

Het Zwarte Schaep. Commercieel Portretrecht in de Periferie van het Recht van de Intellectuele Eigendom

BERNT HUGENHOLTZ*

1. INLEIDING

Het Schaep-arrest is in de Nederlandse IE-wereld destijds goed ontvangen.¹ De erkenning van commerciële belangen als ‘redelijke belangen’ in de zin van art. 21 Aw sloot aan bij de groeiende behoeften van de entertainmentpraktijk, waarin topsporters, muzikanten en andere bekende Nederlanders (en buitenlanders) hun ‘imagerechten’ door middel van licentie- en sponsorcontracten te gelde pleegden te maken. Van het Schaep naar een algemeen *right of publicity*, zoals in het recht van de meeste Verenigde Staten al jaren eerder was erkend, leek voor Pinckaers nog maar een kleine stap,² terwijl een zwaar bemande studiec commissie van de VMC ervoor pleitte het commercieel portretrecht een solide wettelijke basis te geven.³ Daarop vooruitlopend noemde Van Engelen het commercieel portretrecht al vast een ‘ongeschreven intellectueel eigendomsrecht’.⁴

Maar is het commercieel portretrecht eigenlijk wel een recht van intellectuele eigendom? Dat is de vraag die in deze bijdrage centraal staat. Het belang van deze vraag is tweeledig. Enerzijds heeft de eventuele kwalificatie als recht van intellectuele eigendom bepaalde materieelrechtelijke gevolgen, zowel naar nationaal als naar internationaal recht. De recent in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen bijzondere civiele handhavingsregels gelden slechts voor ‘rechten van intellectuele eigendom’. Het TRIPs-verdrag, dat onder meer

* Hoogleraar Informatierecht, Universiteit van Amsterdam. De auteur bedankt Suzanne von Piekartz voor zeer nuttige assistentie bij het onderzoek.

1 Zie de annotaties onder het arrest in NJ 1979, 383, m.nt Wichers Hoeth; AMI 1979, p. 52, m.nt. Spoor.

2 J.C.S. Pinckaers, *From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Kluwer 1996.

3 ‘Contouren van een portretwet’, Preadvies van de Commissie Portretrecht van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht, September 1996, *Mediaforum* 1996-10, R1-R12.

4 Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, diss. Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 51.

voorziet in gelijkstelling van buitenlandse met ‘binnenlandse’ rechthebbenden, is eveneens enkel van toepassing op ‘intellectuele eigendom’. Anderzijds heeft deze vraag een rechtswetenschappelijke dimensie; zij dwingt tot nadenken over het rechtskarakter en de systematiek van het recht van intellectuele eigendom en over de aard van het commercieel portretrecht. In dit artikel wordt eerst de materiële vraag gesteld: valt het commercieel portretrecht naar huidig recht aan te merken als recht van intellectuele eigendom? Vervolgens wordt ingegaan op de meer interessante vraag of het commercieel portretrecht past in het systeem van het recht van de intellectuele eigendom.

2. IS HET PORTRETRECHT EEN RECHT VAN INTELLECTUELE EIGENDOM?

Hoewel de benaming ‘(recht van) intellectuele eigendom’ voor de beoefenaren van dit dynamische vakgebied al jaren gesneden koek is, komt de term als rechtsbegrip nog maar sinds kort voor in de Nederlandse wet. Voor ‘rechten op voortbrengselen van de geest’ is weliswaar al vele jaren een apart Boek 9 van het BW gereserveerd, maar dat boek lijkt er wel nooit te zullen komen.⁵ Inmiddels is die prachtige term in onbruik geraakt, en heeft ‘Boek 9’ voor de beoefenaren van de IE een geheel andere betekenis gekregen.

Rechten van intellectuele eigendom in de zin van Titel 15 Rv

Voorzover valt na te gaan, worden rechten van intellectuele eigendom voor het eerst als zodanig in de Nederlandse wet vermeld⁶ in titel 15 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ‘Van rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom’. Deze titel, die op 1 mei 2007 in werking is getreden,⁷ vormt een gedeeltelijke omzetting van de Europese Handhavingsrichtlijn⁸ van 2004, die op haar beurt de civiele handhavingsartikelen van Deel III van het TRIPs-verdrag

5 Regeringscommissaris Brinkhof wijdt in zijn rapportage over de voortgang van het codificatieproject geen woord aan de vraag wat onder rechten op voortbrengselen van de geest c.q. rechten van intellectuele eigendom verstaan moet worden. J.J. Brinkhof, ‘De codificatie van de rechten van de intellectuele eigendom in Boek 9 Burgerlijk Wetboek. Een tussenbalans’, Den Haag, maart 1997, ten dele gepubliceerd in BIE 1997, p. 279-284.

