitgebreide publicatie op iemands persoonlijkheid.<sup>85</sup>

En daarmee maakt de Belgische rechtspraak een gelijkaardige analyse als de Nederlandse in verband met het redelijk belang in de zin van artikel 21 van de Auteurswet (zoals hoger besproken).

Het gebruik voor informatieve doeleinden, sluit gebruik voor *politieke of (puur) commerciële doeleinden* uit. Hierbij is echter niet vereist dat de afbeelding strekt tot illustratie van actuele berichtgeving; zolang vaststaat dat de afbeelding voor

72 EHRM 27 juni 2017, nr. 931/13, rnr. 170, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int): "In order to ascertain whether a publication concerning an individual's private life is not intended purely to satisfy the curiosity of a certain readership, but also relates to a subject of general importance, it is necessary to assess the publication as a whole and have regard to the context in which it appears".

73 EHRM 16 januari 2014, nr. 13.258/09, rnr. 36, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int): "The definition of what constitutes a subject of general interest will depend on the circumstances of the case. The Court nevertheless considers it useful to point out that it has recognised the existence of such an interest not only where the publication concerned political issues or crimes, but also where it concerned sporting issues or performing artists."

74 Rb. Brussel 18 november 2010, AM 2010, 96.

75 Zie bijvoorbeeld Rb. Brussel 11 mei 2012, AM 2014, 105 en Brussel 5 september 2014, AM 2015, 264, beide onder verwijzing naar EHRM 7 februari 2012.

76 Zie ook hoger inzake artikel 21 Nederlandse Auteurswet en artikel XI.174 WER (België).

77 Rb. Brussel 28 september 2010, AM 2011, 334.

78 Rb. Brussel 30 september 2010, AM 2011, 336.

79 Vz. Rb. Brussel 22 oktober 2009, AM 2010, 301.

80 Rb. Brussel 30 september 2010, AM 2011, 336.

81 Zie bijvoorbeeld: Rb. Brugge 25 maart 2014, A.R. 13/1644/A, *onuitg.*: "(...) in zoverre men zou kunnen gewagen van vermoeden dat de toelating tot het nemen van een foto een vermoeden van toelating tot publicatie ervan inhoudt zoals een minderheid van de rechtspraak die deze rechtbank niet kan bijtreden lijkt te aanvaarden (...) geldt daarvoor hoe dan ook dat het moet gaan om personen voor wie het modellenwerk een professionele activiteit is waaruit zij een beroepsinkomen verwerven én dat werd geposeerd tijdens de uitoefening van zijn of haar professionele activiteiten", onder verwijzing naar L. Dierickx, 2005, nrs. 256-257.

82 Rb. Brussel 18 november 2010, AM 2010, 96, onder verwijzing naar o.m. Antwerpen 8 februari 1999, AM 1999, 241 en L. Dierickx, 2005, nr. 169.

83 Rb. Brussel 18 november 2010, AM 2010, 96.

84 Rb. Brussel 11 januari 2011, AM 2013, onder verwijzing naar S. Hoebeke en B. Mouffe, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 2005, nrs. 933 t/m 936.

85 Rb. Antwerpen 12 juni 2008, AM 2008, 321 en RABG 2008, 1267, m.nt. F. Petillon.

informatieve doeleinden gebruikt wordt, is er geen inbreuk, bijvoorbeeld: het gebruik van een afbeelding in het kader van historische overzichten.<sup>86</sup> Aldus is de publicatie van portretten in dag- en weekbladen, tijdschriften, et cetera in beginsel geen vorm van commerciële exploitatie waartegen de geportretteerde zich kan verzetten. Anderzijds is de grens tussen actuele berichtgeving aan de ene kant en commerciële overwegingen aan de andere kant niet altijd even duidelijk, zeker nu tijdschriften en kranten uiteraard ook een commercieel oogmerk nastreven.<sup>87</sup> De reeds aangehaalde Gentse rechtspraak inzake Kim Clijsters is hiervan een mooie illustratie<sup>88</sup>, net als de uitspraken inzake Cruijff en Max Verstappen.<sup>89</sup>

