

Schadevergoeding bij schending van commercieel portretrecht: 't Schaap met 3 poten

TITIA DEURVORST*

1. INLEIDING

In een juridische procedure over de schending van portretrecht krijgen het verbod, bevel en de nevenveroordelingen veelal de meeste aandacht van de geportretteerde en rechter. De preventie van verder onrecht heeft de prioriteit. Schadevergoeding vormt veelal het sluitstuk van het geschil. Daardoor bestaat het risico dat de inhoud, omvang en gevolgen van de sanctie onderbelicht blijven en ongemerkt hiaten ontstaan in het schadevergoedingsrecht.

Dertig jaar geleden overwoog de Hoge Raad in 't Schaap-arrest dat bij de schending van portretrecht, de schadevergoeding van iemand, wiens beroep meebrengt dat hij zijn populariteit verzilvert, redelijkerwijs kon worden begroot op de vergoeding die de geportretteerde zou hebben bedongen en verkregen indien hem vooraf om toestemming was gevraagd.¹

Sindsdien is de begroting op een gederfde of gebruikelijke licentievergoeding de normale schadeberekenningsmethode, wanneer het portretrecht van een persoon is geschonden met een door hemzelf verzilverbare populariteit. Op basis van eerder door de geportretteerde overeengekomen vergoedingen leidt de rechter een vermoeden af welke vergoeding partijen zouden zijn overeengekomen indien de geportretteerde vooraf om toestemming zou zijn gevraagd. Voorwaarde is dus wel dat de geportretteerde licenties pleegt te verlenen voor vergelijkbare handelingen.² De meeste artiesten, profsporters en modellen zullen dat wel doen. Deze begrotingsmethode is dus betrekkelijk eenvoudig. In het algemeen geldt dus de regel: hoe groter de verzilverbare populariteit van een geportretteerde, des te hoger – bij schending van diens portretrecht – de schadevergoeding.

* Advocaat te Amsterdam en honorair onderzoeker Molengraaff Instituut (CIER), Universiteit Utrecht.

¹ HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 ('t Schaap met de vijf Pooten).

² Losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), art. 96 aant. 110.

Als er echter tevens sprake is van aantasting van de persoon van de geportretteerde – schending van privacy, eer of reputatie – is de rechter geneigd de vergoeding van materiële schade af te wijzen. Hij volstaat dan met de toewijzing van smartengeld, veelal hooguit enkele duizenden euro's. Hetzelfde lot is de geportretteerde beschoren die beschikt over een verzilverbare populariteit, die niet door hemzelf te gelde pleegt te worden gemaakt, zoals een lid van het koninklijk huis of een politicus.

Het komt inconsistent voor een vergoeding van materiële schade toe te wijzen voor de exploitatie van een portret waartegen de geportretteerde met een verzilverbare populariteit in principe geen bezwaar heeft, maar deze af te wijzen voor een vorm van exploitatie waarmee hij nooit zou hebben ingestemd. Bestaat de schending tevens uit de aantasting van de persoon van de geportretteerde dan lijkt er sprake te zijn van een wanverhouding tussen de rechterlijke vergoeding voor het aan de geportretteerde ontnomen verbodsrecht en het voordeel voor de dader. De toewijzing door de rechter van enkele duizenden euro's is bovendien onwenselijk uit het oogpunt van preventie wanneer sprake is van een opzettelijke of systematische schending van portretrecht.

Aan de hand van enkele rechterlijke uitspraken zal ik deze problemen schetsen en suggesties doen voor een oplossing.