6 Het nogal ambitieus geheten ‘Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom’ (‘s-Gravenhage, 25 februari 2005) betreft enkel het merken- en modellenrecht, en voorziet niet in enige definitie van dit begrip.

7 Wet van 8 maart 2007 tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet, de Handelsnaamwet, de Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten (Stb. 484), de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 en de Landbouwkwaliteitswet ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PbEG L 195), Stb 2007, 108, in w.getr. 1 mei 2007.

8 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, PbEG L 195/16 (02.06.2004).

implementeert. Titel 15 Rv voorziet in diverse middelen tot handhaving van rechten van intellectuele eigendom. Art. 1019 Rv bepaalt het toepassingsbereik van deze titel als volgt:

Deze titel is van toepassing op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom ingevolge de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet, de Rijsoctrooiwet 1995, het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), de Wet houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten, de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005, op procedures krachtens de artikelen 5 en 5a Handelsnaamwet, op procedures inzake geografische benamingen krachtens artikel 13a Landbouwkwaliteitswet en op handhaving van rechten van intellectuele eigendom ingevolge verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk (PbEG 1994, L11), verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (PbEG L 227) en verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (PbEG 2002, L3).

Hoewel deze lange opsomming een zekere precisie suggereert, blijkt uit het artikel niet wat de wetgever onder 'rechten van intellectuele eigendom' eigenlijk verstaat. Is het portretrecht, dat in de artikelen 19-21 van de Auteurswet geregeld is, een recht van intellectuele eigendom 'ingevolge de Auteurswet'?

Veel wijzer worden we niet bij raadpleging van art. 2 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn, dat aan art. 1019 Rv ten grondslag ligt en de richtlijn van toepassing verklaart op 'elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het communautaire recht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat'.⁹ Meer aanknopingspunten biedt de Verklaring van de Europese Commissie betreffende art. 2 van de Handhavingsrichtlijn.¹⁰ Volgens deze verklaring is de Commissie van oordeel 'dat tenminste de volgende intellectuele-eigendomsrechten onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen: auteursrechten, naburige rechten van het auteursrecht, het recht sui generis van de maker van een databank, de rechten van de maker van topografieën van halfgeleiderproducten, merkenrechten, rechten op tekeningen of modellen, octrooirechten [...], geografische aanduidingen,

9 Overweging 13 van de richtlijn voegt hier aan toe dat de werkingsfeer van de richtlijn 'zo breed mogelijk' moet worden vastgesteld 'zodat zij alle intellectuele-eigendomsrechten omvat die onder de communautaire bepalingen op dit gebied en/of het nationaal recht van de betrokken lidstaat vallen'. Volgens dezelfde overweging vormt dit vereiste echter geen belemmering voor de lidstaten om de werkingsfeer van de handhavingsbepalingen uit te breiden tot het terrein van de 'oneerlijke concurrentie'.

10 Verklaring van de Commissie betreffende artikel 2 van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, PbEG L 94/37 (13.4.2005).

rechten op gebruiksmodellen, kwekersrechten, [en] handelsnamen, voorzover deze in het betrokken nationale recht als uitsluitende eigendomsrechten worden beschermd'.¹¹

Het verschil in systematiek tussen de omschrijving van art. 1019 Rv en de verklaring van de Commissie is opvallend. Terwijl de Nederlandse wet aanknoopt bij het wettelijke instrumentarium, hanteert de Commissie een categorale omschrijving. Is het portretrecht een auteursrecht of naburig recht in de zin van de verklaring? Hoogstwaarschijnlijk niet. De zeven harmonisatierichtlijnen op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten bevatten geen enkele aanwijzing dat het portretrecht tot een van deze categorieën zou behoren.¹²