De tweede voorwaarde moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden. Indien de afbeeldingen voortkomen uit een publiek optreden dan is er geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer voorhanden.<sup>90</sup>

Te denken valt aan een politicus in het kader van een politiek debat of de uitoefening van een politieke functie (bijvoorbeeld tijdens een gemeenteraad), aan een kunstenaar in het kader van een tentoonstelling van zijn werk, aan een topsporter in het kader van een sportwedstrijd. Zo oordeelde de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel dat de reproductie van een audiovisuele opname van een televisie-interview van een trainer aan een sportjournalist onmiddellijk na een wedstrijd, kaderde in het publiek leven van de trainer, en derhalve geen inbreuk op zijn privéleven opleverde.<sup>91</sup> Anders is het voor afbeeldingen van de betreffende publieke persoon in zijn privéwoning, in familiale context, et cetera: het maken en verspreiden van dergelijke afbeeldingen zonder toestemming van de betrokkene kunnen wel een inbreuk op diens persoonlijkheidsrecht opleveren.<sup>92</sup> Nochtans zal het recht van het publiek om te worden geïnformeerd zich onder omstandigheden ook uitstrekken tot aspecten van hun privéleven, met name wanneer dit bijdraagt tot het publiek debat in een democratische samenleving. Dit is niet het geval waar de betreffende foto's uitsluitend betrekking hebben op details van het privéleven van de betreffende persoon met de enkele bedoeling om de publieke nieuwsgierigheid dienangaande te bevredigen<sup>93</sup> (geheel in lijn met de rechtspraak van het EHRM – zie hoger).

In het licht van wat voorafgaat, is het een gebezigde praktijk dat topsporters bij belangrijke gebeurtenissen in hun privéleven, zoals een geboorte of een huwelijk, eigen foto's ter beschikking stellen aan de pers, in ruil waarvoor de pers hen voor het overige 'met rust laat'.

Het gebruik van sociale mediaprofielen, waarop doelbewust bepaalde foto's worden gepost, vergemakkelijkt deze praktijk. Op deze manier kan het bevredigen van de publieke nieuwsgierigheid worden verzoend met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken persoon. Gespecialiseerde agentschappen beheren doorgaans de sociale mediaprofielen van deze personen. Terzake moeten dus goede afspraken worden gemaakt.

## Portretrecht en contractuele afspraken

Persoonlijkheidsrechten zijn volgens de klassieke theorie principieel extrapatrimoniaal.<sup>94</sup> Dit heeft de praktijk er echter niet van weerhouden bepaalde onderdelen ervan, zoals het portretrecht, te commercialiseren. Zo zijn onder meer overdrachtsovereenkomsten (bijvoorbeeld licentieovereenkomsten) met betrekking tot portretrechten courant in de sportsector.<sup>95</sup>

Een in de sportwereld vaak gehanteerd contracttype, is de sponsoringovereenkomst.<sup>96</sup> Vynckier definieert sponsoring als een zelfstandige marketingtechniek waarmee een onderneming (of een andere instelling) een promotionele associatie wil opwekken met een sponsoringobject dat aan een ander toebehoort. De sponsor verstrekt geld, goederen of diensten aan de gesponsorde (een juridisch onafhankelijke en dus niet in ondergeschikt verband optredende contractant<sup>97</sup>) in ruil voor een of meer op het sponsoringobject betrekking hebbende associatiemiddelen. Het klassieke voorbeeld is dat van bekende topsporters die lucratieve sponsoringdeals sluiten met bekende kleding- of accessoiremerken.

Naast sponsoringovereenkomsten zijn ook andere types van overeenkomsten courant. Zo zijn er beheersovereenkomsten met betrekking tot portretrechten: overeenkomsten waarbij bijvoorbeeld een topsporter het commerciële beheer van zijn of haar imagerichten toevertrouwt aan een onderneming die al dan niet in eigen naam en/of voor eigen rekening commerciële overeenkomsten met derden

86 Rb. Brussel 18 november 2010, AM 2010, 96, met verwijzing naar P. Van den Bulck, 'Le droit à l'image des personnes publiques: information of exploitation commerciale', *J.T.* 2007, 142-143.

