**Gefeliciteerd met Uw subjectieve portretrecht …**

Feer Verkade[[1]](#footnote-1)

(verschenen in *Mediaforum* 1996, nr. 10, p. 124-126)

In deze aflevering is afgedrukt het preadvies Contouren van een portretwet dat de Commissie Portretrecht van de VMC aan haar vereniging uitbrengt. Als de wens van de commissie[[2]](#footnote-2) werkelijkheid wordt, krijgt iedereen een subjectief commercieel portretrechtje, ook U. Wie wijst zo’n cadeautje af? Als je niet oppast komt het er dus ook. Aan mij de ondankbare taak om toch op de rem te trappen.

Mij is verzocht om ondanks de vele vrienden in de commissie, het rapport vooral scherp te becommentariëren, anders is het niet leuk. Maar misschien mag ik ook iets aardigs zeggen over talrijke goede dingen in het rapport.

De commissie vindt dat het portrecht uit de Auteurswet moet.

Natuurlijk weet iedere nadenker dat het portretrecht deels niet in de Auteurswet (Aw) thuis hoort. Lex Komen en ik riepen zoiets al in ons Compendium in 1970, en we waren vast niet de eersten.

Anderzijds horen de artikelen 19-21 als beperkingen op het auteursrecht van de portretmaker juist wél in de Aw, en van deze plaatsing heeft niemand echt last. Als het écht uit de Auteurswet moet, bijv. in het BW in een afdelinkje in boek 3, 6 of 9 (aardig voor Brinkhof),[[3]](#footnote-3) dan nog zal je straks weer anderen horen mopperen dat deze beperkingen op het auteursrecht van de portretmaker niet in de Aw te vinden zijn . . .

**Definitie portret** Over de definitie van een portret kan men eindeloos discussiëren.

Het blijft een discussie met losse einden, te meer als men negatieve reflexwerking ten opzichte van art. 6:162 BW niet wil uitsluiten, wat de commissie terecht niet wil.

Dat gezegd zijnde, vind ik dat de commissie gekomen is met een mooie definitie van het te beschermen rechtsgoed, in hoofdstuk 2 van het rapport: Afbeelding van een persoon of van een gedeelte van een persoon, die ten gevolge van overeenstemming of herkenbaarheid van fysieke aspecten, de indruk wekt de afbeelding van een bepaalde persoon te zijn. Inderdaad iets ruimer dan door de huidige rechtspraak aanvaard, maar ook weer niet overdreven ruim en vaag.

Ik sprak zoëven over het te beschermen rechtsgoed. Daaronder moet ook iemands herkenbare achterwerk vallen. Die keus is goed verdedigbaar, maar is het een ,portret’? Ter voorkoming van juristendeformatie in wetgeving zou het woord ,portret’ in de wet vervangen moeten worden door ,afbeelding van een menselijk lichaamsdeel’.

Een aap met onderschrift ,Wim Kok’ wordt terecht buiten de deur gehouden. De look-alike wordt in-gekeept. Over dat laatste kan je verschillend blijven denken. Er is denk ik even veel vóór als tegen. Blijft de vraag naar de intenties niet van belang? Velen zullen, met de commissie, vinden dat de eerste echte Nederlandse look-alike-zaak (Millecam) door de rechter niet juist beslist is.[[4]](#footnote-4) Maar wordt dat niet mede door de casus bepaald? Zouden velen het niet gemakkelijker met de president eens geweest zijn als het ging om een dubbelganger van Wim Kok, de koningin, Clinton?

Zo lang je niet met een subjectief recht werkt, kan de look-alike onder het portretbegrip niet zo veel kwaad vanwege de afwegingsruimte. Maar bij een verderop door de commissie voorgesteld subjectief (commercieel) recht voor iedereen is het toch gek dat Silvia Millecam én het model Claudia straks allebei een subjectief recht hebben op één en dezelfde afbeelding van Claudia.

**In opdracht gemaakte portretten** De commissie wil in de artikelen 19-20 Aw over in opdracht van de geprotretteerde gemaakte portretten schrappen. Die artikelen zouden een relatief onbeduidend fenomeen zijn geworden. Relatief? Misschien. Maar absoluut, vergeleken met 1912? Ik geloof er niets van. Ik zou de in opdracht werkzame fotografen, schilders, tekenaars, beeldhouwers, enz., in 1912 én in 1996 niet graag de kost geven.