Hiervan uitgaande, mag worden geconcludeerd dat de regeling van art. 1019 Rv niet geldt voor portretrechtelijke rechtsvorderingen. Dat is inmiddels ook heersende rechtspraak in Nederland. Zo oordeelde de Rotterdamse rechtbank in een zaak waarin een geportretteerde aanspraak meende te maken op volledige vergoeding van proceskosten (art. 1019h Rv):

Het portretrecht is geen intellectueel eigendomsrecht, maar een beperking op het auteursrecht ter bescherming van de geportretteerde tegen onrechtmatige schending van zijn recht op privacy of andere met de publicatie van het portret geschonden belangen, derhalve een species van de gewone onrechtmatige daad. Het enkele feit dat het portretrecht in de Auteurswet is opgenomen kan daaraan niet afdoen en is dan ook onvoldoende om een vordering wegens inbreuk op het portretrecht te kwalificeren als een vordering die is gericht op handhaving van een intellectueel eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1019 Rv of artikel 2 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn (richtlijn 2004/48/EG).¹³

In gelijke zin oordeelde eerder de rechtbank Amsterdam, die overwoog:

Een vordering wegens inbreuk op het portretrecht zoals bij dit geding ingesteld betreft geen vordering die is gericht op handhaving van een recht van intellectuele eigendom als bedoeld in artikel 1019 Rv. Dat

¹¹ De Commissie-verordeningen hanteren andere omschrijvingen. De Anti-piraterijverordening (Verordening 1383/2003) gebruikt weliswaar de term 'intellectuele-eigendomsrechten', maar geeft geen definitie. De Verordening technologie-overdracht (Verordening 772/2004) begrijpt onder intellectuele-eigendomsrechten 'met name de industriële eigendomsrechten, knowhow, het auteursrecht en naburige rechten'. Verordening (EG) Nr. 772/2004 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologie-overdracht, gerectificeerd in Pb L 127/158 (29.4.2004), art. 1 (g).

¹² Ook in Duitsland, waar het *Recht am eigenen Bild* evenals in Nederland in een auteursrechtelijk kader is geplaatst, geldt dat recht niet als een auteursrecht, doch als een verbijzondering van het algemene persoonlijkheidsrecht. E. Gerstenberg in G. Schrickler (red.), *Urheberrecht. Kommentar*, eerste druk, München 1987, p. 757.

¹³ Rb Rotterdam 30 juli 2008, LJN: BD9665 (Massagetafel), ro. 5.10.

het portretrecht is neergelegd in de Auteurswet 1912 doet niet af aan de omstandigheid dat het moet worden gezien als een species van de 'gewone' onrechtmatige daad. Dit geldt ook indien het gaat om een zaak waarin een puur commercieel belang, namelijk verzilverbare populariteit, centraal staat.¹⁴

Intellectuele eigendom in het internationale recht

Is het portretrecht wellicht wel aan te merken als 'intellectuele eigendom' in de zin van het TRIPs-verdrag? Deze vraag is met name van belang voor buitenlandse geportretteerden die zich voor de Nederlandse rechter zouden wensen te beroepen op de assimilatieregeling (art. 3 TRIPs) of op de beschermingsminima (met name Deel III: Handhaving) waarin het verdrag voorziet. Volgens art. 1 lid 2 vallen onder het begrip 'intellectuele eigendom' alle categorieën van intellectuele eigendom die onderwerp zijn van Deel II, hoofdstukken 1-7 van het verdrag. Hoofdstuk 1 regelt wel het auteursrecht, zoals beschermd in de Berner Conventie, maar dat verdrag voorziet niet in een portretrecht op de voet van art. 19-21 Auteurswet. Evenmin biedt art. 14 TRIPs, dat beschermingsminima formuleert voor onder meer uitvoerende kunstenaars, aanwijzingen dat het portretrecht als intellectuele eigendom in de zin van TRIPs is aan te merken.¹⁵ Hooguit zou kunnen worden verdedigd dat het portretrecht, voorzover dat is op te vatten als species van het recht inzake oneerlijke mededinging, via de omweg van het Verdrag van Parijs (art. 1 lid 3) in het TRIPs-verdrag is geïncorporeerd (art. 2 lid 1 TRIPs), maar zelfs dan is het niet als 'intellectuele eigendom' aan te merken.¹⁶