2. EEN DRIETAL VONNISSEN

a. Van Basten/Dutch Filmworks

Dutch Filmworks brengt een DVD op de markt genaamd: "De mooiste doelpunten aller tijden". Op de omslag staat (oud) profvoetballer en voormalig bondscoach, Marco van Basten. Op de DVD zijn 29 doelpunten van Van Basten te bekijken. Van Basten heeft hiervoor geen toestemming verleend. De Amsterdamse rechtbank legt onder meer een verbod op van de verhandeling van de DVD en verklaart voor recht dat Dutch Filmworks Van Basten de materiële schade moet vergoeden op te maken bij staat. Volgens de rechtbank dient de geleden schade te worden begroot op een gedeelde licentievergoeding. De begroting van de schade op de door Dutch Filmworks genoten winst acht de rechtbank geen adequate maatregel nu de DVD ook aan andere voetballers is gewijd. De toedeling van de winst aan de portretten van Van Basten zal te veel complicaties veroorzaken. Van immateriële schade is volgens de rechtbank niet gebleken temeer daar Van Basten als bekend persoon enig incasseringsvermogen dient te hebben in een geval als deze. Ten slotte acht de rechtbank geen plaats voor vergoeding van volledige proceskosten ten gunste van Van Basten nu het portretrecht niet behoort tot de in art. 1019h Rv bedoelde intellectuele eigendomsrechten.³

In materieel opzicht is deze uitspraak naar mijn mening een schoolvoorbeeld van degelijke rechtspraak. In procedureel opzicht is zij niet bepaald efficiënt;

³ Rb. Amsterdam 5 december 2007, AMI 2008, 2 (Pinckaers); IER 2008, 13 (Numann).

verwijzing naar de vervolprocedure – de schadestaat – leek onnodig. Gezien zijn carrière als profvoetballer zal Van Basten ook reeds in de primaire procedure over voldoende materiaal hebben beschikt om de omvang van zijn schade aannemelijk te maken.

Het begrip 'schade' valt onder te verdelen in vermogensschade en niet-vermogensschade (art. 6:95 BW). Vermogensschade bestaat uit geleden verlies (meestal: kosten) of gedeelde winst (art. 6:96 lid 1 BW) of een toekomstige variant daarvan (art. 6:105 BW). Niet-vermogensschade bestaat uit leed, gedeelde levensvreugde of een toekomstige variant daarvan.

De omvang van de schade bestaat uit het verschil tussen de toestand van de benadeelde na de schending van het portretrecht en die welke zou hebben bestaan indien de schending nooit zou hebben plaatsgevonden.⁴

Bij de begroting van de schade is het de rechter ingevolge art. 6:97 BW toegestaan ter verlichting van de bewijsvoering te abstraheren van de feiten om tot een redelijke schadebegroting te komen. In feite zal bijna altijd een zekere abstrahering plaatsvinden omdat niemand met zekerheid kan zeggen wat in een hypothetisch geval zou zijn gebeurd. Gezien het woordgebruik van art. 6:97 BW ligt de grens van de abstrahering daar waar niet meer gesproken kan worden van het begroten van schade.

De rechter neemt aan dat Van Basten Dutch Filmworks een licentie zou hebben verleend indien hem vooraf om toestemming was gevraagd. De hypothetisch met Dutch Filmworks overeengekomen licentievergoeding wordt dus als de door Van Basten geleden schade beschouwd. Van Basten was ten tijde van de procedure bondscoach en zou, indien hem vooraf om toestemming was gevraagd door Dutch Filmworks, om instemming van de KNVB hebben moeten vragen. De rechtbank abstraheert van deze omstandigheid.

De door de rechtbank aangekondigde schadeberekingsmethode is relatief eenvoudig; de rechter geeft aan te zullen kijken naar vergoedingen die Van Basten in het verleden placht te bedingen, dan wel naar vergoedingen die vergelijkbare personen plegen te bedingen voor dit soort transacties. Dit is ook de gebruikelijke methode van schadeberekening bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten die in licentie gegeven te worden.⁵

Het komt mij juist voor dat de rechtbank geen gebruik heeft willen maken van de schadeberekingsmethode van art. 6:104 BW. Dit artikel voorziet – ter verlichting in de bewijslevering van schade – in de begroting van de schade van de benadeelde op (een deel van) de door de aansprakelijke genoten winst. Art. 6:104 BW wordt

⁴ De zgn. "Mommens-methode".

