

CONTOUREN VAN EEN PORTRETWET

Preadvies van de Commissie Portretrecht van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht september 1996

I. INLEIDING

De Commissie Portretrecht is in het najaar van 1994 door de Vereniging voor Media- en Communicatierecht in het leven geroepen met als taakopdracht het voorbereiden van een preadvies over de wenselijkheid van een afzonderlijke wettelijke regeling van het portretrecht. De roep om duidelijkheid vanuit de (rechts)praktijk heeft de commissie hierbij tot leidraad gediend. De door de commissie gesignaleerde knelpunten maken naar het oordeel van de commissie wetswijziging op onderdelen noodzakelijk. Bij haar beraadslagingen heeft de commissie rekening gehouden met het (geldende) geschreven recht, de jurisprudentie en het gebruik. De commissie heeft aansluiting gezocht bij bestaande wettelijke regimes, maar is hiervan waar wenselijk of noodzakelijk afgeweken.

Het preadvies geeft de conclusies weer van een vijftiental beraadslagingen van de commissie. Bij deze beraadslagingen werd gebruik gemaakt van een groot aantal notities opgesteld door de leden van de commissie. De commissie bestond uit de volgende personen, allen gerecruteerd uit het ledenbestand van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht:

Inge Brakman
Jaap Haeck (secretaris)
Jaap Herschel
Bernt Hugenholtz (voorzitter)
Germ Kemper
Victor Lebesque
Marion Lépinasse
Richard van Oerle
Gerard Schuijt
Frans Steenbeek
Erik Terheggen
Ronald Vecht
Dirk Visser
Carien Záborszky-Van Boxtel

Voorts heeft Frits Oppenoorth aan enkele vergaderingen van de commissie deelgenomen.

De meeste leden van de commissie zijn nauw betrokken bij de problematiek die het onderwerp vormt van dit preadvies. Zij zijn werkzaam in de journalistiek, omroep,

advocatuur, uitgeverij, fotografie en rechtswetenschap. Hoewel bij de besluitvorming van de commissie gestreefd is naar maximale consensus, spreekt het vanzelf dat de individuele opvattingen van de leden op onderdelen kunnen afwijken van de in dit preadvies neergelegde conclusies.

De redactie van dit preadvies werd gezamenlijk gevoerd door de voorzitter en de secretaris van de commissie.

Het geldend recht

Aan het geldende portretrecht zijn recent in de rechtsliteratuur uitvoerige beschouwingen gewijd.¹ De commissie acht het dan ook niet haar taak een uitvoerige beschouwing aan het huidige recht te wijden. Zij volstaat met de volgende summiere beschrijving van rechtsgrond, vorm en inhoud van het bestaande portretrecht.

De wettelijke basis van het portretrecht is allereerst gelegen in de artikelen 19-21 van de Auteurswet 1912. Deze bepalingen maken deel uit van § 6 van de wet: de *beperkingen van het auteursrecht*. Zij bevatten bepalingen van regelend recht die de relatie bepalen tussen een geportretteerde en de maker van (c.q. auteursrechthebbende op) een portret.

De artikelen 19 en 20 handelen over in opdracht gemaakte portretten. De geportretteerde opdrachtgever is op grond van artikel 19 bevoegd onder zekere voorwaarden het portret zonder toestemming van de auteursrechthebbende te verveelvoudigen of openbaar te maken. Omgekeerd bepaalt artikel 20 dat de rechthebbende voor de openbaarmaking van een portret de toestemming van de geportretteerde behoeft. Anders dan artikel 19 voorziet artikel 20 derhalve in een daadwerkelijk "portretrecht".

Van aanzienlijk wijdere strekking is artikel 21 Auteurswet dat van toepassing is op portretten gemaakt "zonder daartoe strekkende opdracht". Deze bepaling verleent de geportretteerde geen "portretrecht" in eigenlijke zin; zij verklaart ongeoorloofd de publikatie van portretten indien een "redelijk belang" van de geportretteerde zich daartegen verzet.

In het arrest 't Schaep met de Vijf Pooten² besliste de Hoge Raad dat artikel 21 Auteurswet analoog is toe te passen in relaties tussen geportretteerden en derden, niet zijnde auteursrechthebbenden. Daarmee is de "scope" van artikel 21 Auteurswet aanmerkelijk verruimd. De wettelijke basis van portretrechtelijke aanspraken jegens niet-rechthebbenden is, zo kan uit het arrest worden geconcludeerd, niet gelegen in artikel 21 Auteurswet, maar in het leerstuk van de onrechtmatige daad (thans artikel 6:162 BW). Met dat al kan worden geconcludeerd dat de wettelijke basis van het portretrecht naar huidig recht betrekkelijk smal is.

1. Zie o.m. J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, hoofdstuk VI; *Onrechtmatige daad*, VII G.A.I. Schuijt), aant. 121-138; G.A.I. Schuijt, 'Reality tv, nieuwe kost voor de privacybescherming en het portretrecht', *NJB* 1996/10, 341-346; W.F.F. Oppenoorth, 'Een lastig portret', *IER* 1986/5, 85-88; W.F.F. Oppenoorth, 'Portretten na HR 21 januari 1994', *Mediaforum* 1994/5, 58-59; C. Záborszky-Van Boxtel, 'Reality -tv en de realiteit van het recht', *Mediaforum* 1996/1, 5-10.

2. HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 383

Ratio

Over de rechtsgrond van de artikelen 19-21 Auteurswet is in de wetsgeschiedenis vrijwel niets terug te vinden. Volgens Gerbrandy³ is de ratio van dit artikel tweeledig; enerzijds dient deze bepaling ter bescherming van "hoogst persoonlijke gevoelens" van de geportretteerde, anderzijds ter bescherming van het eigendomsrecht van de geportretteerde opdrachtgever. Het huidige artikel 21 Auteurswet kwam in het oorspronkelijk ontwerp-Auteurswet niet voor; de bepaling is het resultaat van een amendement-Drucker, dat als volgt werd toegelicht:

"Ook bij portretten, die niet in opdracht van den geportretteerde zijn vervaardigd, kan openbaarmaking, ook door den maker, in hooge mate onbehoorlijk zijn."

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 21 Auteurswet de vastlegging is van een fatsoensnorm; het "redelijke" belang van artikel 21 is in de eerste plaats een *zedelijk* belang. Het is in dit verband belangrijk te constateren dat artikel 21 tot stand is gekomen zeven jaar vóór het baanbrekende arrest Lindenbaum-Cohen.⁴ Duidelijk is dat in de jaren voorafgaande aan de totstandkoming van de Auteurswet het ontbreken van enigerlei portretrechtelijk bescherming, gezien de beperkte betekenis die de Hoge Raad destijds aan artikel 1401 BW toekende, als een gemis werd ervaren.