Een veel ruimere omschrijving van het begrip intellectuele eigendom is te vinden in het WIPO-verdrag van 1967.¹⁷ Het verdrag schept de institutionele basis en organieke inrichting van de Wereldorganisatie van de Intellectuele Eigendom (een intergouvernementele organisatie), maar heeft nauwelijks materiaalrechtelijke betekenis. Art. 2 (viii) van de conventie bepaalt: "intellectual property" shall include the rights relating to: literary, artistic and scientific works; performances of performing artists, phonograms, and broadcasts; inventions in all fields of human endeavour; scientific discoveries; industrial designs; trademarks, service marks, and commercial names and designations; protection against unfair competition, and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific,

¹⁴ Rb Amsterdam 5 december 2007, LJN: BC4567 (Van Basten/Dutch Filmworks), ro. 4.15. In gelijke zin Vz Rb Amsterdam 17 april 2008, LJN: BC9778 (Fitna), ro. 3.3 (onderaan) en 4.11; Rb Amsterdam 6 februari 2008, LJN: BC3781 (foto's Maxima in Party). Anders: Vz Rb Amsterdam 14 december 2006, LJN: AZ4480 (foto's op www.kinderontvoering.nl).

¹⁵ Zie echter Pres Rb Utrecht 18 maart 1999, *Informatierecht/AMI* 1999, p. 94-96, met kritische noot P.B. Hugenholtz (onjuiste toepassing van het TRIPs-verdrag op het portretrecht).

¹⁶ Zie WTO Zaak WT/DS176/AB/R 2 januari 2002 (EG/VS). Volgens het Appellate Board zijn handelsnamen weliswaar niet als intellectuele eigendom in de zin van het verdrag aan te merken, maar wel op grond van art. 2 lid 1 TRIPs jo. art. 8 Verdrag van Parijs door het TRIPs-verdrag beschermd.

¹⁷ WIPO-verdrag, Stockholm 14 juli 1967, Trb. 1969, 145; Ned. vertaling Trb 1970, 188; goedgekeurd bij Rijkswet 26 juni 1974, Stb. 398.

literary or artistic fields.¹⁸ Centraal in de WIPO-definitie staat de eis dat het moet gaan om rechten die het resultaat zijn van ‘intellectual activity’. Daarmee lijkt zelfs de zeer ruime WIPO-definitie geen plaats te bieden aan het portretrecht.¹⁹

3. PAST HET PORTRETRECHT IN HET SYSTEEM VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM?

Uit het voortgaande kan worden geconcludeerd dat het portretrecht naar huidig Nederlands procesrecht en naar internationaal recht waarschijnlijk niet valt te kwalificeren als recht van intellectuele eigendom. Daarmee is de in de inleiding gestelde systeemvraag echter nog niet beantwoord. In het restant van deze bijdrage zal aan de hand van een typologie van de intellectuele eigendom worden onderzocht of het commercieel portretrecht wellicht toch – in conceptuele zin – thuis hoort in het recht van de intellectuele eigendom.

Typologie van de IE-rechten

Wat zijn eigenlijk rechten van intellectuele eigendom? Aan deze voor de hand liggende vraag maken de meeste Nederlandse handboeken weinig woorden vuil.²⁰ Zoals de term ‘intellectuele eigendom’ aanduidt, gaat het om rechten op voortbrengselen van de menselijke geest. Onderscheiden kan worden tussen enerzijds rechten die producten van menselijke creativiteit, inventiviteit of intellectuele inspanning direct beschermen (auteursrecht, octrooirecht, kwekersrecht, naburige rechten, databankenrecht), en anderzijds rechten inzake onderscheidings-tekens ter aanduiding van ondernemingen, waren en diensten of de kwaliteit van producten (handelsnaamrecht, merkenrecht, aanduidingenrecht).

Naar algemeen wordt aangenomen, kennen wij in Nederland een gesloten stelsel van rechten van intellectuele eigendom. Voor ‘ongeschreven intellectuele eigendomsrechten’ is in dat stelsel geen plaats, tenzij het – in zeer uitzonderlijke situaties – gaat om zogenoemde eenlijnsprestaties die bescherming naar analogie van bestaande IE-rechten verdienen.²¹

Gemeenschappelijke kenmerken van de categorie IE-rechten zijn: (1) een concreet immaterieel object, (2) het subjectieve (ex ante gedefinieerde) en uitsluitende (absolute) karakter van de rechten, en (3) de overdraagbaarheid ervan. Van Engelen typeert IE-rechten als ‘exclusieve exploitatierechten op concrete immateriële

¹⁸ Deze definitie sluit aan bij, maar is ruimer dan de definitie van ‘industriële eigendom’ in het door WIPO beheerde Verdrag van Parijs (art. 1 lid 3).