Het argument dat de Aw de opdracht-verhouding in het algemeen niet regelt, snijdt m.i. geen hout: de Aw zou dat juist wél moeten doen, anders dan met alleen het gekke artikel 8. Gelukkig hebben wij voor portretten juist wél een betere regeling.

Een ander argument, nl. dat de contractvrijheid moet prevaleren, gaat ook niet op. De artikelen 19-20 Aw laten die vrijheid nu juist prevaleren: ze geven aanvullend recht. Het argument dat partijen ,mans genoeg’ zijn het zelf te regelen, slaat dus óók nergens op.

De artikelen dienen nu juist voor het geval partijen daar niet aan denken. Dat zal anno 1996 nauwelijks minder vaak voorkomen dan anno 1912. Dan zijn die artikelen nuttig. Of men er aan zou willen sleutelen is een andere vraag, maar daar gaat de commissie niet op in, gelijk zij de vraag hoe het zonder deze artikelen, en zonder concrete partij-afspraken moet, in het midden laat. Hier worden spreekwoordelijke oude schoenen weggegooid, zonder dat de commissie enig alternatief schoeisel in de aanbieding heeft en ons barrevoets verder wil laten gaan. En zou het niet kunnen zijn dat de artikelen in de jurisprudentie en in de vakliteratuur een relatief onbeduidend fenomeen zijn, omdat ze redelijk goed in elkaar zitten?

**Het ideële portretrecht** De commissie wil artikel 21 niet schrappen: alleen verplaatsten naar een wet of BW-0afdeling over portretten (beter: ,nopens afbeelding van menselijke lichaamsdelen’).

Wat de ideële kant betreft, is artikel 21 overbodig. Dit artikel zou dus wél geschrapt kunnen worden, met name sinds het Ferdi E.- arrest. Daarin werd door de Hoge Raad een waarden- en belangenafweging voorgeschreven. De commissie onderkent dit. Het enige overblijvende argument om art. 21 voor de ideële sector niét te schrappen is dat die schrapping ,een verkeerd signaal’ zou geven. Dat is geen sterk argument, maar ik wil het er toch mee eens zijn.

Met de toepassing van art. 21 in de ideële sfeer blijkt de commissie tevreden. Nadere wettelijke uitwerking van de volgens de rechtspraak in aanmerking te nemen talrijke afwegingspunten heeft geen zin. Ook daar ben ik het graag mee eens.

**Het commerciële portretrecht** Spannender wordt het rapport als het, in hoofdstuk 5, gaat om het commerciële portretrecht. Bij het —door de rechtspraak op artikel 21 thans tot op zekere hoogte erkende— commerciële portretrecht spelen een aantal kwesties. Om de belangrijkste te noemen: moet het een verbodsrecht of een vergoedingsrecht zijn; zo ja, moet het een overdraagbaar en vererfbaar subjectief recht worden; aan wie allemaal moet het toekomen, en voor welke gebruiksvormen. De commissie onderscheidt terecht deze vragen.[[5]](#footnote-5) Maar naar ik straks hoop duidelijk te maken, verliest ze de samenhang die er tussen de verschillende vragen toch óók is, wellicht te zeer uit het oog.

Op één zo’n uit het oog verloren punt van samenhang wees ik reeds, toen ik het had over Silvia en Claudia.

**Subjectief recht: overdracht en vererving** De commissie kiest, in afwijking van het huidig recht, overtuigd voor de constructie van het commerciële portretrecht als een subjectief recht.[[6]](#footnote-6) Sommige daarvoor aangevoerde argumenten vind ik in het rapport erg gezwollen aangezet, zo niet onjuist. Zo wil het er bij mij niet in dat door het ontbreken van een subjectief recht ook tijdens het leven van de geportretteerde de exploitatie en rechtshandhaving ,ernstig bemoeilijkt wordt’. Dat de licentiehouders/ exploitanten voor handhaving tegen derden ,volstrekt afhankelijk’ zijn van het geportretteerde idool, is niet waar —de commissie zegt het eigenlijk zelf— mits in de exploitatiecontracten (sub-) volmachten worden gegeven.[[7]](#footnote-7) Nu weet ik wel dat daarbij in contracten vaak gestoethaspeld wordt, maar dat is nog geen argument voor een subjectief recht: dat is een erg zwaar hulpmiddel voor exploitanten die knullige contracten maken.