⁵ Zie losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), aant. 97-98 en 110 bij art. 6:96.

door de Hoge Raad beschouwd als *lex specialis* van art. 6:97 BW.⁶ Deze methode van abstracte schadeberekening dient dus uitsluitend te worden gebruikt om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van de omvang van de schade en dus niet – zoals met winstafdracht sui generis wordt bewerkstelligd – primair om winst van een derde af te romen, ongeacht de schade van de benadeelde.⁷ Laatstbedoelde sanctie strekt vooral tot ontmoediging van het litigieuze onrechtmatige gedrag. Bij de schending van portretrecht mist de geportretteerde overigens een aanspraak op winstafdracht sui generis, zoals opgenomen in art. 27a Aw bij inbreuk op auteursrecht.

De schade (d.w.z. geleden verlies, gederfde winst of een toekomstige variant) van een profvoetballer en de genoten winst van een filmproductiebedrijf zijn twee zodanig verschillende eenheden dat van bewijsverlichting geen sprake zou kunnen zijn. Overigens is de door de aansprakelijke partij genoten winst ook in andere gevallen zelden representatief voor de door de benadeelde geleden schade. In de zaak Van Basten/Dutch Filmworks stond de rechter bovendien een eenvoudiger schadeberekenningsmethode ter beschikking: hij kon de schade begroten op een gebruikelijke licentievergoeding.

Art. 1019h Rv is niet van toepassing bij schending van portretrecht. De vergoeding van volledige proceskosten voor de winnende partij is gereserveerd voor gevallen waarin sprake is van handhaving van intellectuele eigendom. De rechter in de zaak Van Basten/Dutch Filmworks sluit zich op dit punt aan bij de heersende opvatting dat het portretrecht geen intellectueel eigendomsrecht is.

In de zaak Van Basten/Dutch Filmworks acht de rechtbank immateriële schade niet aannemelijk. Voor de vergoeding van smartengeld ingevolge art. 6:106 lid 1 sub b BW wegens de aantasting van de persoon wordt een zekere ernst van de aantasting vereist. Van Basten heeft zijn populariteit echter jarenlang op vergelijkbare wijze verzilverd toen hij profvoetballer was. Dat bevestigt dat je in dit metier tegen een stootje moet kunnen.

Kennelijk geldt dus de regel dat bij een grote verzilverbare populariteit van een geportretteerde een hoge vergoeding kan worden bedongen voor het openbaar maken van zijn portret. Bij schending van dat portretrecht zal de hoogte van de materiële schadevergoeding daarmee corresponderen. Hierna zal echter blijken dat deze regel niet steeds opgaat.

⁶ Zie HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (Brunner).

⁷ Het verschil in doelstellingen tussen de verschillende winstafdrachtregelingen van bijv. de Auteurswet en de BVIE en de mogelijke gevolgen daarvan, blijven hier buiten beschouwing. Zie losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), aant. 10 bij art. 6:104.

b. Karin Bloemen/Weekend

Karin Bloemen is een zeer populaire zangeres en actrice. Haar voluptueuze lichaam staat haar populariteit allesbehalve in de weg. Tijdens een zonnige vakantie in Jamaica wordt zij bloot gefotografeerd op een besloten naaktstrand door een onbekende vakantieganger. De foto's worden verkocht aan Weekend, die ze publiceert met koppen als: "Wat niemand mocht zien ...Karin Bloemen als Eva? Maar dan zonder vijgeblad!". Bloemen vordert bij de Amsterdamse Voorzieningenrechter in kort geding onder meer een verbod, rectificatie, excuses, informatieverschaffing, afgifte van de foto's en een voorschot op vergoeding van materiële en immateriële schade. Het verbod en de meeste bevelen worden – uitgezonderd die tot verplichte excuses – opgelegd. Het voorschot op schadevergoeding wordt beperkt tot die voor immateriële schade en gematigd tot € 2.500 Volgens de rechter is materiële schade niet aannemelijk gemaakt.⁸