¹⁹ Pinckaers, diss., p. 278, acht het desalniettemin ‘convenient’ om het Amerikaanse right of publicity als een IE-recht in de zin van de WIPO-definitie aan te merken.

²⁰ Zeer summier: *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, negende druk, p. 1; minder summier: *Kort Begrip*, zesde druk, p. 1-2; uitvoeriger: P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, vierde druk, Deventer: Kluwer: 2005, p. 9-14. Een uitvoerige typologie biedt Van Engelen, supra noot 4, p. 133-147.

²¹ HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Decca/Holland Nautic).

objecten', en voegt daaraan toe dat wanneer er geen sprake is van een concreet object, 'maar slechts sprake is van een "samenstel van omstandigheden"', er geen sprake van een IE-recht kan zijn.²²

Deze typologie valt in zo verre te nuanceren dat niet alle normaliter 'erkende' rechten van IE aan al deze criteria in gelijke mate voldoen. Zo staat het uitsluitende karakter van bijvoorbeeld het handelsnaamrecht niet vast,²³ en zijn de overdraagbaarheid van het handelsnaamrecht en het auteursrecht beperkt (art. 2 lid 2 Aw); morele rechten van auteurs zijn zelfs in het geheel niet overdraagbaar.

Gemeenschappelijke noemer is de in hoofdzaak economische ratio van de rechten van intellectuele eigendom: het stimuleren van creatie en innovatie en het ordenen van het handelsverkeer. Bijkomende rechtvaardigingsgronden zijn overwegingen van natuurlijk recht (rechtvaardigheid) en – met name in het geval van het auteursrecht en het recht van uitvoerende kunstenaars – de bescherming van de persoon (persoonlijkheid) van de scheppende mens.

Toetsen we het commercieel portretrecht aan deze typologie, dan valt het volgende te constateren.

Immaterieel object?

Het object van portretrechtelijke bescherming is, evenals dat van alle IE-rechten, immaterieel.²⁴ Het portretrecht biedt geen fysieke, maar 'informatieele' bescherming van het portret van een persoon. In dit opzicht is het portretrecht inderdaad verwant aan het recht van intellectuele eigendom.

Concreet object?

Het object van bescherming door het commerciële portretrecht is in zoverre geconcretiseerd dat het gaat om een 'portret' van een persoon die beroepsmatig een zekere 'verzilverbare populariteit' heeft verworven. Aan deze criteria is in de rechtspraak weliswaar enige invulling gegeven, maar de contouren van het commercieel portretrecht zijn mijns inziens veel te vaag om zonder nadere concretisering bij wet van een 'concreet object' te kunnen spreken. Dat geldt met name voor het portretbegrip dat door de zeer ruime uitleg ervan in het Breekijzerarrest zijn zelfstandige betekenis praktisch heeft verloren.²⁵

Subjectief, uitsluitend (vermogens)recht?

Nog minder concreet is de inhoud van het commercieel portretrecht. Art. 21 Aw voorziet in afwijking van gangbare IE-wetten niet in een catalogus van uitsluitende rechten met corresponderende beperkingen en welbepaalde duur, maar bepaalt

²² Van Engelen, supra noot 4, p. 146-147.

²³ Zie daaromtrent de opvatting van de regering in Kamerstukken TK, 2005-2006, 30392, nr. 3, p. 8-9.

²⁴ Pinckaers, supra noot 2, p. 278.

²⁵ Hoge Raad 2 mei 2003, AMI 2003, p. 175-178 (Breekijzer) m.nt. P.B. Hugenholtz.

slechts in zeer algemene termen dat een redelijk belang van de geportretteerde zich tegen publicatie kan verzetten. Dat is bepaald te weinig om te kunnen spreken van een absoluut (uitsluitend) recht, dat ex ante tegen derden kan worden ingeroepen.²⁶

Voorzover er al sprake is van een 'recht', is dat een aanspraak *ex post* op grond van onrechtmatige daad in een concreet geval.²⁷ Het commercieel portretrecht is in wezen niet (veel) meer²⁸ dan een species van de zorgvuldigheidsnorm (onrechtmatige daad).²⁹ Of het de status heeft van zelfstandig subjectief recht³⁰ is dus maar zeer de vraag.³¹ Niet iedere (objectieve) rechtsplicht, zoals in casu het respecteren van de 'redelijke belangen' van geportretteerden, scheidt immers een subjectief recht. Het enkele feit dat het commercieel portretrecht voor de geportretteerde onder omstandigheden een zekere waarde vertegenwoordigt, maakt dat nog niet tot subjectief recht, laat staan een vermogensrecht,³² al wordt daar in de literatuur soms anders over gedacht.