Even weinig overtuigend is het argument dat bij gebreke aan een overdraagbaar subjectief recht de licentienemer ,kan worden geconfronteerd met grillen van de geportretteerde’. Dat bij de licentie--constructie (steeds) wél, en bij de overdrachtconstructie niét (nooit) gesteggeld zou kunnen worden over ,iedere nieuwe exploitatievorm’, is gewoon niet waar. Alles hangt af van de inhoud en de interpretatie van de akte, en de licentie-- of overdrachtconstructie doet er op zich geen zier toe. Sterker nog, denkend aan exploitantenbelangen waarover de commissie zich hier druk maakt, kan de exploitant beter af zijn met een exclusieve licentie in plaats van een overdracht, indien die overdracht aan een regime à la art. 2 Aw wordt onderworpen (wat de commissie verderop in haar rapport bepleit). Daar zitten die (omstreden) restrictieve uitlegbepalingen in die het voor de exploitant in elk geval niet beter maken; naar de huidige stand van de rechtspraak worden die bij licenties juist niet of niet zondermeer analoog toegepast.[[8]](#footnote-8) Het is m.i. ook niet waar dat bij een schadevergoedingsactie de exploitant-licentienemer voor diens eigen schade in de kou staat, ook al bestaat er nog geen portretrechtelijk artikel 27a Aw. Een zorgvuldigheids-Schutznorm mede t.b.v. een exclusieve portretrecht-contractant is niet zo moeilijk te construeren. Wat dat betreft lijken de wettelijke bepalingen (27a Aw, 16 WNR, 11C BMW en 70 lid 5 ROW 1995) eerder uitdrukkingen van een beginsel, dan dat daaraan een a contrario-werking voor nietgeregelde gevallen zou moeten worden toegekend.[[9]](#footnote-9)

**Overleden geportretteerde** Het enige sterke(re) argument voor de constructie van een subjectief recht, heeft te maken met de situatie na de dood van de geportretteerde. Op het huidige artikel 21 Aw valt geen vererfbaarheid te baseren, integendeel. Na de dood van de geportretteerde is het afgelopen, behoudens een redelijk (eigen) belang van de nabestaanden (echtgenoot, kinderen, ouders). Nu lijkt het niet zo moeilijk om aan een min of meer behoeftige weduwe/weduwnaar en aan opgroeiende kinderen zo’n redelijk eigen belang bij voortgezette exploitatie toe te kennen, en we zien dat ook wel gebeuren.[[10]](#footnote-10) Maar dogmatisch loopt het in het honderd, met óók praktische gevolgen. Want wat doen we met oude(re), inmiddels volwassen en niet hulpbehoevende kinderen? Wat doen we met een weduwe die geen erfgename is, of de erfgename die geen weduwe is? En, daar heeft de commissie gelijk in: bij die onzekerheid hangt het recht van de contractant-exploitant ook in de lucht.[[11]](#footnote-11)

**Dode mus, want geen fysionomie-recht?** Zou ik op basis van dit laatste argument dus wel iets voelen voor het pleidooi van de Commissie Portretrecht voor een subjectief recht, dezelfde commissie heeft mij echter de ogen geopend voor een punt dat van dit subjectieve recht meteen een tamelijk dode mus lijkt te maken. Ik heb het nu over de —voor zover ik mij kan herinneren in de Nederlandse literatuur nog niet eerder onderkende, maar buitengewoon relevante— vraag of ,de overdracht van het commercieel portretrecht op alle mogelijke portretten van een persoon (dat wil zeggen op iedere visuele weergave van zijn/haar fysionomie) mogelijk zou moeten zijn.’ Meteen daarop volgt: ,De commissie schrikt hiervoor terug.’ De commissie legt hier een zeer précair punt bloot, en graag schrik ik met haar mee, en ook met haar mee terug.