Minder eenvoudig is de schadevaststelling in het geval dat het portretrecht is geschonden van een persoon met een verzilverbare populariteit door handelingen waarvoor de geportretteerde geen toestemming pleegt te verlenen, of zelfs nooit toestemming zou verlenen. Aan te nemen valt dat Karin Bloemen nooit, c.q. tegen geen betaalbare prijs, een licentie zou hebben verleend voor de openbaarmaking van deze foto's in de Weekend. Anders dan in de zaak Van Basten/Dutch Filmworks kan de schade in dit geval niet worden begroot op een gederfde licentievergoeding.

Behalve uit geleden verlies en gederfde winst kan vermogensschade zoals gezegd ook bestaan uit toekomstige schade, dus van winstderving en/of verlies die zich in de toekomst ontwikkelen (art. 6:105 BW). De emotionele reactie van het publiek op de naaktfoto's van Karin Bloemen vertaalt zich wellicht in minder populariteit en dus in minder inkomsten. Schade wegens de aantasting van reputatie bestrijkt veelal een langere periode waarvan de benadeelde de uitkomst vaak niet zal willen afwachten voordat recht wordt gedaan. Ingevolge art. 6:105 BW is het de rechter toegestaan toekomstige schade bij voorbaat te kapitaliseren.

Het aannemelijk maken van schade als gevolg van een emotionele reactie van het publiek stelt de benadeelde echter voor grote problemen. De wederpartij zal geneigd zijn de gevolgen te bagatelliseren of het causaal verband in twijfel te trekken. Zij zal bijvoorbeeld aanvoeren dat een mogelijke verminderde belangstelling voor bijvoorbeeld optredens van Karin Bloemen kan worden toegeschreven aan andere oorzaken dan de naaktfoto's, bijvoorbeeld haar burnout. Het ingevolge art. 6:98 BW vereiste causale verband tussen de schending van portretrecht met minder inkomsten op de langere termijn, valt zelden te bewijzen. De bewijslast

⁸ Vzx. Rb. Amsterdam 13 oktober 2003, Mediaforum 2004, 2 (GAIS), Hof Amsterdam 5 augustus 2004, Mediaforum 2004, 35.

van schade ligt evenwel bij wijze van uitgangspunt op de benadeelde partij. Ook de rechter in deze zaak vond klaarblijkelijk onvoldoende aanknopingspunten voor de vergoeding van vermogensschade.⁹

Begrijpelijk dat de rechter dit geval van flagrante schending van portretrecht wel voldoende ernstig vond om het bestaan van immateriële schade aan te nemen. Hij volstond echter met de vergoeding van slechts een paar duizend euro. Dit is logisch, want de hoogte van het smartengeld moet in de pas blijven met het smartengeld bij andere gevallen van leed en gederfde levensvreugde. De rechter zal bijvoorbeeld willen voorkomen dat het smartengeld voor een naaktfoto in de Weekend hoger is dan die voor bijvoorbeeld een blijvend handicap.

Niettemin beantwoordt het afwijzen van een vergoeding van materiële schade niet aan de idee van 't Schaep-arrest de verzilvering van de populariteit van een beroepsbeoefenaar (deels) aan hem zelf ten goede te laten komen. De verzilvering is thans ten onrechte bij Weekend gelaten. Bovendien is er voor Weekend geen enkele prikkel zich voortaan te onthouden van misbruik van toevallig ter tafel gekomen fotomateriaal.

Alvorens een suggestie te doen voor de verbetering van de positie van de benadeelde in dit soort zaken, wil ik nog enige aandacht besteden aan een eveneens schrijnend geval van "recht"spraak.