Overdraagbaarheid?

Maar ook als we het commercieel portretrecht de status van subjectief recht wel zouden gunnen, staat vast dat het niet overdraagbaar is. Dat wordt niet anders

²⁶ Zie noot J.C.S. Pinckaers onder Hof Amsterdam 10 januari 1991, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 202, onder 8.

²⁷ Zie de toelichting bij het amendement-Drucker, dat art. 21 Aw heeft opgeleverd: 'Ook bij portretten, die niet in opdracht van den geportretteerde zijn vervaardigd, kan openbaarmaking, ook door den maker, in hooge mate onbehoorlijk zijn. Een algemene regel is in dezen niet te stellen; alles hangt af van de bijzondere omstandigheden van elk geval.' Bijl. Hand. II 1911-1912, no. 227.8, onder VI, geciteerd uit Concl. AG Franx bij het Schaep-arrest.

²⁸ Dat 'meer' is hoofdzakelijk gelegen in de sfeer van de rechtshandhaving. Art. 30 Aw verklaart de artikelen 28 en 29 Aw (het 'auteursrechtelijk beslag') van overeenkomstige toepassing op het recht van de geportretteerde.

²⁹ *Onrechtmatige Daad*, VII (G.A.I. Schuijt), aant. 138.1. Zie ook Van Engelen, supra noot 4, p. 50, nt. 154.

³⁰ Het portretrecht van de in opdracht geportretteerde ex 20 Aw is wel een subjectief recht, doch alleen tegenover de auteur/portretmaker in te roepen; het is derhalve niet aan te merken als absoluut recht. Anders Spoor/Verkade/Visser, p. 313.

³¹ Men zou het 'zedelijke' portretrecht eventueel kunnen categoriseren als een subjectief persoonlijkheidsrecht, als species van een in Nederland overigens nauwelijks erkend algemeen persoonlijkheidsrecht; zie *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, p. 256. Zie over de vraag of subjectieve vermogensrechten zonder wettelijke basis bestaandbaar zijn Van Engelen, supra noot 4, p. 6-12, met uitgebreide literatuurverwijzingen.

³² Commissie Auteursrecht, Advies over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van artikel 83 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verhandelbaarheid van vermogensrechten, december 2001, p. 7. Volgens de Commissie gaat het bij de overdracht van portretrechten (en van formats, goodwill, sportrechten enzovoorts) 'veeleer om een feitelijke positie die aan een ander wordt toegekend, niet om een geobjectiveerd recht'.

als we het met Spoor/Verkade/Visser en Van Engelen³³ als vermogensrecht zouden kwalificeren. De bewoordingen van art. 21 Aw staan aan overdraagbaarheid eenvoudig in de weg,³⁴ terwijl de persoonlijkheidsrechtelijke oorsprong van het portretrecht zich daar eveneens tegen lijkt te verzetten.

De in de literatuur³⁵ geuite bezwaren tegen de vermeende rigiditeit van art. 3:83 lid 3 BW, dat bepaalt dat ‘andere’ vermogensrechten slechts overdraagbaar zijn indien de wet dit uitdrukkelijk bepaalt, gaan voorbij aan de voorvraag of er sprake is van een subjectief recht (c.q. een goed in de zin van Boek 3 BW) dat zich voor overdracht kan lenen.³⁶ Ten aanzien van het commercieel portretrecht maakt het bepaalde in art. 3:83 lid 3 BW hoe dan ook geen verschil. Ook vóór de invoering van het Nieuw BW waren portretrechten naar algemeen werd aangenomen niet overdraagbaar.³⁷