87 Zie hierover uitgebreid B. Pinckaers, *BMM Bulletin* 2006/2, p. 72; en D. Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 149-150.

88 J. Deene, 'Hof van beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug', *De Juristenkrant*, 2008, 1, onder verwijzing naar Gent 21 februari 2008, *TGR-TWVR* 2008, AM 2008, 318, noot. Zie hierover uitgebreid: D. Voorhoof, in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 149-150.

89 Hoge Raad 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA278, *IER* 2013/60, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Cruijff/Tirion*); Gerechtshof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3614, *IEF* 18876 (*Mavic/Karakter*).

90 O.a. Rb. Brussel 18 november 2010, AM 2010, 96.

91 Rb. Brussel 30 september 2010, AM 2011, 336.

92 Rb. Brussel 26 september 2013, *RABG* 2013, 1413, noot F. Petillon. Zie ook bijvoorbeeld: Rechtbank Amsterdam 6 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8990, *IEF* 17341, *IER* 2018/13 m.nt. V.

Rörsch (*Mavic/Karakter*) en Gerechtshof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3614, *IEF* 18876 (*Mavic/Karakter*).

93 Rb. Brussel 11 mei 2012, AM 2014, 105.

94 K. Wille, 'Elvis Presley: dead or alive', in: *Commercieel portretrecht* 2009, p. 381.

95 Alle overeenkomsten die zien op portretrechten vormen *ipso facto* een verwerking van persoonsgegevens, zodat ze onder het toepassingsgebied van de AVG vallen. Zo moet onder meer worden bekeken wie als verwerker en verantwoordelijke dient te worden beschouwd en moet worden voorzien in een goede contractuele regeling in verband met doorgiften van persoonsgegevens buiten de EER, overeenkomstig de artikelen 44 e.v. AVG.

96 Als onbenoemde overeenkomst is het een bij uitstek gemengde overeenkomst, zie: W. Swinnen, 'De kwalificatie als sponsoringovereenkomst' (noot onder Luik 6 juni 2011), *DAOR* 2012, 41, p. 43-48.

97 J. Vynckier, 'Sponsoringcontracten (en ambush marketing) – een juridisch perspectief', *R.W.* 2018-19, 964. Zie ook: W. Swinnen, 2012, p. 41.

afsluit in verband met deze rechten, waarna overeenkomstig de gemaakte afspraken wordt afgerekend, bijvoorbeeld doordat de beheerder een beheersvergoeding ontvangt en de topsporter het saldo van de opbrengsten. Deze portretvergoedingen vormen niet zelden een belangrijke aanvulling op de vergoedingen uit de eigenlijke sportprestaties van topsporters. Verschillende topsporters sluiten (ook) overeenkomsten af met betrekking tot het beheer van hun sociale en digitale media. Als op het Instagramprofiel van een profvoetballer onmiddellijk na een wedstrijd foto's van zijn of haar prestaties tijdens de wedstrijd verschijnen, is het doorgaans niet de profvoetballer zelf die ze daar plaatst; het zijn integendeel gespecialiseerde agentschappen die binnen bepaalde krijtlijnen (zie verder) posts op sociale media plaatsen, en tegelijk trachten lucratieve marketingdeals binnen te halen.

We bespreken hierna, zonder exhaustief te willen zijn, enkele belangrijke onderdelen van dergelijke overeenkomsten.

### De identiteit van partijen

Overeenkomsten met betrekking tot portretrechten worden intuïtu personae afgesloten. Bij een sponsoringovereenkomst is een onderneming slechts bereid een specifiek individu te sponsoren.<sup>98</sup> De wederkerige associatie is hier essentieel<sup>99</sup>: de onderneming wil via associatie met een specifieke sporter haar eigen naamsbekendheid vergroten. Maar ook omgekeerd is de identiteit van de sponsor voor de gesponsorde sporter van groot belang: hij of zij wil enkel geassocieerd worden met een sponsor die geen negatieve neveneffecten voor zijn/haar eigen naam heeft.<sup>100</sup> Hetzelfde geldt voor beheersovereenkomsten. Een topsporter vertrouwt het beheer van zijn of haar portretrechten toe aan één bepaalde onderneming, omdat hij of zij in diens specifieke organisatie een bepaald vertrouwen stelt, en de betreffende beheersonderneming wil maar één bepaalde sporter in portefeuille hebben, omdat zij van oordeel is dat zij met zijn of haar portretrechten lucratieve marketingovereenkomsten kan afsluiten.