De persoonlijkheidsrechtelijke ratio van het portretrecht is vele jaren later door de Hoge Raad met zoveel woorden benadrukt in de arresten *Naturiste* (1987)⁵ en *Vondelpark* (1988)⁶. In laatstgenoemd arrest wordt uitdrukkelijk verwezen naar artikel 8 EVRM. Sedert 1983 heeft het privacy-portretrecht ook een constitutionele basis in artikel 10 van de Grondwet.

"Van geheel andere aard"⁷ is de tweede rechtsgrond van het geldende portretrecht: de *prestatiebescherming*. Sedert het Schaep-arrest staat vast dat artikel 21 Auteurswet niet slechts ziet op morele "redelijke" belangen, maar ook op commerciële (financiële) belangen. Deze rechtsgrond heeft geen duidelijke grondrechtelijke basis; de bescherming vloeit primair voort uit beginselen van rechtvaardigheid en eerlijke mededinging.

Plan van behandeling

De opzet van dit preadvies is verder als volgt. Eerst zal worden ingegaan op het object van (mogelijke) bescherming: het portret. Hoewel het portretrecht in twee verschillende gedeelten uiteenvalt (het ideële en het commerciële portretrecht) geeft de commissie er om praktische redenen de voorkeur aan daarbij één universeel portretbegrip te hanteren. Na behandeling van het portretbegrip zullen aan de hand van de huidige wettelijke regeling in de Auteurswet de verschillende aspecten van het portretrecht aan de orde komen. Dat betekent dat eerst summier zal worden ingegaan op het in opdracht gemaakte portret (thans: artikelen 19 en 20 Aw). Vervolgens wordt uitgebreid aandacht besteed aan het portretrecht zoals dat thans is geregeld in artikel 21 Aw. De ideële of

3. S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, p. 272.

4. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161; Oppenoorth, *IER* 1986, p. 88 r.k.

5. HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277.

6. HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1000.

7. Spoor/Verkade, p. 271.

persoonlijkheidsrechtelijke kant van het portretrecht behoeft naar het oordeel van de commissie geen wezenlijke verandering te ondergaan. Voor het commerciële portretrecht is dit wel het geval. De commissie stelt voor dit recht door middel van een afzonderlijke wettelijke regeling het karakter te geven van een subjectief absoluut recht van beperkte strekking. Aan het eind van het preadvies worden de belangrijkste conclusies van de commissie samengevat.

De commissie heeft haar aanbevelingen niet uitgewerkt in concrete tekstvoorstellen. Zij heeft hier bewust van afgezien; de commissie wil bevorderen dat de discussies over haar voorstellen zich concentreren op de hoofdlijnen van het preadvies.

II. OBJECT VAN BESCHERMING: HET PORTRET

Hoewel in de Memorie van Toelichting bij de Auteurswet werd gesproken van een portret als 'een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook is vervaardigd'⁸, is naar huidig recht duidelijk dat ook de typerende lichaamshouding een rol kan spelen bij de vraag of er sprake is van een portret. Het moet gaan om een herkenbare visuele afbeelding van een persoon.⁹

Bij de behandeling van zowel de ideële als de commerciële kant van het portretrecht is de commissie uitgegaan van de volgende definitie van een portret:

Afbeelding van een persoon of van een gedeelte van een persoon, die ten gevolge van overeenstemming of herkenbaarheid van fysieke aspecten, de indruk wekt een afbeelding van een bepaalde persoon te zijn.

Deze definitie beoogt geen weergave te zijn van het geldend recht; zij is (iets) ruimer dan het portretbegrip zoals dat in de jurisprudentie is ontwikkeld.

Het gaat in de door de commissie gehanteerde definitie om een *visuele* weergave van een persoon. Hierdoor vallen bijvoorbeeld stemgeluiden of beschrijvingen in woorden buiten de definitie. Het lag naar het oordeel van de commissie niet in haar taakopdracht om een algemeen persoonlijkheidsrecht of 'right of publicity' te creëren. Van deze beperkte definitie zal echter geen a contrario-effect mogen uitgaan. Naar het oordeel van de commissie valt niet uit te sluiten dat een persoon onder omstandigheden ook rechtens relevante aanspraken kan doen gelden ten aanzien van auditieve of louter "schriftelijke" verwijzingen naar zijn persoon.

8. L. de Vries, *Parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912*, losbl., p. 19.3.

9. HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277, met noot LWH, *Informatierecht/AMI* 1988/3, 58, met noot Bunschoten (Naturiste). De Hoge Raad overwoog: 'Ook onjuist is dat uitsluitend de afgebeelde gelaatstrekken tot herkenning moeten leiden en daarbij niet ook een typerende lichaamshouding een rol mag spelen.'

De gehanteerde definitie vergt niet dat het portret daadwerkelijk de persoon afbeeldt die zich op zijn portretrecht beroept. Hierdoor wordt verzet tegen afbeeldingen van *look-alikes* in principe mogelijk.¹⁰

De definitie is niet beperkt tot een afbeelding van het *gelaat* of een gedeelte daarvan. Een afbeelding van een gelaat levert niet per se ernstiger schade op aan ideële of commerciële belangen van de betrokken persoon dan de afbeelding van andere fysieke aspecten waardoor een persoon herkenbaar is. Het gelaat geniet overigens uit zijn aard extra bescherming. Bij afbeelding daarvan zal immers sneller sprake zijn van aantasting van deze belangen. Indien het gelaat als zodanig niet in beeld is, zal minder snel van portretrecht-inbreuk sprake kunnen zijn. Het ruimere portretbegrip 'afbeelding van een persoon' biedt ruimte tot ontwikkeling van het begrip en sluit aan bij het geldende recht.

De afbeelding moet *de indruk wekken* een afbeelding van een bepaalde persoon te zijn. De enkele *associatie* van een afbeelding met een bepaalde persoon is niet genoeg om te kunnen spreken van een portret. Het gaat om de herkenbaarheid, de mogelijkheid tot identificatie van de persoon.

De indruk die de afbeelding wekt moet het gevolg zijn van herkenbaarheid van *fysieke aspecten*.¹¹ Hierdoor wordt bijvoorbeeld voorkomen dat een foto van een voetballer in een shirt met rugnummer 14 als een portret van Johan Crujff kan worden aangemerkt. Evenmin kwalificeert een foto van een aap met het onderschrift "Wim Kok" als een portret van de minister-president.¹²

De hierboven gegeven definitie van het portret impliceert dat het portretrecht gekoppeld wordt aan één specifieke afbeelding van de persoon. Zou dit anders zijn, dan zou de band tussen afbeelding en portretrecht worden doorgesneden. Ook andere verwijzende en associërende objecten zouden dan onder het portretrecht kunnen vallen. De commissie acht een zodanig ruim gedefinieerd portretrecht onwenselijk.