Ratio

Over de ratio van het commercieel portretrecht zijn de meningen verdeeld. Terwijl Pinckaers de rechtvaardiging vooral zoekt in het ‘beginsel van persoonlijke autonomie’³⁸, zien Van Engelen en Spoor/Verkade/Visser in het commercieel portretrecht een vorm van (ongeschreven) prestatiebescherming.³⁹ Laatstgenoemde opvatting lijkt steun te vinden in het Schaep-arrest, waarin de Hoge Raad het commercieel portretrecht erkende van personen waarvan de populariteit ‘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’. Deze passage suggereert dat geen commercieel portretrecht is weggelegd voor personen die anderszins dan door eigen verdienste – bijvoorbeeld

33 Volgens Spoor/Verkade/Visser, p. 339, zijn commerciële portretrechten vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW, omdat zij ‘er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen’. Daarmee wordt de voorvraag of sprake is van een subjectief recht ten onrechte overgeslagen. Schr. spreken elders (p. 316) daarentegen van een ‘geobjectiveerde zorgvuldigheidsnorm’. Van Engelen gaat er in zijn publicaties eveneens te gemakkelijk van uit dat het portretrecht een subjectief recht is; zie met name ook Van Engelen, elders in deze bundel.

34 Spoor/Verkade/Visser, p. 338; Hof ‘s Hertogenbosch 18 september 1990, NJ 1991/281, IER 1990, 60, BIE 1991, 91 (Van Uden/Verkerke). In 1996 adviseerde een studiegcommissie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht dan ook om het commercieel portretrecht bij wet overdraagbaar te verklaren; ‘Contouren van een portretwet’, supra noot 3.

35 Zie Th.C.J.A. van Engelen, ‘Vermogensrechten op onstoffelijke goederen, Overdraagbaarheid naar Nieuw BW: een stap terug!’, NJB 14 maart 1991 afl. 11, p. 431-435; id., ‘Overdraagbaarheid van ‘alle rechten’ wetswijziging mogelijk in aantocht?’, NJB 23 februari 2001, afl. 8, p. 333-338.

36 Zie bijv. O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Monografieën Nieuw BW, B6a, p. 7: ‘Goodwill bijvoorbeeld is geen goed en kan niet als zodanig worden overgedragen.’

37 Hof ‘s Hertogenbosch 18 september 1990, NJ 1991/281, IER 1990, 60, BIE 1991, 91 (Van Uden/Verkerke).

38 Pinckaers, J.C.S., ‘De rechtvaardiging en beschermingsomvang van het recht op de persona’, *Informatierecht/AMI* 1998, nr. 2, p. 21.

39 Van Engelen, supra noot 4, p. 50-51; Spoor/Verkade/Visser, p. 335 (onder).

door geboorte, door huwelijk of uiterlijke schoonheid – verzilverbare populariteit hebben verkregen.⁴⁰ In zoverre heeft het commercieel portretrecht een basis in de Lockiaanse *labour theory*.⁴¹

Pinckaers bespreekt in zijn dissertatie, waarin het Amerikaanse right of publicity centraal staat, nog enkele andere mogelijke rechtvaardigingsgronden. In de Amerikaanse doctrine en jurisprudentie wordt het right of publicity soms op instrumentele grondslag geschoeid; toekenning van een verzilverbaar recht fungeert in die visie als stimulans ('incentive') om maatschappelijk waardevolle prestaties te verrichten.⁴² Daarnaast wijst hij op het rechtseconomische allocatieargument; het is economisch efficiënt om verhandelbare rechten aan schaarse goederen te verbinden zodat het gebruik ervan wordt geoptimaliseerd.⁴³

Een geheel andere rechtvaardigingsgrond is het associatieargument; consumenten zullen het gebruik van een portret in een reclame-uiting normaliter opvatten als een 'endorsement'. Een uitsluitend recht kan aldus voorkomen dat consumenten worden misleid.⁴⁴ Deze ratio wordt weerspiegeld in het Discodanser-arrest van 1997, waarin de Hoge Raad overwoog dat iedere geportretteerde (en niet enkel de geportretteerde met verzilverbare populariteit) een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret in een reclame-uiting. 'De opname van een portret in een reclame voor een product of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat product of die dienst...'⁴⁵