Het *intuitu personae*-karakter van deze overeenkomsten vertaalt zich in overdrachtsverboden en in ontbindende voorwaarden en schadeclausules voor het geval de organisatie binnen de wederpartij substantieel wijzigt of indien een partij schadelijk handelt. Zo bevatten de sponsoringovereenkomsten van grote kledingmerken clausules die de gesponsorde atleet sanctioneren, via een forfaitaire schadevergoeding of een uitdrukkelijk ontbindend beding, als hij of zij zich afkeurenswaardig gedraagt, zoals bij het nemen van doping, roken, het doen van dis-

criminerende uitlatingen, et cetera. Hetzelfde geldt als de atleet zich zou laten associëren met een concurrent van de sponsor (zoals hierna besproken).<sup>101</sup>

Omgekeerd is doorgaans ook voorzien in bonusmechanismen als de atleet bepaalde prestaties neerzet. Zo voorzien de sponsoringovereenkomsten vaak in hogere vergoedingen (onder verschillende vormen) als de speler (al dan niet als clublid) een bepaalde rangschikking behaalt of bepaalde wedstrijden wint. Een artikel in het Nieuwsblad van 2 januari 2020 vormt een mooie illustratie: VOLVO-garage Sterckx – De Smet uit Halle sponsort sedert november 2018 de Belgische wielrenner Remco Evenepoel met een VOLVO XC40. Aangezien Van Evenepoel sedertdien verschillende wedstrijden heeft gewonnen, mag hij sinds 2 januari 2020 gebruik maken van de duurdere VOLVO XC60.<sup>102</sup> VOLVO wil haar naam linken met de prachtige prestaties en dus met het imago van de wielrenner. Dat Evenepoel na zijn topprestaties een nieuwe wagen in ontvangst mag nemen, is dus mogelijk al twee jaar geleden contractueel vastgelegd.

Wanneer een sportclub of een beheersvennootschap met de beeltenissen van haar clubspelers of beheersleden commerciële overeenkomsten wil afsluiten teneinde daaruit inkomsten te verkrijgen (bijvoorbeeld een nationale sportvereniging die in het kader van een bepaald toernooi een lucratieve deal wil afsluiten met een drankenleverancier in ruil waarvoor die leverancier het recht krijgt om de spelers, al dan niet individueel, op zijn drankenflesjes af te beelden), dan moet die sportclub of beheersvennootschap kunnen garanderen dat zij effectief het recht heeft om te contracteren met betrekking tot de imagerrechten van de clubspelers of beheersleden. Dat blijkt niet zelden een delicate aangelegenheid (zie ook hierna).

### Het voorwerp van de overeenkomst

Het is van belang precies te beschrijven welke onderdelen van de persoonlijkheid van de topsporter het voorwerp van de commerciële overeenkomst vormen: enkel de beeltenis of ook andere onderscheidings-elementen? Doorgaans wenst de club waaraan de topsporter verbonden is een uitgebreide (niet-limitatieve) definitie. Een uitgebreid (praktijk) voorbeeld<sup>103</sup>:

*“Portretrecht van de Speler: elk recht m.b.t. de ontwikkeling en/of het gebruik, ongeacht de aard ervan (bijvoorbeeld reproductie, mededeling), van de persoonlijkheidskenmerken van de Speler, met inbegrip van maar niet beperkt tot, de naam, bijnaam, initialen, shirt nummer, handtekening,*

98 Of indien geen individu, een specifieke club of instelling. Supermarktketen Jumbo sponsort bijvoorbeeld exclusief Max Verstappen.

99 Omtrent de associatieverbintenis: Baker McKenzie, 'Sponsoringcontacten do's and don't's', *Studiedag sponsoringcontracten 15 oktober 2019*, Antwerpen, Intersentia.