III. HET PORTRET IN OPDRACHT

In artikel 19 Aw wordt aan de persoon die de opdracht heeft gegeven tot een portret enkele verveelvoudigings- en openbaarmakingsbevoegdheden toegekend. Het geldend recht geeft de geportretteerde een ongeclausuleerd portretrecht jegens de auteursrechthebbende (artikel 20 Aw). Beide bepalingen beperken het auteursrecht van de maker. Blijkens de zeer beperkte rechtspraak en de praktijk voorzien zij niet of nauwelijks in een behoefte. Het maken van portretten in opdracht is - in vergelijking met de situatie in 1912 - een relatief onbeduidend fenomeen geworden. De commissie ziet niet in op welke grond(en) in het huidige tijdsgewricht wettelijke bepalingen van regelend

10. Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 4 februari 1977, *NJ* 1977, 280 (Sonja Barend); anders: Pres. Rb. Amsterdam, 22 december 1994 *Bijlage Mediaforum* 1995/2, B19-B20, *Informatierecht/AMI* 1995/7, 136-137, met noot Spoor (Millecam).

11. Grensgevallen zijn haren, baarden, snorren, tatoeages, make-up, brillen, andere protheses e.d.

12. Wellicht is een dergelijke publikatie wél onrechtmatig; echter niet op grond van het portretrecht, maar op grond van artikel 6:162 BW.

recht noodzakelijk zijn, temeer niet nu in de Auteurswet een regeling van het in opdracht gemaakte *werk* ontbreekt.

Beter lijkt het daarom met betrekking tot portretten-in-opdracht de contractsvrijheid te laten prevaleren en de artikelen 19 en 20 te schrappen. Naar het oordeel van de commissie zijn betrokken partijen in een opdrachtsituatie zeer wel in staat zelf te bepalen welke portretrechtelijke aanspraken de geportretteerde jegens de auteursrechthebbende kan uitoefenen.

IV. HET IDEELE PORTRETRECHT

In artikel 21 Aw wordt een belangrijk aspect van de bescherming van de persoon geregeld. Publikatie van een portret dat niet in opdracht is gemaakt is onrechtmatig indien de geportretteerde of diens nabestaanden een redelijk belang hebben dat zich tegen publikatie verzet. De commissie is van oordeel dat het persoonlijkheidsrechtelijke portretrecht, zoals dat in de rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen, naar behoren functioneert. Ten aanzien van de commerciële kant van het portretrecht doet de commissie echter voorstellen om te komen tot een nieuw subjectief recht. Mede met het oog hierop zullen ook in het ideële portretrecht enige veranderingen noodzakelijk zijn. Steeds moet bedacht worden dat het ideële portretrecht en het commercieel portretrecht zoals de commissie dat voor ogen staat naast elkaar zullen bestaan. Dit betekent dat de twee takken van het portretrecht elkaar zullen aanvullen en beperken.

Relatie met de informatievrijheid

Over het algemeen wordt aangenomen dat de rechtsgrond van de ideële component van het portretrecht gelegen is in de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.¹³ Het ideële portretrecht kan daarmee gerelateerd worden aan het in art. 8 EVRM neergelegde recht op respect van het privéleven, het privacyrecht. Het ideële portretrecht beschermt de privacybelangen van de geportretteerde. Daardoor beperkt het niet alleen de (auteurs)rechten van de maker van het portret, maar ook de vrijheid van derden informatie te ontvangen en door te geven. In zoverre kan gezegd worden dat het ideële portretrecht conflicteert met artikel 10 EVRM, de informatievrijheid.

De Hoge Raad heeft in diverse arresten vastgesteld dat van de twee grondrechten uitingsvrijheid en bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet één van beide per definitie voorrang heeft. Zo overwoog de Hoge Raad in de zaak *Ferdi E.*:

‘Het gaat hier om twee vrijheden die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, en er bestaat geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden [...]’¹⁴

13. HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277, met noot Wichers Hoeth, *Informatierecht/AMI* 1988/3, 58 (Vondelpark). Met zoveel woorden: Ktr. 's- Gravenhage 23 januari 1981, *NJ* 1981, 578 (Dikke Dames).

14. HR 21 februari 1994, *NJ* 1994, 473 met noot Verkade; *Informatierecht/AMI* 1994/5, 93, met noot Schuijt; *NJCM* 1994/6, 659, met noot Verhey. Over dit arrest voorts: W.F.F. Oppenoorth, ‘Portretten na HR 21 januari 1994’, *Mediaforum* 1994/5, 58.

Voor het portretrecht betekent dit dat telkens een afweging zal moeten plaatsvinden tussen de informatievrijheid en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De rechter zal moeten nagaan welk van beide fundamentele rechten in het concrete geval zwaarder weegt. De commissie heeft geen gronden gezien de in deze jurisprudentie uitgezette lijn ter discussie te stellen; zij heeft haar in haar preadvies tot uitgangspunt genomen.

Wie kan zich tegen publikatie verzetten?

Het recht zich tegen publikatie te verzetten komt in beginsel aan *iedere geportretteerde* toe. Artikel 21 Aw geeft dit recht ook aan de nabestaanden van de geportretteerde, zoals gedefinieerd in artikel 25a Aw (ouders, echtgenoot en kinderen). Kennelijk is de wetgever ervan uitgegaan dat alleen aan deze (beperkte) kring van nabestaanden portretrechtelijke aanspraken met betrekking tot de overleden geportretteerde toekomen. De commissie acht deze begripsomschrijving achterhaald; zij stelt voor de kring van belanghebbenden enigszins uit te breiden. In een toekomstige wettelijke regeling ware onder 'nabestaanden' ook de levenspartner(s) van de geportretteerde te verstaan.¹⁵

Inhoud van het ideële portretrecht

De commissie is van mening dat het huidige artikel 21 Auteurswet met betrekking tot de persoonlijkheidsbelangen van de geportretteerde naar tevredenheid functioneert. De plaats van het portretrecht in de (Auteurs)wet verdient echter uit een oogpunt van wetsystematiek heroverweging. Het ideële portretrecht heeft met het eigenlijk auteursrecht immers maar zeer zijdelings van doen.

In dit verband rijst de vraag of aan (her)codificatie van het ideële portretrecht überhaupt behoefte bestaat. Heeft de huidige tekst van artikel 21 Aw 'toegevoegde waarde' ten opzichte van de algemene zorgvuldigheidsnorm die in artikel 6:162 BW gesanctioneerd wordt? Zou artikel 21 Aw niet simpelweg geschrapt kunnen worden? Het schenden van de privacybelangen van een geportretteerde zou immers op grond van artikel 6:162 BW als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt.

