

De dood in de commerciële portretrechtspot

FEER VERKADE*

1. NIEUWE OF OUDE KOST?

De aan mij gevraagde bijdrage over ‘commercieel portretrecht na de dood van de geportretteerde’ kan nogal kort zijn. Deze kost voor juristen kent een stuk of zes bekende ingrediënten. Ingrediënten gaan in de keuken in een pot, en in de rechtskeuken is dat niet anders. In die pot word geroerd, en er wordt verhit en/of gekoeld volgens de regelen der ((ge-)rechtsvormings-)kunst. Over het resultaat worden vervolgens smaakoordelen uitgesproken. Bij het natafelen vindt nog discussie plaats over de vraag of met heel nieuwe ingrediënten of bereidingsmethoden niet een aangenamer kost verkregen zou worden. Nog vóór de koffie geserveerd is, rijst al de vraag of de kok (de rechter) die zo maar mag toepassen, of dat dit niet kan zonder voorafgaande nieuwe regels van de Voedsel en Waren Autoriteit (de wetgever). Tegen de tijd dat men toe is aan de vraag hoe die regels dan zouden moeten luiden, moesten de meeste portronomen¹ al vertrekken vanwege gevaar voor gladde wegen of vanwege belangrijker drukke bezigheden.

2. DE BEKENDE INGREDIËNTEN

De reeds decennia bekende en in de kookboeken² ampel gereleveerde ingrediënten zijn de volgende.

- (i) Er bestaat naar geldend objectief recht geen subjectief vermogensrechtelijk ‘Recht am eigenen Bild’. Op je portret heb je dus geen ‘meest omvattend recht’ in de zin van art. 5:1 BW.
- (ii) Of je je tegen publicatie kan verzetten hangt af van het ‘redelijk belang’-criterium van art. 21 Auteurswet³. Anders dan (heel) vroeger wel gemeend

* Advocaat-generaal bij de Hoge Raad.

1 Dit neologisme, dat in de overvolgende druk van Van Dale zal worden opgenomen, is uiteraard een samentrekking van portretrechtgeleerde en gastronom.

2 Ik volsta met verwijzingen naar Van Lingén, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, 6e druk 2007, par. 6.10. Gielen c.s., *Kort begrip*, 9e druk 2007, par. 591-594 (Klos/Alkema), Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3e druk 2005, hst. VI, i.h.b. par. 6.4, 6.7 en 6.12.

3 Ik ga in deze bijdrage voorbij aan de afwijkende regeling voor in *opdracht gemaakte* portretten van art. 19 en 20 Aw, ingrediënten die in zeldzame specifieke gevallen ineens ‘slagroom’ kunnen blijken, maar in de principiële discussie niet interessant zijn.

werd, is de aanwezigheid van een ‘niet onredelijk belang’ aan de kant van de geportretteerde of diens nabestaanden hierbij niet doorslaggevend, maar gaat het om een afweging van de belangen over en weer, waarbij aan de overzijde met name te denken valt aan de uitingsvrijheid⁴.

- (iii) Commerciële belangen zijn door de Hoge Raad in het *Schaep*-arrest van 1979⁵ als ‘redelijke’ belangen aan de kant van geportretteerden erkend, nu ‘mede gezien de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande, van een redelijk belang ook sprake zijn, wanneer de populariteit van geportretteerden, verworven in de uitoefening van hun beroep, van dien aard is, dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt’.
- (iv) Ook dit *commerciële* portretrecht (van de nog levende geportretteerde) is naar geldend recht geen subjectief vermogensrecht (vgl. (i)). Daarmee is het niet overdraagbaar ingevolge art. 3:83, lid 3 BW, en ook niet vererfbaar. Dat vond ik althans in 1996⁶, en dat vonden Spoor, Visser en ik althans nog in 2005⁷. De principiële discussie *daarover* anno 2009 is aan anderen in deze bundel opgedragen.

Daarmee resteren, logischerwijs, voor mij ter bespreking de – ook niet nieuwe – ingrediënten:

- (v) kan, naar geldend recht, ook aan (a) een erfgenaam of (b) een nabestaande van een populaire geportretteerde een commercieel portretrecht op de voet van art. 2:1 Aw toekomen?
- (vi) indien het antwoord anno 2009 (of bijv. 2015) op de vraag of de geportretteerde zijn commercieel portretrecht kan overdragen bevestigend zou komen te luiden, moet dat dan ook voor de erfgenaam of nabestaande gelden?