De consequenties hiervan lijken mij evenwel nog ingrijpender dan de commissie in haar rapport aangeeft. Zo blijft de door de commissie gekoesterde exploitant tijdens het leven van de exploitant goederenrechtelijk in de kou staan t.a.v. alle andere portretten van hetzelfde idool. Ook na overlijden (waarvoor de invoering van het subjectieve recht volgens mij het belangrijkste argument was) bestaat geen goederenrechtelijke waarborg tegen concurrentie via andere portretten van de overledene.

Voor de erfgenamen ziet het er ook om een andere reden somber uit. Omdat een fysionomie-recht wordt afgewezen, kunnen de erfgenamen dus óók niet een fysionomie-recht erven. Wel zullen zij in de (vermoedelijke) gedachtengang van de commissie de ,bundel’ van bij het overlijden bestaande, niet overgedragen, commerciële rechten op portretten erven. Portretten kunnen echter ook post mortem gemaakt worden.[[12]](#footnote-12) Bij gebreke aan een fysionomie-recht, dat dus ook niet vererfd is, hangt het recht op —en tegen— potentieel concurrerende post-mortem-portretten in de lucht. Tenzij de commissie zou voorstellen dat een commercieel subjectief portretrecht op post-mortem-portretten —originair— toekomt aan degenen die erfgenamen van het overleden idool zijn. Dat lees ik echter niet in het rapport, en het zou ook een heel originele, om niet te zeggen revolutionaire wijze van rechtverkrijging zijn.

Nu ik mij, binnen de paar uren waarin ik dit commentaar moet voltooien, de hersens afpijnig om te proberen de doelstelling van de commissie te accommoderen, denk ik nog even aan het merkenrecht: een geheel andere insteek. Als een portret van Willem II een merk kan zijn voor sigaren, zou een portret van Steffi Graf[[13]](#footnote-13) een warenmerk kunnen zijn voor sigaretten of kauwgom, en misschien ook wel voor tennisrackets, of een dienstmerk voor fiscale adviezen.[[14]](#footnote-14) Over merkenrechtelijke mogelijkheden heeft de commissie zich niet gebogen. Als die er zijn[[15]](#footnote-15), zouden die fysionomisch mogelijk wél heel ver kunnen gaan. Misschien schrikt de commissie daar ook voor terug, en misschien schrik ik dan wel weer met haar mee, en misschien moeten potentiële merkenwettelijke mogelijkheden dan zelfs worden teruggedraaid. Met name de vatbaarheid voor beslag, de keerzijde van de toekenning van een subjectief fysionomie-recht, ook via de band van het merkrecht, kan de commissie en/of mij misschien weer doen terugschrikken. Nadere exploratie van deze mogelijkheden resp. de beren op die weg lijkt me intussen niet oninteressant.

**Commercieel portretrecht: voor iedereen?** De commissie wil een commercieel portretrecht voor iedereen, dus niet alleen voor degenen die zich door prestaties verzilverbare populariteit hebben verworven. Dat recht moet zich uitstrekken over ieder handelsgebruik. Ik neem hier twee deelonderwerpen uit het rapport samen.

Zegt U of iemand neen tegen zo’n cadeautje? De politici vast niet, want die mogen volop mee-profiteren, aldus de slimme commissie. Kok en Heerma en Van Mierlo en Bolkestein, en zo’n 225 kamerleden kunnen na aanneming van dit wetje meteen ingrijpen als ze in een advertentie staan. Maar Jeltsin en Clinton en Mao en Berlusconi dus ook. Zulke hoge bomen, en de lagere, moeten volgens de commissie dus absoluut uit de wind van de commercie worden gehouden.

Waarom eigenlijk? Waarom laat de commissie art. 10 EVRMoverwegingen hiér ineens volstrekt onbesproken? Waarom géén woord (instemmend of afwijzend) over de juist afgelopen zomer actuele niet onomstreden beslissing van de Reclame Code Commissie over Jeltsin met wodka in de Gall & Gall-advertentie? Lag (ook) dit binnen de commissie te verdeeld?