De commissie wil echter zover niet gaan. Het ideële portretrecht heeft als geschreven rechtsnorm een historie en een (inmiddels uitermate rijke) jurisprudentie; het zou onverstandig zijn deze overboord te zetten. Het schrappen van een (hoezeer ook vage) geschreven rechtsnorm zou bovendien, zeker in het licht van de huidige technische mogelijkheden, een verkeerd signaal zijn aan de maatschappij. De commissie stelt dan ook niet voor het ideële portretrecht te doen opgaan in artikel 6:162 BW. Naar het oordeel van de commissie ware een met artikel 21 Aw vergelijkbare bepaling expliciet op te nemen in een afzonderlijke wettelijke regeling, waarin ook het commerciële portretrecht een plaats zou krijgen. Artikel 21 kan alsdan uit de Auteurswet worden verwijderd.

Beperkingen van het ideële portretrecht

Het ideële portretrecht vindt zijn begrenzing in de informatievrijheid. De door de Hoge Raad in de zaak Ferdi E. gegeven regel dwingt de rechter tot een belangenafweging die uit de aard der zaak noodzakelijk een casuïstisch karakter heeft; bij deze afweging kan

15. Aldus G.J.H.M. Mom, *IER* 1992, p. 102.

een groot aantal relevante factoren een rol spelen. De commissie heeft zich de vraag gesteld of codificatie van (categorieën van) deze factoren mogelijk en wenselijk zou zijn. Zij concludeert dat dit niet het geval is. Zoals bijvoorbeeld moge blijken uit de lange (maar zeker niet limitatieve) 'checklist' die de Hoge Raad in het arrest *Gemeenteraadslid X*.¹⁶ heeft gemaakt, is het aantal potentieel relevante factoren schier oeverloos. Het codificeren van een dergelijke "waslijst" zou aan de rechtszekerheid bovendien zeer weinig bijdragen, aangezien de lijst nimmer uitputtend zou mogen zijn.

Het codificeren van mee te wegen criteria zou de uitingsvrijheid bovendien te veel kunnen belemmeren. Een teveel aan regels zou een *chilling* effect kunnen hebben en leiden tot zelfcensuur bij de media.

Overdracht en vererving

Door het persoonlijkheidsrechtelijke karakter van het ideële portretrecht is overdracht en vererving hiervan naar huidig recht niet mogelijk. Het ideële portretrecht gaat slechts over op de nabestaanden voorzover deze zélf een redelijk belang hebben dat zich tegen openbaarmaking verzet. De commissie sluit zich ook op dit punt aan bij het bestaande recht.

Handhaving van het ideële portretrecht

Voor behandeling van de civielrechtelijke middelen tot handhaving wordt verwezen naar de behandeling hiervan onder het commercieel portretrecht (zie p. 14-15). Dezelfde handhavingsmiddelen staan ook de geportretteerde ter beschikking die zich beroept op het ideële portretrecht.

Strafrechtelijke handhaving van het ideële portretrecht

Op grond van artikel 35 Aw is schending van het portretrecht een strafbaar feit (overtreding). Daarnaast bevatten de artikelen 139f, 139g en 441b Sr een aantal algemene strafbepalingen ter bescherming van de privacy. Het arglistig maken van een portret in een woning of niet voor het publiek toegankelijke ruimte is strafbaar, evenals het bezit of openbaarmaking van een op deze wijze gemaakte foto. Ook het heimelijk fotograferen van personen in voor het publiek toegankelijke besloten ruimtes - cafés, winkels e.d. - is verboden.

Artikel 35 Aw zou in het door de commissie voorgestelde nieuwe regime een plaats moeten krijgen. De overige genoemde strafbepalingen kunnen naar het oordeel van de commissie onveranderd van kracht blijven.

V. HET COMMERCIEEL PORTRETRECHT

Overdraagbaarheid gewenst

Zoals opgemerkt, worden naar huidig recht (sedert het Schaep-arrest) commerciële aanspraken van geportretteerden in beginsel gehonoreerd. Nu deze echter niet zijn

16. HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801.

uitgewerkt in een subjectief recht is dit commercieel portretrecht voor de geportretteerde echter slechts van beperkte betekenis gebleven. Daarbij wreekt zich in het bijzonder het ontbreken van de mogelijkheid van overdracht of vererving van het portretrecht. De bewoordingen van artikel 21 Aw lijken zich, mede gezien de van oorsprong persoonlijkheidsrechtelijke ratio van deze wetsbepaling, te verzetten tegen overdraagbaarheid of erfopvolging. Het Burgerlijk Wetboek biedt evenmin soelaas. Op grond van artikel 3:83 lid 3 BW zijn "andere rechten" (dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten) slechts overdraagbaar "wanneer de wet dit bepaalt". Nu de Auteurswet op dit punt zwijgt, moet overdraagbaarheid naar huidig recht uitgesloten worden geacht.¹⁷

Door deze leemte worden de commerciële exploitatie van portretten (door middel van posters, ansichtkaarten, kalenders en allerhande merchandising) en de daarmee samenhangende rechtshandhaving ernstig bemoeilijkt. Bij deze exploitatie is de geportretteerde in de praktijk vaak nauwelijks betrokken. Voor de verschillende exploitatievormen plegen artiesten en andere "grootheden" hun rechten in licentie te geven aan grote merchandisingbureau's, die vervolgens weer sublicenties geven. Aldus kan een keten van licenties ontstaan. In de licentiecontracten wordt nauwkeurig omschreven waarvoor en hoe een bepaalde foto gebruikt mag worden en onder welke voorwaarden. De licenties zijn beperkt in territorium, naar object van merchandising, en tijd. Aan deze licenties komt geen "derdenwerking" toe. Voor de rechtshandhaving blijven de licentiehouders/exploitanten volstrekt afhankelijk van de geportretteerde licentiegever.¹⁸ Dit wordt deels ondervangen door het verlenen van procesvolmachten: de geportretteerde geeft bij voorbaat toestemming om namens hem als procespartij op te treden.¹⁹ Op eigen titel optreden is de exploitant echter in het huidige systeem echter niet gegund.

Ook *vererving* van het commercieel portretrecht is naar geldend recht niet mogelijk omdat het geen subjectief recht is. Zolang de geportretteerde leeft zijn allerlei vormen denkbaar waarop een portret geëxploiteerd kan worden. Bij gebrek aan de mogelijkheid van vererving houden deze mogelijkheden naar geldend recht onmiddellijk op te bestaan met de dood van de auteur. Dit betekent niet alleen dat aan de erfgenamen een potentieel belangrijke bron van inkomsten onthouden wordt, maar vooral dat exploitanten van portretten hun (duur verworven) exclusiviteit van de ene op de ander dag zien verdwijnen.