Máxima/Party

In de zomer van 2007 wordt prinses Máxima met haar dochters Amalia en Alexia op het Wassenarse strand gespot en gefotografeerd. Party publiceert de foto's op de voorpagina en in het midden van het blad: "Máxima gestrand" en "Even gewoon mama voor Amalia en Alexia". In het daaropvolgende nummer biedt Party haar excuses aan voor de publicatie. In een hoofdredactioneel commentaar van dat nummer valt evenwel onder de kop "Nederland genoot van de foto's" te lezen dat het betreurenswaardig is dat bezwaar wordt gemaakt: de lezers vinden het immers zo leuk om te zien dat de prinses ook gewoon moeder is die met de kinderen op het strand lekker tussen de mensen gaat zitten ... Als men toch privacy wil, stort een paar vrachtwagens zand in je tuin en maak je je eigen strandje..." De Amsterdamse rechtbank begroot de schade op € 1.000 per persoon, dus totaal op € 3.000 aan immateriële schadevergoeding. Er was sprake van onschuldige taferelen zonder negatieve teneur, aldus de rechtbank.

Vergelijkbaar magere bedragen worden dus toegekend aan bekende personen met een verzilverbare populariteit, die zij niet zelf te gelde plegen te maken, zoals leden van het koninklijk huis of politici.¹⁰ Uit hoofde van hun functie plegen zij geen

⁹ Zie ook bijv. Rb. Amsterdam 7 mei 2003, NJ 2004, 66 (Paul de Leeuw thuis).

¹⁰ Zie bijv. ook Rb. Amsterdam 2 april 2008, LJN BC 8392 (Bos/Audax). Vgl. Rb. Den Bosch 7 november 2003, LJN AN 7740 (Mgr. V/Gay Krant/Panorama).

licenties te verlenen in ruil voor geld. Bij de schending van hun portretrecht komt dus noch een gederfde licentievergoeding noch gederfde winst of een toekomstige variant als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking.

Immateriële schade wegens de aantasting van de persoon in privé vindt de rechter uiteraard wel aannemelijk, maar net zoals die van andere personen dient het smartengeld voor de prinsessen Máxima, Amalia en Alexia bescheiden te blijven. Hun leed en gederfde levensvreugde zijn immers niet erger dan die van gewone mensen of artiesten.

Ook voor wat betreft de overige sancties komen Máxima en haar dochters er in deze zaak bekaaid af. Met een verbod voor de toekomst heeft de rechter grote moeite wanneer de pers een beroep doet op de informatievrijheid. De recall van een eenmaal uitgebracht tijdschrift heeft veelal geen zin meer. Nadat het publiek eenmaal kennis heeft genomen van de foto's is de schending niet meer ongedaan te maken. Ook uit praktisch oogpunt is een recall niet uitvoerbaar. De Party ligt inmiddels in een enorme oplage thuis bij de lezers.

Party heeft vrijwillig een rectificatie gepubliceerd in de volgende editie van haar blad. Uit de hoofdredactionele toevoeging dat "het Nederlandse publiek had genóten van de foto's", blijkt echter geen enkel zelfinzicht.

Op zich is deze reactie begrijpelijk: iedere betekenisvolle sanctie ontbreekt. Deze lacune werkt in de hand dat de verzilverbare populariteit van bekende personen wordt misbruikt door, met name, paparazzi en boulevardbladen.

3. EEN FORFAITAIRE VERGOEDING?

Het schadevergoedingsrecht bij schending van portretrecht schiet dus tekort wanneer de benadeelde geen toestemming pleegt te verlenen voor handelingen vergelijkbaar aan de gewraakte dan wel nooit toestemming zou verlenen in ruil voor geld.