3. KAN NAAR GELDEND RECHT AAN (A) EEN ERFGENAAM OF (B) EEN NABESTAANDE VAN EEN POPULAIRE GEPORTRETTEERDE EEN COMMERCIEEL PORTRETRECHT OP DE VOET VAN ART. 2:1 AW TOEKOMEN?

3.1. Het antwoord op vraag (a) is ‘neen’, en op vraag (b) een voorwaardelijk ‘ja’. Ik heb in dit stukje de erfgenaam (a) toch nog maar even naast de nabestaande (b) gezet omdat (a) en (b) door gewone mensen, door rechtenstudenten, en zelfs door afgestudeerde juristen vaak vereenzelvigd worden. Dat pleit voor hun idealistische wereldbeeld waarin zo’n samenvallend past, maar de werkelijkheid is toch nog wel eens anders. Een geportretteerde kan bij testament zijn gehele vermogen vermaakt hebben aan een vriendin of vriend of een stichting of een vennootschap,

4 HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 m.nt. DWFV, AMI 1994, p. 93 m.nt. Schuijt (moordenaar G.J. Heijn).

5 6 HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 m.nt. LWH, BIE 1979, nr. 23, p. 163; verkort AMR 1979, p. 52 m.nt. JHS (met illustratie).

6 Zie Verkade, *Mediaforum* 1996, p. 124.

7 Zie Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 6.9, p. 320, en par. 6.12, p. 339.

maar die is geen nabestaande. Nabestaanden zijn volgens art. 21 juncto art. 25a Aw: de ouders, de echtgenoot of de geregistreerde partner en de kinderen. Geen portretrecht *post mortem* dus voor de vriend(in) of andere testamentair aangewezen, en ook niet voor de neef of de tante die intestaat erfgenaam zou zijn van een ouder- en kinderloze vrijgezel.

Het portretrecht *post mortem* van de ouders, de echtgenoot of de geregistreerde partner en/of de kinderen, komt hen dus niet toe als erfgenaam, maar als nabestaande, en wel voor zover *hun* redelijk belang uit dien hoofde zich tegen (verdere) openbaarmaking van het portret verzet. Het redelijk belang van de overleden geportretteerde zelf ('hoe zou Jan zaliger hierover gedacht hebben') wordt als zodanig niet in aanmerking genomen.

3.2. Daarmee komen we op het voorwaardelijk positief antwoord op vraag (b): de vraag of de ouders, echtgenoot en kinderen van de populaire geportretteerde de door de Hoge Raad bedoelde vruchten mogen (blijven) plukken. Zoals onder 2 (iii) bleek, hing de Hoge Raad zijn positief antwoord voor de nog levende populaire geportretteerde in het Schaep-arrest (mede) op aan dat 'de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande'. De vaker gestelde⁸ vraag is dus of 'de maatschappelijke opvattingen dienaangaande' ook in het voordeel van de *nabestaanden* gelden.

Het commerciële portretrecht na de dood heeft bij de Hoge Raad nog geen expliciete erkenning gevonden. In het Elvis Presley-arrest van 24 februari 1989⁹ overwoog de HR in rov. 3, 6 dat de (kennelijk door de Presley Estate gelicentieerde) exploitant BMG 'zich niet kan verzetten tegen het gebruik door Boogaard c.s. van portretten van Elvis Presley. Zodanig recht komt krachtens het bepaalde in art. 21 Auteurswet 1912 in Nederland enkel aan de geportretteerde of diens nabestaande toe. In het licht daarvan levert het gestelde gebruik van de portretten evenmin een onrechtmatige daad jegens BMG c.s. op.' Met deze overweging werd de op portretgebruik gebaseerde claim van BMG c.s. (géén 'nabestaanden') in elk geval geblokkeerd, ook voor zover de omweg van (thans) art. 6:162 geprobeerd werd. Maar daarmee is nog niet bevestigd dat eventuele nabestaanden van Elvis Presley wél een commercieel portrecht zouden kunnen uitoefenen.

In de lagere rechtspraak is er één zwaluw, waarin een redelijk financieel belang voor de weduwe en zoon van de zanger Bill Evans werd aangenomen¹⁰. Zal deze zomer maken?

⁸ Vgl. bijv. (en met name) Wille, *Elvis Presley, Dead or alive*, in Spoorbundel *Een eigen persoonlijk karakter* (2007), p. 377-385.

⁹ NJ 1989, 701 m.nt. LWH, AMI 1989, p. 70, IER 1989, nr. 21, p. 41 m.nt. JHS.