Voor de geportretteerde zelf betekent het ontbreken van overdraagbaarheid en vererving dat hij zijn populariteit niet optimaal kan verzilveren. Terwijl de Hoge Raad deze verzilverbaarheid in rechte respecteert, belemmert het wettelijk systeem een optimale exploitatie. Het persoonlijkheidsrechtelijke karakter van het portretrecht blokkeert de

17. J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, p. 287; anders: Th.C.J.A. van Engelen, *Ars Aequi* 1991, p. 267; zie tevens Th.C.J.A. van Engelen, *NJB* 1991, p. 431.

18. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1990, *NJ* 1991, 281; *BIE* 1981, 332; *IER* 1990/6, 129; *Informatierecht/AMI* 1991/3, 48, met noot Verkade (Winterland). Zie ook HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701 (Elvis Presley).

19. Volmachten hebben overigens geen privatieve werking. Indien de geportretteerde in strijd met de door hem gegeven volmachten toch bepaalde rechtshandelingen verricht, blijven deze geldig. Zie bijv. HR 29 september 1989, *NJ* 1990, 307, met noot Verkade; *Informatierecht/AMI* 1990/, 91, met noot Dubois (Van Spijk/Beeldrecht).

ontwikkeling van het commercieel portretrecht tot een volwaardig vermogensrecht, waarover de geportretteerde als 'eigenaar' kan beschikken.

Gezien het snel groeiend economische belang van de exploitatie van portretten, is het naar het oordeel van de commissie wenselijk in deze te leemte te voorzien. Een nieuw te creëren *Portretwet* zou aan het commerciële portretrecht het karakter moeten geven van een volwaardig - doch qua omvang beperkt - subjectief recht, dat overdraagbaar en vererfbaar is.²⁰

Door overdracht zal de exploitant zelf in staat zijn op te treden tegen inbreuk, zonder tussenkomst of procesvolmacht van de geportretteerde. De exploitant die onder het geldend recht een exclusieve licentie heeft verkregen kan worden geconfronteerd met grillen van de geportretteerde. In geval van overdracht is de exploitant hier beter tegen gewapend. Is het recht met betrekking tot een portret eenmaal overgedragen, dan hoeft niet voor iedere nieuwe exploitatievorm aanvullende toestemming te worden verworven. De rechthebbende heeft zelf de volledige zeggenschap over het portret, anders dan de licentienemer die slechts toestemming krijgt met betrekking tot een bepaalde vorm van exploitatie. Bij overdracht komt de door de exploitant/rechthebbende geleden schade volledig voor vergoeding in aanmerking. Daarmee verkrijgt de exploitant een betere positie. Indirect zal ook de geportretteerde hiervan profiteren; de handelswaarde van het commerciële portretrecht neemt toe, de geportretteerde kan een hogere royalty (voor overdracht of licentie) bedingen. Ook de rechtszekerheid (van *alle* bij de exploitatie betrokken partijen) is met de mogelijkheid van overdracht en vererving uiteraard ten zeerste gediend.

De commissie erkent dat aan de overdraagbaarheid van het commerciële portretrecht voor de geportretteerde zekere morele risico's verbonden zijn. Na overdracht heeft de geportretteerde immers niet langer zeggenschap over de wijze waarop de commerciële exploitatie van zijn portret geschiedt. De commissie acht dit bezwaar echter niet onoverkomelijk, indien de geportretteerde een beroep op het ideëel portretrecht blijft toekomen. Op dit punt zoekt de commissie aansluiting bij het *auteursrechtelijke* persoonlijkheidsrecht, dat de auteur van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst ook ná overdracht van zijn exploitatierechten blijft toekomen (artikel 25 Auteurswet).

Rechthebbende van het commercieel portretrecht

Aan wie zou een dergelijk commercieel portretrecht moeten toekomen? Naar huidig recht is de kring van potentieel rechthebbenden beperkt. Uit het 't Schaep met de Vijf Pooten-arrest valt af te leiden dat een geportretteerde een redelijk financieel belang heeft in de zin van artikel 21 Aw, indien hij een *in de uitoefening van zijn beroep verworven populariteit heeft die door openbaarmaking van portretten geëxploiteerd kan worden*.²¹ De geportretteerde moet voor een geslaagd beroep op artikel 21 'verzilverbare populariteit' hebben, die beroepsmatig is verworven. Daarmee kwalificeert de Hoge Raad het

20. Voor een wettelijke regeling van deze strekking is in het verleden door diverse schrijvers gepleit: S. Boekman, *BIE* 1966, nr. 2, p. 29-32; H. Cohen Jehoram, in: *Noten bij noten* (Wichers Hoeth-bundel), Zwolle, p. 351; ook J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, p. 287, zien goede argumenten voor de constructie van het portretrecht als subjectief vermogensrecht.

21. HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 383, r.o. 53.

commercieel portretrecht als een vorm van prestatiebescherming; het recht komt slechts toe aan degene die het 'verdient'.

De commissie meent dat de Hoge Raad de kring van rechthebbenden met deze formule te eng getrokken heeft. Ook bijvoorbeeld fotomodellen kunnen onder omstandigheden een redelijk financieel belang hebben,²² terwijl een commercieel portretrecht voor andere categorieën evenmin uitgesloten moet worden geacht.²³ Van 'verzilverbaarheid' (door commerciële exploitatie) zal uiteraard eerder sprake zijn indien een persoon populariteit geniet. Maar ook zonder populariteit kan een portret grote commerciële waarde hebben (fotomodellen, leden van het Koninklijk Huis, politici, etc.). Het prestatie-criterium van de Hoge Raad miskent de economische realiteit. De economische waarde van een portret is geen functie van de eventuele 'prestatie' van de geportretteerde. Uit economisch oogpunt bestaat er reden voor bescherming zodra commerciële exploitatie van een portret mogelijk is.²⁴

Populariteit lijkt aldus geen bruikbaar criterium om te bepalen of een geportretteerde bescherming geniet tegen aanhaken, aanleunen of profiteren, terwijl ook 'verzilverbare populariteit' geen afbakenend criterium is. Naar het oordeel van de commissie komt in beginsel *iedere geportretteerde* in aanmerking voor het commercieel portretrecht.