In de intellectuele eigendom speelde hetzelfde probleem. In 1994 stelde ik daarom voor – mede voor dit soort gevallen – een redelijke gebruiksvergoeding toe te wijzen en deze te gronden op art. 6:212 BW.¹¹ Het leerstuk ongerechtvaardigde verrijking bood naar mijn mening voldoende aanknopingspunten te verdedigen dat de verrijking van een aansprakelijke met het ongeoorloofde gebruik van intellectuele eigendom van de benadeelde en ten koste van diens verbodsrecht, op een redelijke gebruiksvergoeding moest worden gesteld.

¹¹ T.E. Deurvorst, Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, diss. Utrecht, Deventer 1994.

Het verschil tussen de vaststelling van een redelijke gebruiksvergoeding en de begroting van de schade op een gedeelde licentievergoeding is dat bijzondere omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld dat partijen nooit een vergoeding zouden zijn overeengekomen, geen rol spelen bij de vaststelling van de redelijke gebruiksvergoeding.

De redelijke gebruiksvergoeding zou kunnen worden vastgesteld aan de hand van een aantal objectieve aanknopingspunten als indicatoren van de waarde van het ongeoorloofde gebruik, zoals vergelijkbare vergoedingen betaald aan/door derden, de omvang van het gebruik, de mate van exclusiviteit van het gebruikte recht, de verhouding tussen partijen, het effect op andere werkzaamheden/activiteiten van de benadeelde, het rendement voor de aansprakelijke door het gebruik en de investeringen in het exclusieve recht van de benadeelde.¹²

Moeyaart punt is dat art. 6:212 BW spreekt van het ongedaan maken van "schade" in plaats van "verarming". Zoals hiervoor is aangegeven bestaat vermogensschade uit geleden verlies, gedeelde winst (art. 6:96 lid 1 BW) of een toekomstige variant daarvan (art. 6:105 BW). Het begrip verarming is ruimer en omvat bijvoorbeeld ook het verlies van een kans of van exclusiviteit, ongeacht de gevolgen daarvan in het vermogen. Het oprekken van het begrip "schade" in art. 6:212 BW tot het ruimere begrip "verarming", zonder dat de wetgever zich daarover heeft gebogen, zet de deur open voor de hantering van tal van andere abstracties in het schadevergoedingsrecht. Een grote rechtsonzekerheid ligt daarmee op de loer voor een ieder die niet volledig is ingevoerd in het schadevergoedingsrecht. Rechtsonzekerheid heeft een nadelige invloed op de bereidheid van justiciabelen een minnelijke regeling te treffen. Het is nu eenmaal moeilijk onderhandelen met iemand die geen realistische verwachtingen heeft van de door hem te verwachten vergoeding.

Inmiddels is uit hoofde van art. 13 van de Handhavingsrichtlijn¹³ de wettelijke forfaitaire vergoeding geïntroduceerd in nagenoeg alle wetten inzake de intellectuele eigendom wanneer sprake is van inbreuk. De Europese wetgever wilde tegemoetkomen aan de moeilijkheden die gepaard gaan met de begroting van concrete schade bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. De bedoeling is dat een hypothetische gebruiksvergoeding – het bedrag aan royalties of vergoedingen dat verschuldigd zou zijn geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd om het intellectuele eigendomsrecht te gebruiken – het minimum vormt van de forfaitaire vergoeding. Het is evenwel niet de bedoeling, aldus de

¹² Deurvorst, diss., pp. 157-166.

¹³ Richtlijn 2004/48/EG van het Europese Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten. Art. 13 luidt, voor zover hier van belang: "De lidstaten ...kunnen, als alternatief voor het bepaalde onder a [toewijzen van schadevergoeding, bew], in passende gevallen de schadevergoeding vaststellen als een forfaitair bedrag, op basis van elementen als ten minste het bedrag aan royalties of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd om het desbetreffende intellectuele eigendomsrecht te gebruiken."

considerans, te voorzien in een niet-compensatoire schadevergoeding, maar wel een schadeloosstelling mogelijk te maken die op een objectieve grondslag berust, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de kosten van de rechthebbende, bijvoorbeeld voor opsporing en onderzoek. Gezien deze doelstelling en de door de Europese wetgever beoogde wijze van vaststelling van de forfaitaire vergoeding valt deze nagenoeg samen met de redelijke gebruiksvergoeding. De geportretteerde mist een aanspraak op een forfaitaire vergoeding. Art. 27 lid 2 Aw is alleen van toepassing bij inbreuk op auteursrecht.