100 M. Swinnen, 2012, p. 42.

101 Inzake sponsoring: Baker McKenzie, 2019.

102 W. Bourlez, 'Nieuwe luxewagen voor Remco Evenepoel', *Het Nieuwsblad*, 2 januari 2020, [www.nieuwsblad.be](http://www.nieuwsblad.be).

103 Een korte definitie uit een overeenkomst tot beheer van persoonlijkheidsrechten van een topsporter via sociale media: "Image" "Means in respect of the Athlete, his image, which shall include his name, likeness, personality or other personal indicia, such as physical or style characteristics, signatures, nicknames, logos or slogans associated with him."

*afbeelding, stem en standpunten van de Speler, ongeacht de vorm ervan (bijvoorbeeld fotografie, video, film, geluidsopname, print, schildering), zowel in identieke weergave als er redelijkerwijze op gelijkend.”*

In de mate dat er sprake is van intellectuele eigendomsrechten op het portret (zoals auteursrecht op een foto of merkrecht op een portret), sluipt men deze intellectuele eigendomsrechten in de praktijk veelal mee in de contractuele definitie (al dan niet juridisch terecht).

### Afbakening van de rechten van partijen

Hoger werd toegelicht dat andermans portretrechten slechts commercieel mogen worden geëxploiteerd mits ontvangst van uitdrukkelijke toestemming daartoe (en/of – in bepaalde gevallen in Nederland – indien een redelijke vergoeding wordt betaald/aangeboden). Die wordt bovendien restrictief geïnterpreteerd. Er moet worden afgesproken:

- welke onderdelen van de portretrechten mogen worden gebruikt;
- waarvoor de portretrechten mogen worden gebruikt. Dit hangt af van de aard en de doelstelling van de overeenkomst.
  - In een licentieovereenkomst tussen een profvoetballer en zijn club worden bijvoorbeeld afspraken gemaakt over het gebruik van de portretrechten op officiële clubproducten; op (pers)verslagen van officiële clubevenementen; in reclame van de club of door sponsors van de club; in magazines, boeken en documentaires van de club; et cetera.
  - In een licentieovereenkomst tussen een agentschap en een topsporter over het beheer van zijn of haar (sociale) media zullen bijvoorbeeld afspraken worden gemaakt over de verschillende platformen waarop posts met de portretrechten kunnen worden geplaatst; over de uitgevers waarmee kan worden gewerkt; et cetera. Daarbij kan men de toestemming ook laten variëren aan de hand van de gevoeligheid van de post. Zo voorziet men soms dat foto's van hoogtepunten tijdens een wedstrijd kunnen worden gepost indien de speler niet binnen een bepaald tijdsframe tegen de ontwerpportretsteert, terwijl posts omtrent belangrijke familiale (zoals een huwelijk) of professionele (zoals een clubtransfer) gebeurtenissen de uitdrukkelijke voorafgaande goedkeuring van de speler behoeven (bij bijvoorbeeld een clubtransfer niet in het minst omdat de speler de voorafgaande goedkeuring van de betrokken clubs behoeft vooraleer dit wereldkundig te maken).
- welke gebruiksvormen van de *imagerechten* zijn toegestaan: van gebruiksvoorwerpen, digitale

en/of gedrukte media, tot voedingsproducten, et cetera. Afhankelijk van het profiel en de reputatie van de topsporter enerzijds en de contractpartij anderzijds, worden bindende afspraken gemaakt omtrent de uitstraling van de producten waarop de afbeelding van de topsporter prijkt.<sup>104</sup> Niet in het minst omdat de consequente link tussen een bepaalde topsporter en bepaalde prestigieuze producten, vaak dé methode is om die topsporter zelf te laten uitgroeien tot een eigen merk, om van daaruit vervolgens inkomsten te genereren voor na het einde van de sportcarrière. Zo heeft F1-coureur Louis Hamilton na tal van uiterst lucratieve deals met andere merken zijn eigen merk gelanceerd;