Maar nu geen Kok of Jeltsin: nu U en ik. Wij zijn toeschouwers bij de Sail, de Sneekweek, een voetbalgebeuren, of we zijn demonstranten tegen een akelige, spraakmakende wet. Een adverteerder haakt op zo’n gebeurtenis in, en gebruikt een foto van een tien- of honderdkoppige menigte in een meer of minder opiniërende advertentie. Volgens de VMC-commissie moeten die allemaal daarvoor toestemming geven, want iedereen krijgt commercieel portretrecht bij ieder gebruik voor handelsdoeleinden. En —U las het eerder— dat geldt niet alleen voor gezichten, maar voor iedere afbeelding van enig overeenstemmend of herkenbaarheid fysiek aspect van enig menselijk lijf. En dat recht is er óók voor de erfgenamen of rechthebbendenkrachtens-overdracht.

Werkbaar? Neen natuurlijk. Of zien we in een niet verafgelegen verschiet de Stichting Commerciële-Afbeelding-Van-Lichaamsdelen-recht, die een paar jaar later ook nog een eigen-rechtorganisatie zal willen worden, want men moet toch bij ,één adres terecht kunnen’. In Amstelveen zijn ze er vast klaar voor, behalve misschien voor de repartitie.

Wenselijk? De commissie lijkt zelf ook wel te twijfelen, want ze opent verderop de uitweg van een algemene ,fair use-’exception.

Aan de invulling daarvan wordt echter voor geen centimeter inhoud gegeven.[[16]](#footnote-16) Daar schieten we dus niet mee op, vergeleken met de huidige toetsing aan het ,redelijk (commercieel) belang’ (die volgens de commissie verlaten zou moeten worden).

Ik moet erkennen dat de Commissie slechts de ,contouren’ van een nieuw portretrecht heeft willen schetsen, en daarover juist wil discussiëren. Als zij inderdaad niet zo ver wil gaan, horen we dat wel. Maar dan wreekt zich (tot vandaag) toch een beetje dat de Commissie zich nog niet wilde wagen aan concrete conceptwetsvoorstellen. Want, naar een Engels gezegde, ,the proof of the pudding is in the eating’.

Ik sympatiseer met de door de commissie —bij de voorgestane toekenning van een subjectief commercieel portretrecht— in elk geval toegepaste restrictie tot ,handelsdoeleinden’, al gaf ik eerder aan dat die restrictie me onder sommige (Jeltsin-)omstandigheden niet ver genoeg gaat. Bij de invulling van de ,handelsdoeleinden’ rijzen natuurlijk ook wel weer nadere vragen. Netelig is vooral het gebruik door commerciële media. Kennelijk heeft de commissie de casus onderkend van het weekblad dat het portret van X niet alleen bij het artikel afbeeldt (moet mogen), maar ook op het omslag (moet ook mogen), en bovendien in de dagblad-advertentie voor die weekblad-aflevering (moet blijkbaar ook mogen). Mij best, maar is het allemaal even consequent?

En wat doen we met een min of meer aantrekkelijke minister of staatssecretaris, topless gefotografeerd op Capri, als dit keer ongewilde Playmate in Playboy, of in De Telegraaf, of de Nieuwe Revu (ideële aspecten daargelaten)? Is dit voor ,handelsdoeleinden’ of is dit ,informatievoorziening’? Ik kan over deze niet irreële casus in het rapport niet iets richting-gevends vinden.

Blijft het ook ,informatievoorziening’ als je in de Internetvariant van Popfoto je helden kunt aanklikken met afrekening in rekening-courant, terwijl de helden daar niets van zien? Zo kan je doorgaan.

In een slotparagraaf onderkent de commissie dat exploitatie van portretten niet aan landsgrenzen gebonden is. Harmonisering van het onderwerp van haar rapport is ,dringend gewenst’, aldus de commissie. Dat lijkt me op zich een zinnige opmerking. Een Nederlands voorschot kan daarbij nuttig zijn. Maar dan graag gauw de ,pudding’.

Al met al acht ik het rapport voor de korte termijn te weinig operationeel. Daarmee permitteer ik me de betekenis van het rapport te relativeren. Ik wil het echter allerminst diskwalificeren.