In een toekomstig wettelijk regime ware het commercieel portretrecht los te maken van enig prestatie-criterium. Dit betekent ook dat *derden* die aan de populariteit en/of verzilverbaarheid van de geportretteerde persoon een bijdrage hebben geleverd (visagisten, grimeurs, choreografen e.d.) niet door het portretrecht zullen worden beschermd. Onder omstandigheden kunnen deze derden wellicht *auteursrechtelijke* bescherming genieten.²⁵

Inhoud van het commercieel portretrecht

In een toekomstige wettelijke regeling zou het commercieel portretrecht het karakter van een subjectief (overdraagbaar) absoluut recht moeten worden. Wat zou de reikwijdte van dit recht moeten zijn? De commissie meent dat bij het bepalen van de inhoud van het recht de economische ratio ervan als uitgangspunt zou moeten dienen. Het recht zou de geportretteerde of zijn rechtsopvolger slechts moeten beschermen tegen het gebruik van zijn portret voor handelsdoeleinden.

De 'scope' van het portretrecht zou daarmee, in vergelijking met het auteursrecht of de naburige rechten geregeld in de WNR, zeer beperkt blijven. Anders dan genoemde

22. Pres. Rb. Breda 14 mei 1984, *KG* 1984, 172 (Ex-naaktmodel); Rb. Amsterdam, 28 augustus 1991, *Informatierecht/AMI* 1991/9, 207 (Lingeriefoto); Pres. Rb. Amsterdam 29 maart 1974, *NJ* 1974, 398 (Carl Denig-catalogus).

23. Hof Amsterdam, 27 mei 1993, *NJ* 1994, 658; *Informatierecht/AMI* 1995/5, 96 met noot Cohen Jehoram (Spaarnestad/Vanderlijde).

24. Hof Amsterdam, 27 mei 1993, *NJ* 1994, 658; *Informatierecht/AMI* 1995/5, 96 met noot Cohen Jehoram (Spaarnestad/Vanderlijde): 'Bij de beoordeling van de vraag of het financiële belang van Vanderlijde is aan te merken als een redelijk belang in de zin van art. 21 AW, gaat het er niet om of Vanderlijde de status van amateurbokser of van beroepsbokser heeft. Het gaat erom of de populariteit die Vanderlijde zich als bokser heeft verworven, zodanig is dat een commerciële exploitatie van die populariteit door het openbaar maken van zijn portret mogelijk is.'

25. Vgl. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 377 (Kluwer/Lamoth).

rechten van intellectuele eigendom zou het commerciële portretrecht de geportretteerde slechts beschermen tegen de ongeoorloofde exploitatie *voor handelsdoeleinden*, dat wil zeggen: voor commercieel of daaraan gelijk te stellen gebruik. In de wettelijke regeling ware het begrip 'voor handelsdoeleinden' nader te definiëren. Duidelijk zal moeten worden dat daaronder *niet* wordt verstaan:

- * het gebruik van portretten door de media, voor zover dit gebruik een redelijk verband heeft met de informatievoorziening;
- * het gebruik van portretten voor wetenschappelijke of kunstzinnige doeleinden;
- * het gebruik van portretten ter identificatie van de afgebeelde personen;
- * het gebruik in de privésfeer.

Het commerciële portretrecht dient bescherming te bieden tegen de commerciële exploitatie van het portret in iedere vorm. De rechthebbende moet zich kunnen verzetten tegen iedere commerciële exploitatie van zijn portret met inbegrip van de daarbij behorende voorbereidingshandelingen. Onder het commerciële portretrecht vallen derhalve niet alleen de (re)productie, publikatie en verhandeling "voor handelsdoeleinden" van tastbare producten waarin het portret is vastgelegd (posters, kalenders, asbakken), maar ook de het aanbieden of verspreiden *voor handelsdoeleinden* van portretten in elektronische vorm (bijvoorbeeld via het Internet).

Het ligt voor de hand ten aanzien van het materiële exploitatierecht aansluiting te zoeken bij de uitputtingsregel die (elders) in het recht van intellectuele en industriële eigendom algemeen geaccepteerd is. Het exploitatierecht zou zich niet moeten uitstrekken tot reproducties van een portret die door (of met toestemming van) de portretrechthebbende in het verkeer zijn gebracht.

Wettelijke beperkingen

Aangezien de reikwijdte van het commerciële portretrecht in vergelijking met het auteursrecht en de bestaande naburige rechten beperkt is, bestaat aan een uitgebreid scala van wettelijke beperkingen geen behoefte.

Voorzover dit uit de inhoud van het portretrecht niet reeds zou volgen, zouden - naast de hierboven opgesomde handelingen - het justitieel gebruik (vgl. art. 22 Aw), het "citeren" in reclame-uitingen (vgl. art. 15a Aw) en het overnemen van portretten uit overheidspublicaties (vgl. art. 15b Aw) uitdrukkelijk dienen te worden vrijgesteld. Eventueel kan worden overwogen als 'veiligheidsklep' een *fair use* regeling in de Portretwet op te nemen.

Overdracht, vererving, licenties

In de door de commissie voorgestane Portretwet ware, het spreekt na het voorgaande vanzelf, uitdrukkelijk te bepalen dat overdracht, licentiëring en vererving van het commerciële portretrecht mogelijk zijn. Overdracht en vererving laten een beroep op het ideëel portretrecht onverlet; de geportretteerde kan derhalve ook na overdracht bezwaar maken tegen portretgebruik dat zijn eer of goede naam aantast.

De commissie heeft zich uitvoerig gebogen over de vraag of ook 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. De commissie schrikt hiervoor terug. De *fysionomie* is naar het oordeel van de commissie te nauw met de persoon verweven om als voorwerp van een overdraagbaar recht te dienen. Derhalve ware in de voorgestelde wettelijke regeling te bepalen dat alleen het portretrecht op een *bepaald* portret vatbaar is voor gehele of gedeeltelijke overdracht. Tevens ware te bepalen dat de overdracht op toekomstige (dat wil zeggen: niet voldoende bepaalde) portretten niet mogelijk is. Overigens blijkt reeds uit de voorgestelde omschrijving van het "portret", dat het recht - en dus ook de overdracht daarvan - slechts betrekking heeft op een specifieke afbeelding van de persoon.

Het staat partijen uiteraard vrij om langs contractuele weg aan de exploitant verder reikende rechten op (toekomstige) afbeeldingen van de betrokken persoon te verlenen. Aan dergelijke rechten komt echter uit de aard der zaak geen derdenwerking toe.

Levering van het commercieel portretrecht zal - om de geportretteerde voor onbezonnen overdracht te behoeden - *bij akte* moeten geschieden. Een dergelijk formeel vereiste beantwoordt naar het oordeel van de commissie tevens aan de eisen van het rechtsverkeer. De akte verschaft de portretrechthebbende tegenover derden de nodige legitimatie. Een dergelijke bepaling kan bovendien bijzonder nuttig zijn omdat zeer veel portretten zonder medeweten van de geportretteerde worden vervaardigd. Licentiëring zou daarentegen, evenals in het auteursrecht, vormvrij dienen te blijven.