- waar de portretrechten mogen worden gebruikt.<sup>105</sup> Het kan gaan om een geografische afbakening, waarbij een begrenzing offline eventueel wordt doorgetrokken online. Maar ook specifiek de exacte plaatsing van de afbeelding op een event, al dan niet prominenter dan de afbeeldingen van andere atleten<sup>106</sup>;
- hoe lang de contractpartner de portretrechten mag gebruiken. Dit lijkt evident, maar voor bepaalde sporten gelden vanuit de federaties verbodsperiodes voor de exploitatie van *imagerechten* (bijvoorbeeld onder voorwaarden in de aanloop naar en tijdens het WK). Ten aanzien van de duurtijd is het van belang te voorzien in een goede postcontractuele regeling, bijvoorbeeld wat het lot betreft van overkochte producten met daarop de afbeelding van de topsporter, de eventuele vergoeding voor postcontractueel gebruik, et cetera;
- wat de verhouding met de afbeeldingen van andere atleten is.<sup>107</sup> Er wordt doorgaans precies geregeld of in een eventuele marketingcampagne met topsporters één of meerdere spelers per foto, per product of per promotiefilm worden afgebeeld. Gaat het om een rechtstreekse marketingovereenkomst tussen één speler en één merk, dan zal enkel die speler in beeld (mogen) worden gebracht. Maar omgekeerd wordt in een overeenkomst tussen een club of een federatie enerzijds en haar commerciële partner anderzijds over het gebruik van de *imagerechten* van de aan de club of federatie verbonden spelers veelal voorzien dat minstens drie spelers tegelijk in beeld moeten komen; dit laatste gebeurt mede om niet in het vaarwater te komen van de individuele marketingovereenkomsten die de spelers met hun eigen commerciële partners afsluiten (zie volgend punt);
- wat de verhouding is met andere overeenkomsten waarbij de contractanten partij zijn. De praktijkjurist die een topsporter of een ander publiek persoon begeleidt in contractonderhandelingen over de exploitatie van *imagerechten*, moet een helder overzicht hebben van alle licentieovereenkomsten die het betreffende individu heeft afgesloten.

104 Omtrent de *imagoplicht* bij sponsoringcontracten: Baker McKenzie, 2019.

105 Bij sponsoringcontracten: Baker McKenzie, 2019.

106 Bij sponsoringcontracten: Baker McKenzie, 2019.

107 Bij sponsoringcontracten: Baker McKenzie, 2019.

- Vooreerst: een merk dat in zee gaat met een bepaalde topsporter zal de topsporter contractueel verbieden om tegelijk ambassadeur te zijn voor een concurrerend merk.
- Daarnaast mag ook de *onrechtstreekse verhouding* niet uit het oog worden verloren. Clubs en federaties hebben doorgaans hun eigen sponsors. Zij leggen in de praktijk geregeld het verbod op aan hun spelers om in hun individuele rechtstreekse licentieovereenkomsten te contracteren met merken die concurreren met de sponsormerken van de club *c.q.* federatie.<sup>108</sup>

### De financiële afspraken tussen partijen

Uiteraard zijn heldere financiële afspraken van (groot) belang. Naar vorm zijn verschillende formules mogelijk<sup>109</sup>: al dan niet eenmalige vaste vergoedingen, variabele vergoedingen (indien bijvoorbeeld afhankelijk van de sportprestaties van de atleet of de verkoopresultaten van de marketing-campagne), of combinaties van beide. Het gebruik van de portretrechten na de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst kan ook aanleiding geven tot een beperkte vergoeding, bijvoorbeeld het gebruik van de imagerechten in memorabilia over de geschiedenis van de club.

Zeker wanneer voor een variabele vergoeding wordt gekozen, doet de praktijkjurist er goed aan te voorzien in transparantie- en controlebepalingen. De commerciële partner van de atleet moet op geregelde tijdstippen verantwoording afleggen over de berekeningsbasis van zijn vergoeding en de atleet moet een stok achter de deur hebben om de gepresenteerde cijfers te (laten) controleren, al dan niet door een onafhankelijke derde (bijvoorbeeld bedrijfsrevisor) en rekening houdend met het commercieel gevoelige karakter van de informatie (bijvoorbeeld gekoppeld aan geheimhoudingsverplichtingen en/of controles door professionelen gebonden door een wettelijk beroepsgeheim).