Het rapport legt in elk geval wat het commercieel portretrecht betreft, een probleem bloot, waaromtrent het huidig recht niet bevredigend genoemd kan worden. Met de door de commissie onderkende en vervolgens afgewezen (potentiële) fysionomierechten is het evenwel de vraag of dit probleem zich überhaupt bevredigend wettelijk laat regelen via een subjectief recht, de commerciële rechten van min of meer anonieme geportretteerden nog daargelaten.

1. Prof. mr. D.W.F. Verkade is hoogleraar informatierecht en intellectuele eigendom aan de Rijksuniversiteit Leiden. Hij is tevens advocaat te Amsterdam. Prof. Verkade is medewerker van Mediaforum. [↑](#footnote-ref-1)
2. De bevindingen en conclusies mogen overigens niet steeds aan de gehele commissie worden toegeschreven. Daar heb ik alle begrip voor, maar het maakt de aanbevelingen er niet sterker op. [↑](#footnote-ref-2)
3. De discussie over de vraag in welk van die drie boeken, of een beetje in het ene, en in het andere, kan nog heel lastig worden. De door de commissie open gehouden optie van een aparte portretwet is dus niet onpraktisch, maar misschien ook niet praktischer dan handhaving in de Auteurswet. [↑](#footnote-ref-3)
4. Pres. Rb. Amsterdam 22 december 1994, Informatierecht/AMI 1995, p. 136 m.nt. JHS, Mediaforum 1995, p. B-19, IER 1995, p. 61. [↑](#footnote-ref-4)
5. De overdraagbaarheid wordt op twee plaatsen, zowel aan het begin van hoofdstuk V als een eind verderop, telkens vrij uitvoerig behandeld. [↑](#footnote-ref-5)
6. Impliciet kiest zij daarmee voor een verbodsrecht. Zie over de vraag verbodsrecht/vergoedingsrecht J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, Auteursrecht, Deventer: Kluwer 1993, nr 194 sub (3). [↑](#footnote-ref-6)
7. Dat de volmacht niet privatief is, kán als bezwaar gezien worden. Juist in de (commerciële) portretsfeer vind ik dat overigens niet zo’n bezwaar. Het valt bovendien weg tegen de achtergrond van de door de commissiezelf niet gewenste overdraagbaarheid van fysionomie, waarover dadelijk meer. [↑](#footnote-ref-7)
8. Vgl. J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, Auteursrecht, Deventer: Kluwer 1993, nr 241. [↑](#footnote-ref-8)
9. Vgl. ook HR 2 april 1993, NJ 1993, 573 m.nt. DWFV (NVPI/Snelleman), waarin —daar in het kader van een groepsactie— een zeer ruime relativiteit werd omhelsd. [↑](#footnote-ref-9)
10. Vgl. Pres. Rb. Arnhem 24 november 1993, KG 1994, 23 (Bill Evans). [↑](#footnote-ref-10)
11. Vgl. HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701 m.nt. LWH, IER 1989, p. 41 m.nt. JHS, Informatierecht/AMI 1989, p. 70, AA 1989, p. 675 m.nt. Cohen Jehoram (Elvis Presley), r.o. 3.6. [↑](#footnote-ref-11)
12. Veel gemakkelijker nog dan politietekenaars op basis van vage signalementen, kunnen commerciële tekenaars, op basis van een veelheid van portretmateriaal van vele verschillende fotografen en/of op basis van eigen herinnering aan de overledene, een ,eigen’ fysionomisch acceptabel en tegelijk niet auteursrecht--inbreukmakend portret van de overledene maken. [↑](#footnote-ref-12)
13. Wat mij betreft: uiteraard slechts met haar toestemming. [↑](#footnote-ref-13)
14. Merken zijn waren- of diensten-gebonden. Voor exploitanten is dit echter juist een interessante afbakeningswijze. [↑](#footnote-ref-14)
15. M.i. zouden in elk geval bij levende resp. nog niet 50 jaar overleden personen de merkrechten originair slechts aan de persoon zelf mogen toekomen, of anders gezegd: een depot door een ander zonder diens toestemming zou vatbaar voor nietigverklaring moeten zijn. [↑](#footnote-ref-15)
16. Het blijft zelfs ,eventueel’ en daarmee extra waterig. [↑](#footnote-ref-16)