Vanwege de betrekkelijke eenvoud waarmee een forfaitaire vergoeding kan worden vastgesteld en de grote verwantschap tussen de lacunes in het intellectuele eigendomsrecht en het portretrecht, lijkt het echter gewenst ook een forfaitaire vergoeding in te voeren bij de schending van het portretrecht van mensen met een verzilverbare populariteit, ongeacht of zij deze zelf te gelde maken. Onderzocht zou moeten worden of ook personen met een niet verzilverbare populariteit eenzelfde aanspraak zou moeten toekomen. Ook de oplossingen van andere rechtsstelsels zouden vooraf bestudeerd moeten worden. Beide onderwerpen gaan het bestek van deze bijdrage te buiten.

De oplegging van de forfaitaire vergoeding kan ook worden gegrond op art. 6:212 BW, zij het met het genoemde nadeel van een grotere rechtsonzekerheid ten aanzien van het begrip 'schade'.

De hoogte van de forfaitaire vergoeding kan worden begroot aan de hand van de eerder genoemde objectieve indicatoren van de waarde van het gebruik van het portret en eventueel worden vermeerderd met een opslagpercentage. Het opslagpercentage zou hoger dienen te zijn naarmate de ernst van de schending, het nadeel/de kosten voor de geportretteerde of de mate van verwijtbaarheid relatief groot zijn.¹⁴ In de gevallen Bloemen/Weekend en Maxima/Party kan de rechter inspiratie ontleen aan bijvoorbeeld bedragen betaald voor naaktfoto's van bekende personen door een erotisch magazine resp. voor bijvoorbeeld een familie- of bruidsreportage van een bekend persoon in een boulevardblad. Naar mijn mening zou in beide gevallen aanleiding zijn een opslag toe te kennen nu zowel Weekend als Party een ernstig verwijt valt te maken. Bovendien was het voor Party klaarblijkelijk niet de eerste keer. Naarmate de sanctie vaker wordt opgelegd kan een scala van richtprijzen zich ontwikkelen. De eenvoud leidt tot een grotere voorspelbaarheid en rechtszekerheid. Van de sanctionering zal bovendien een preventieve werking uitgaan.

Voor bekende personen met een verzilverbare populariteit die zij niet zelf te gelde plegen te maken (koningshuis, politici) rijst dan natuurlijk nog de vraag of zij wel aanspraak moeten kunnen maken op een geldelijke vergoeding. Naar

¹⁴ Vgl. Rb. Arnhem 7 februari 2002, AMI 2002, p. 23 (Deurvorst) en Rb. Breda 25 oktober 2006, Computerrecht 2007, 47 (Deurvorst), IER 2007, 24.

mijn mening is dit een vraag die de rechter niet behoort te regardereren maar hun werkgever. Het is bovendien niet ongebruikelijk dat dergelijke personen een aan hen toegekende (schade)vergoeding aan een goed doel schenken.