Overdracht zou, evenals in het auteursrecht, geheel of gedeeltelijk kunnen plaatsvinden. Eventuele beperkingen van de overdracht zouden betrekking kunnen hebben op het medium (boek-uitgave, CD-ROM), het territorium, etc. Ook het vestigen van zekerheidsrechten zou mogelijk moeten zijn. Daarentegen ware in het voetspoor van artikel 2 lid 3 Aw te bepalen dat nimmer overgedragen of commercieel geëxploiteerde commerciële portretrechten niet vatbaar zijn voor beslag (in of buiten faillissement).

Voorts zou een regeling naar analogie met artikel 45d Auteurswet en artikel 4 WNR moeten worden opgenomen waardoor de geportretteerde filmacteur wordt geacht aan de filmproducent het recht te hebben overgedragen om de 'stills'²⁶ in kwestie commercieel te exploiteren. Voor een bijbehorend recht op een billijke vergoeding ziet de commissie echter geen grond.

Persoonlijksrechten op het commercieel portret

De commissie acht het wenselijk dat de geportretteerde ook na overdracht of licentiëring van zijn commerciële portretrecht zekere ideële aanspraken behoudt. De geportretteerde zou het recht moeten behouden zich te verzetten tegen commercieel gebruik van zijn portret dat nadeel toebrengt aan de eer of de naam van de geportretteerde, tenzij zodanig nadeel door partijen bij de overdracht voorzien was. Tevens zou de geportretteerde bezwaar moeten kunnen maken tegen onjuiste naamsvermelding, indien hij daarbij een redelijk belang heeft.

26. 'Still': filmfoto, een enkel stilstaand (film)beeld.

De commissie heeft zich gebogen over de vraag of hiervoor naast - of in plaats van - de *lex generalis* van (thans) artikel 21 Aw een afzonderlijke wetsbepaling noodzakelijk is. De commissie is van oordeel dat dat niet het geval is. Het naast elkaar bestaan van twee verschillende ideële portretrechten zou de voorgestelde wettelijk regeling onnodig compliceren. Met behulp van het "redelijk belang" criterium van artikel 21 Aw kunnen de ideële belangen van de geportretteerde en de commerciële belangen van de exploitant-rechthebbende met elkaar worden verzoend.

Afstand van het (onoverdraagbare) ideële portretrecht zou mogelijk moeten zijn, indien dat expliciet in de akte van overdracht van het commerciële portretrecht is bepaald.

Duur

Voor de duur van het commercieel portretrecht zoekt de commissie aansluiting bij de WNR. De bescherming die het commercieel portretrecht zou bieden zou aldus een periode van 50 jaar beslaan. Deze termijn zou moeten lopen vanaf de eerste januari volgend op de eerste exploitatie van het portret. Dit moment van eerste exploitatie zal in het algemeen gemakkelijker zijn te achterhalen dan bijvoorbeeld het jaar van de dood van de geportretteerde.

Voor de uitoefening van het ideële portretrecht *post mortem* geldt hetgeen hiervoor (p. 8) te dien aanzien is gesteld.

Handhaving en beslag

De mogelijkheden van handhaving en beslag van het commercieel portretrecht zouden naar het oordeel van de commissie geënt kunnen worden op de bestaande mogelijkheden onder de Auteurswet en het gemene recht, met de volgende aantekeningen:

1. Civielrechtelijk²⁷

a) *De verbodsactie*

Deze is bij uitstek geschikt voor de handhaving van het commercieel portretrecht.

b) *De schadevergoedingsactie*

De commissie constateert dat de toegekende schadevergoedingen in zaken van commercieel portretrecht relatief laag zijn gebleven. De verwachting is dat door de 'upgrading' van het commercieel portretrecht tot een subjectief recht de hoogte van schadevergoedingen meer aan de markt gerelateerd zal worden.

c) *De vordering tot afgifte van winst*

Schadevergoeding zou (uiteraard) ook gedeelde winst kunnen omvatten. Voor een èn-èn regeling naar het voorbeeld van artikel 27a Aw ziet de commissie geen grond.

d) *Beslag*

Ook deze actie is bijzonder geschikt voor handhaving van het commercieel portretrecht; hiervoor is een specifieke wettelijke bepaling naar analogie van de artikelen 28 en 29 Aw vereist, zoals thans in artikel 30 Aw is voorzien.

e) *Rectificatie²⁸ en terugnemen van onrechtmatig verspreide portretten²⁹*

27. Zie J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, p. 289-292.

28. Pres. Rb. Amsterdam 17 februari 1983, *KG* 1983, 94 (Des Bouvrie/PSP); Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 januari 1985, *KG* 1985, 55 (Cakici/Centrumpartij). Het spreekt vanzelf dat rectificatie van een portret-publicatie als zodanig niet mogelijk is; wel kan de diffamerende context worden rechtgezet.

Deze en andere (bij voorkeur in kort geding) op te leggen maatregelen vinden hun basis in het gemene civiele recht. Voor een afzonderlijk wettelijk regeling in de Portretwet bestaat geen noodzaak.

2. Strafrechtelijk

Artikel 35 Aw stelt het ongeoorloofd ten toon stellen of openbaar maken van een portret strafbaar; deze bepaling is ook van toepassing op commerciële portretten. De commissie stelt voor ook deze bepaling naar de Portretwet over te hevelen.

Samenloop

Samenloop met rechten van intellectuele en industriële eigendom (Auteurswet, Wet op de naburige rechten, Benelux Merkenwet, Benelux Tekeningen en Modellenwet) leidt slechts op een enkel punt tot mogelijke problemen. De filmacteur kan zich in beginsel zowel op de WNR als op het portretrecht beroepen. De belangrijkste vraag die zich in verband met deze samenloop voordoet is of een still valt onder het naburig recht van de daarop afgebeelde uitvoerende kunstenaar. Is een still een 'opname van een uitvoering' in de zin van artikel 2 lid 1 sub d WNR? Hoewel artikel 10 WNR suggereert dat de regeling ook van toepassing is op foto's geeft de parlementaire geschiedenis hier geen duidelijkheid over.³⁰ Wordt de vraag bevestigend beantwoord, dan heeft de geportretteerde uitvoerende kunstenaar een naburig recht op die afbeelding. Omdat dit naburige recht op stills sterker zou zijn, zou het conflicteren met een commercieel portretrecht. De commissie stelt voor dit probleem op te lossen door in de toelichting bij de Portretwet op dit punt een duidelijke uitspraak te doen, inhoudende dat het naburige recht zich niet tot stilstaande beelden (stills) uitstrekt. Het woorddeel 'foto-' ware in artikel 10 WNR te schrappen.