### Reputatie- en kwaliteitsbewaking en -handhaving

Hier boven werd reeds aangehaald dat het bewaken van de reputatie van partijen een essentiële verbin-  
tenis is in contracten met betrekking tot imagerechten.

Vooreerst vertaalt zich dat in sluitende sanctie-  
ringsmechanismen. Naast duidelijkheid omtrent  
onaanvaardbare gedragingen, moet aandacht  
worden besteed aan afdwingbare schadebedingen.  
Reputatieschade is bovendien niet makkelijk 'meet-  
baar' of 'bewijsbaar'. Naar Belgisch en Nederlands  
recht is het begrip 'indirecte schade' wettelijk niet  
gedefinieerd, zodat partijen moeten voorzien in een

goede omschrijving ervan die eveneens reputatie-  
schade behelst en koppelt aan een passende forfaitaire  
schadevergoeding, onverminderd het recht op  
aanvullende schadevergoeding indien de werkelijke  
schade het forfait overschrijdt.

In de tweede plaats vertaalt zich dat in kwaliteits-  
controle van de producten die worden voorzien van  
de portretrechten van de speler. Mede in het licht  
van de wetgeving inzake productaansprakelijkheid  
moeten goede afspraken worden gemaakt. Immers,  
als 'producent' (met bijbehorende aansprakelijk-  
heden) wordt onder meer gezien degene die zich als  
zodanig presenteert door zijn naam, merk of een  
ander onderscheidingssteken op het product aan te  
brengen.<sup>110</sup> Ook de markt- en prijsvoorwaarden  
waaronder de producten voorzien van de afbeel-  
ding van de topsporter worden verkocht, zijn rele-  
vant: indien men de reputatie hoog wil houden,  
moeten verkopen in bulk en aan discounters maxi-  
maal worden vermeden.

### AVG

Tot slot mag men de krachtens de artikelen 26 en  
28 AVG verplicht gestelde afspraken tussen concu-  
rerende gegevensverwerkingsverantwoordelijken  
resp. tussen een verantwoordelijke en zijn verwer-  
ker niet uit het oog verliezen.<sup>111</sup>

### Conclusie

Het portretrecht van topsporters is een belangrijk  
*asset*. Er wordt veel geld mee verdiend. Voor top-  
sporters is het opportuun sponsoring- en beheers-  
contracten af te sluiten, teneinde er zeker van te  
zijn dat hun *imagerechten* op goede en lucratieve  
wijze gebruikt worden. Maar topsporters zijn  
publieke personen die zich niet altijd kunnen ver-  
zetten tegen gebruik door derden van hun portret,  
zeker niet waar het gaat om portretten die niet in  
privé-setting zijn gemaakt. Voor het antwoord op  
de vraag of een portret zonder toestemming  
gebruikt mag worden en zo ja, onder welke voor-  
waarden is veelal een belangenafweging nodig. Het  
portretrecht weegt immers niet automatisch zwaar-  
der dan bijvoorbeeld het recht op vrije menings-  
uiting en informatie. Zelfs als een portret op  
gemengde wijze wordt ingezet, bijvoorbeeld in een  
boek dat zowel informatief is als commercieel  
wordt geëxploiteerd, weegt het belang van de  
geportretteerde topsporter niet automatisch zwaar-  
der. In Nederland kan een aangeboden (redelijke)  
vergoeding dan een rol spelen. In een enkel geval  
kan een portretmerk worden ingezet als een portret  
zonder toestemming wordt gebruikt, maar de prak-  
tijk leert dat dat lang niet altijd succesvol is.

Populariteit van topsporters is, kortom, te verzilve-  
ren, maar niet ongelimiteerd.

108 Bij sponsoringcontracten: Baker McKenzie, 2019.

109 Bij sponsoringcontracten: Baker McKenzie, 2019.

110 Artikel 3 van de Belgische Wet Productaansprakelijkheid en voor  
Nederland: artikel 6:187 B.W.

111 Zie ook hoger voetnoot 95.