¹⁰ Pres. Rb. Arnhem 24 november 1993, KG 1994, 23.

Ik denk van wel. Ook zonder empirisch onderzoek¹¹ naar ‘de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande’ zal de rechter, denk ik, in de regel tot zo’n oordeel kunnen komen¹². Commercieel portretrecht als een passende weduwen- en wezenvoorziening van een overleden vrije-beroepsuitoefenaar sluit stellig aan bij maatschappelijke opvattingen.

Wordt dat moeilijker als een geloofwaardig rapport van de kant van de gedaagde laat zien dat de nabestaanden in casu zwemmen in weelde? Of indien de gedaagde de resultaten laat zien van een publieksenquête, waaruit blijkt dat een (grote) meerderheid van de ondervraagden vindt dat aan de ‘toch al rijke’ nabestaanden niets extra’s behoeft toe te komen voor het gebruik van portretten van de overledene op dvd-hoezen en affiches e.d., noch voor het gebruik in branche-vreemde reclame (toerisme, verzekeringswezen, mobiele telefonie, etc.)?

Het loutere welstandsaspect kan m.i. niet overtuigen: ik heb niemand horen verdedigen dat dit aspect (ook) een rol zou moeten spelen als het gaat om het commerciële belang van een nog levende geportretteerde. Met de uitkomst van een publieksonderzoek als hierboven bedoeld zou het, aan de hand van het meer geciteerde *Schaep*-criterium, wél moeilijker worden. Zo’n uitkomst lijkt mij echter weinig waarschijnlijk. En dan nog kan de rechter m.i. zwaarder laten wegen dat het vogelvrij verklaren van het portret niet van de welstand van nabestaanden afhankelijk behoort te zijn, ook al denkt de meerderheid van het publiek daar anders over.

4. Indien te eniger tijd het antwoord op de vraag of de geportretteerde zijn commercieel portretrecht kan overdragen bevestigend zou komen te luiden, moet dat dan ook voor de erfgenaam of nabestaande gelden?

4.1. Of de voorwaarde waarmee bovenstaande vraag begint ooit vervuld zou moeten worden, is een onderwerp, waar ik – als gezegd – in deze bijdrage buiten zou blijven. Maar stel dat het gebeurt, wat zou dan het gevolg voor erfgenamen c.q. nabestaanden (moeten) zijn? Het antwoord kan kort zijn. Als gekozen wordt voor overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht van de geportretteerde zelf, is er geen steekhoudende reden te bedenken waarom de nabestaande zijn commerciële recht m.b.t. het portret van de overledene niét zou mogen overdragen.

4.2. Ik kan het toch niet laten om op de voorwaarde (erkenning van overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht van de geportretteerde zelf) terug te komen. Afgezien van andere bezwaren tegen die overdraagbaarheid¹³, doet zich immers de volgende merkwaardigheid voor. Erkenning van die overdraagbaarheid zou immers logischerwijs (moeten) meebrengen dat ook vererfbaarheid wordt

¹¹ Zo’n onderzoek was ook niet aanwezig in de *Schaep*-zaak.

¹² In dezelfde zin Wille, a.w., op p. 380-381.

¹³ Zie mijn bijdrage in *Mediaforum* 1996, p. 124.

aangenomen. Dat zou meebrengen dat zonder verdere aanpassing/inperking van art. 21 Aw twee soorten rechthebbenden op het portret van de overledene gaan aantreden: degene aan wie het recht is overgedragen c.q. de erfgenamen krachtens erfopvolging enerzijds, en de nabestaanden anderzijds. Als dat niet dezelfde zijn, en dat hoeft niet (zie boven 3.1), ontstaat een chaotische situatie.

Dat is dus een extra reden om de overdraagbaarheid (en de vererfbaarheid) in het geheel niet te willen. Als daarvoor tóch gekozen zou worden, zouden consequenterwijs de nabestaanden uit art. 21 geschrapt moeten worden¹⁴. Niet dat men daarmee *helemaal* van ze af is: uitgekookte kinderen van de overleden geportretteerde kunnen tot op zekere hoogte als legitimarissen hun aandeel in de waarde van het vererfde commerciële portretrecht bij de (andere) erfgena(a)m(en) komen opeisen (vgl. art. 4:63 e.v. BW).

Ik denk dat hiermee de koek van dit onderwerp op is.

¹⁴ Dan kan tevens art. 25a vervallen.