Door tegenstanders van een zwaardere sanctionering van de schending van portretrecht door de media wordt nogal eens gewezen op het risico van een "chilling effect". De angst voor sancties zou kunnen meebrengen dat de media zich bij voorbaat beperkingen oplegt die de vrije nieuwsgaring en meningsuiting zouden afremmen. De tegenstanders gaan er evenwel aan voorbij dat ook moet worden voorkomen dat de angst voor een chilling effect meebrengt dat bekende personen vogelvrij zijn voor de pers. Sociale of zelfcontrole is klaarblijkelijk onvoldoende effectief. Een forfaitaire vergoeding vormt bovendien naar haar aard een compromis tussen zowel de belangen van de benadeelde als die van de aansprakelijke partij. De ondergrens wordt gevormd door datgene andere personen normaliter ontvangen en de bovengrens door datgene vergelijkbare portretrechtsschenders gewoon zijn te betalen. Indien zich eenmaal een vast scala aan richtlijnen heeft ontwikkeld, kunnen de media daar rekening mee houden bij hun beslissing al dan niet over te gaan tot de openbaarmaking van portretten. Het risico van oversanctionering acht ik dus niet groot, daargelaten dat het verleden reeds heeft uitgewezen dat art. 10 EVRM een zekere bovengrens dicteert.¹⁵

Er zijn ook stemmen opgegaan om art. 6:104 BW leven in te blazen door winstafdracht te bevelen bij schrijnende gevallen van onrechtmatige uitingen in de media ongeacht de geleden schade.¹⁶ Nog daargelaten dat art. 6:104 BW volgens de heersende leer niet meer dan een schadeberekingsmethode bevat, is winstafdracht naar mijn mening geen effectief en efficiënt middel om binnen een zekere termijn tot een rechtvaardige geschiloplossing te komen. Behalve de berekening van de winst zorgt de noodzakelijke toedeling van de winst aan de onrechtmatige daad voor zoveel rechtsonzekerheid dat de uitkomst van een veroordeling uiterst complex en onvoorspelbaar is. De rechtsonzekerheid die toepassing van een winstafdrachtregeling meebrengt is zodanig dat justiciablen de omvang van aansprakelijkheid niet in hun risicoafweging kunnen meenemen. De bedreiging die uitgaat van winstafdracht voor de informatievrijheid lijkt mij daarom aanzienlijk groter dan die van de veroordeling tot een forfaitaire vergoeding.¹⁷

4. CONCLUSIE

Personen met een door henzelf verzilverbare populariteit – m.n. artiesten, prof-sporters, modellen – hebben bij schending van hun portretrecht aanspraak op een vrij eenvoudig vast te stellen schadevergoeding. De gederfde licentievergoeding kan worden gebaseerd op eerder door de geportretteerde bedongen of gebruikelijke vergoedingen. Het schadevergoedingsrecht vertoont evenwel een lacune daar waar een portret door een derde wordt geëxploiteerd op een wijze waarmee de geportretteerde nooit had ingestemd. De schade kan dan niet worden begroot op een gederfde licentievergoeding omdat de geportretteerde daartoe nooit een licentie zou hebben verleend.

Dezelfde lacune wordt gesignaleerd in het geval dat het portretrecht is geschonden van personen met een niet door henzelf verzilverbare populariteit, zoals leden van het koningshuis en politici. Zij plegen hun populariteit niet te gelde te maken, waardoor er geen sprake is van schade in de zin van gederfde winst.

Gevolg van deze lacune is dat een derde zich ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de geportretteerde en dat de schending van het portretrecht van deze personen wordt aangemoedigd.

Deze misstand kan worden gekeerd door de invoering van een forfaitaire vergoeding, net zoals die welke inmiddels bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten kan worden opgelegd. Met enige rechtsvinding kan de oplegging van de forfaitaire vergoeding worden gegrond op art. 6:212 BW.

¹⁵ EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544 (Miloslawski/VK); EHRM 15 februari 2005, NJ 2006, 39 (Steel & Morris/VK); EHRM 16 juni 2005, nr. 55120/00 (Independent News/Ierland).

¹⁶ Vgl. bijv. W.H. Van Boom, Effectuerend handhaven in het privaatrecht, NJB 2007, p. 989.

¹⁷ T.E. Deurvorst, Is winstafdracht een bruikbare sanctie, Privaatrecht en Gros, Intersentia 1999, pp.158-159.