Samenloop met art. 6:162 BW

Van het huidige artikel 21 Aw gaat geen negatieve reflexwerking op het gemene recht uit. Gedragingen die niet onder deze bepaling vallen kunnen worden getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.³¹ Van de introductie van een subjectief commercieel portretrecht zal enerzijds wel, anderzijds geen negatieve reflexwerking dienen uit te gaan. Het per definitie aan de *visuele* weergave van een persoon gelieerde portretrecht sluit het eventuele (voort)bestaan van *ongeschreven* populariteitsbescherming (een 'right of publicity') op zichzelf niet uit. Een negatieve reflexwerking gaat wél uit van de inhoud en omvang van het voorgestelde wettelijke regime. Van 'aanvullende' bescherming tegen commercieel gebruik buiten de kaders van dit regime kan dan ook geen sprake zijn.

Internationaal commercieel portretrecht

Exploitatie van portretten is evenmin als de door de geportretteerde popster uitgevoerde muziek aan landsgrenzen gebonden. De diverse nationale wettelijke regelingen laten echter, in tegenstelling tot het auteursrecht, een grote mate van heterogeniteit zien.

29. Pres. Rb. Middelburg 8 maart 1983, *KG* 1983, 116; *NJ* 1984, 44; *BIE* 1984, 172 (Verdachten van visfraude); Pres. Rb. Arnhem 11 november 1988, *KG* 1989, 5 (Kitty Courbois).

37. In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk is dat anders. Daar valt de foto niet onder het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar (zie resp. art. 16 lid 2 jo. § 75 Urheberrechtsgesetz en art. 180 lid 2 Copyright Designs and Patents Act 1988).

38. Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 4 februari 1977, *NJ* 1977, 280 (Sonja Barend); Hof Amsterdam 2 november 1977, *NJ* 1978, 333 (Willeke Alberti).

Hoewel de commissie zich in haar advisering tot het Nederlandse recht beperkt heeft, is duidelijk dat harmonisatie van het portretrecht op Europees of internationaal niveau dringend gewenst is.

VI. CONCLUSIES

De commissie heeft haar aanbevelingen niet uitgewerkt in een voorontwerp-Portretwet. Zij heeft hier bewust van afgezien; de commissie wil voorkomen dat de discussies over haar voorstellen zich concentreren op de letterlijke bewoordingen van tekstvoorstellen. De commissie laat het ontwerpen van wettelijke bepalingen graag over aan daartoe beter geëquipeerde wetgevingspecialisten. Zij heeft zich slechts tot één enkele begripsomschrijving (die van het portret-begrip) laten verleiden.

Om dezelfde reden wenst de commissie zich niet uit te laten over de vraag of de voorgestelde wet de status zou moeten hebben van een zelfstandige wet dan wel zou moeten worden ingepast in een reeds bestaand wettelijk kader, zoals het Burgerlijk Wetboek. In elk geval zou het nieuwe regime naar het oordeel van de commissie plaats moeten bieden aan het ideële en het commerciële portretrecht.

De conclusies en voorstellen van de commissie laten zich als volgt samenvatten:

* In de Portretwet wordt het portret-begrip als volgt gedefinieerd:

Afbeelding van een persoon of van een gedeelte van een persoon, die tengevolge van overeenstemming of herkenbaarheid van fysieke aspecten, de indruk wekt een afbeelding van een bepaalde persoon te zijn.

* De Portretwet zou moeten voorzien in een *dualistisch* portretrecht, bestaande uit een niet-overdraagbare ideële component en een overdraagbare commerciële component.

* *Het ideële portretrecht* hoeft naar het oordeel van de commissie geen wezenlijke veranderingen te ondergaan. Het huidige artikel 21 Aw functioneert met betrekking tot de persoonlijkheidsbelangen in beginsel naar tevredenheid en kan naar de Portretwet worden overgeplant. Hoewel artikel 21 typisch een open norm bevat, is naar het oordeel van de commissie, gezien de huidige praktijk, voor rechtsonzekerheid niet te vrezen. Overdracht van het ideële portretrecht blijft ook in de voorgestelde regeling niet mogelijk.

* *Het commercieel portretrecht* dient het karakter te krijgen van een subjectief absoluut recht, dat overdraagbaar en vererfbaar is. Het commercieel portretrecht heeft primair een economische rechtsgrond. De commissie verwerpt de prestatie-ratio die door de Hoge Raad (het Schaep-arrest) aan het huidige commerciële portretrecht ten grondslag is gelegd.

* Commercieel portretrechthebbende is de afgebeelde persoon of zijn rechtsopvolger onder algemene of bijzondere titel.

* Het commercieel portretrecht zal, uitgaande van de economische ratio van het recht, slechts bescherming bieden tegen het gebruik van portretten *in het handelsverkeer*. De 'scope' van het portretrecht is daarmee, in vergelijking met het auteursrecht of de naburige rechten geregeld in de WNR, uiterst beperkt.

* Het commerciële portretrecht vindt verdere begrenzing in het ideële portretrecht. Ook na overdracht van het commerciële portretrecht dient de geportretteerde zijn ideële portretrecht onder omstandigheden te kunnen inroepen, met name indien zijn eer en goede naam in het geding zijn.

* Het portretrecht - en dus ook de overdracht daarvan - dient beperkt te blijven tot een specifieke afbeelding. Overdracht van rechten op de fysionomie (het uiterlijk) van een persoon acht de commissie een te vergaande aantasting van hoogstpersoonlijke belangen en zou daarom moeten worden uitgesloten. Alleen het portretrecht op een *bepaald* portret zal vatbaar zijn voor gehele (of gedeeltelijke) overdracht.

* Levering van het commercieel portretrecht zal *bij akte* moeten geschieden. Licentiëring zou echter vormvrij moeten zijn. De commerciële portretrechten zouden moeten overgaan bij erfopvolging, terwijl ook het vestigen van zekerheidsrechten zal moeten worden toegestaan.

* De bescherming die het commercieel portretrecht zou bieden zou 50 jaar moeten duren. Deze termijn zou moeten gaan lopen vanaf de 1e januari volgend op de eerste exploitatie van het portret.

* Van de introductie van een subjectief commercieel portretrecht zou geen negatieve reflexwerking moeten uitgaan ten aanzien van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). De voorgestelde wettelijke regeling sluit het eventuele (voort)bestaan van *ongeschreven* populariteitsbescherming (een 'right of publicity') op zichzelf niet uit.

* De bestaande artikelen 19 en 20 Aw (in opdracht gemaakte portretten) kunnen naar het oordeel van de commissie worden geschrapt. Aan regelend recht op dit punt bestaat naar het oordeel van de commissie nauwelijks behoefte. Beter lijkt het de contractsvrijheid tussen geportretteerde en portrettenmaker te laten prevaleren.

* * * * *