Tenslotte zou men het commerciële portretrecht ook kunnen zien als een vorm van goodwill-bescherming. De 'verzilverbare populariteit' van de geportretteerde is vergelijkbaar met de 'gewildheid' van een onderneming. Hierbij zij aangetekend dat het beschermen van de goodwill van ondernemingen in zijn algemeenheid geen rechtvaardigingsgrond voor een recht van intellectuele eigendom oplevert⁴⁶, tenzij in enkele specifieke, door het merkenrecht beheerste gevallen.⁴⁷

Diverse van de genoemde rationes plegen eveneens ten grondslag te worden gelegd aan rechten van intellectuele eigendom. Het argument van de persoonlijke

40 Zie daarentegen R. van Oerle, 'Hoofdenhandel. Het portret als handelswaar', in P.B. Hugenholtz (red.), *Recht in de kijker*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 118.

41 Pinckaers, supra noot 2, p. 258.

42 Pinckaers, supra noot 2, p. 248-249.

43 Pinckaers, supra noot 2, p. 245.

44 Pinckaers, supra noot 2, p. 260-261.

45 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 (Disco-danser); Pinckaers, supra noot 38, p. 22.

46 Anders H. Cohen Jehoram, *Goodwillrecht*, Deventer: Kluwer 1963. Zie ook Van Engelen, supra noot 4, p. 214-217. Zie voor een recent pleidooi pro goodwillbescherming Huydecoper, elders in deze bundel.

47 Art. 2.20 lid 1 (d): gebruik zonder geldige reden van het merk anders dan ter onderscheiding van waren of diensten. Ook de bijzondere bescherming van algemeen bekende merken (art. 6bis Verdrag van Parijs en art. 16 lid 2 TRIPs) kan worden opgevat als een vorm van goodwillbescherming.

autonomie ligt ten grondslag aan de morele rechten, en vormt mede de basis van de economische rechten van auteurs en uitvoerend kunstenaars. De arbeidsleer van Locke ligt aan de basis van klassieke opvattingen over het auteursrecht en het octrooirecht, terwijl de ‘incentive’ ratio met name in het Amerikaanse IE-recht, maar in toenemende mate ook in Europa, een belangrijke grondslag vormt voor de bescherming van creatie en innovatie. Ook rechtseconomische rechtvaardigingsgronden spelen in het recht van intellectuele eigendom een rol. Het associatieargument, tenslotte, is een oude bekende uit het merkenrecht.

4. CONCLUSIE

Het commercieel portretrecht is naar huidig positief recht geen recht van intellectuele eigendom. Het valt niet binnen het toepassingsbereik van de nieuwe handhabingsbepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en evenmin binnen de termen van het TRIPs-verdrag. Dat is, het zij toegegeven, geen verrassende conclusie.

Interessanter blijkt de vraag of het commercieel portretrecht past in de systematiek van het recht van intellectuele eigendom. In zijn dissertatie concludeert Pinckaers met betrekking tot het – aan het commercieel portretrecht verwante – Amerikaanse right of publicity dat dit inderdaad kan worden aangemerkt als een recht van intellectuele eigendom. Er is zijns inziens sprake van een (concreet) object; commercieel gebruik kan worden uitgesloten; het recht is overdraagbaar; het object is een specifiek en waardevol immaterieel goed; en het recht is te rechtvaardigen.⁴⁸

Ten aanzien van het huidige Nederlandse commercieel portretrecht kan eenzelfde conclusie mijns inziens echter niet worden getrokken. Toetsing aan de hiervoor geschetste typologie van de rechten van intellectuele eigendom leidt tot het volgende resultaat. Het commercieel portretrecht is weliswaar, evenals de bestaande IE-rechten, immaterieel van aard, en vindt zijn rechtvaardiging in argumenten die enigszins verwant zijn aan de rationes van de rechten van intellectuele eigendom, maar het recht scoort op andere, essentiële punten onvoldoendes. Het object van het commercieel portretrecht is nauwelijks geconcretiseerd, terwijl de inhoud van het recht amper is gedefinieerd; er is van (ex ante) vastomlijnde uitsluitende rechten geen sprake. Het commercieel portretrecht is in wezen niet meer dan een species van de zorgvuldigheidsnorm (onrechtmatige daad); het is dan ook twijfelachtig of het commercieel portretrecht de status van subjectief (vermogens) recht verdient. Overdraagbaar is het commercieel portretrecht naar huidig recht in geen geval.

Met dat al hoort het commercieel portretrecht in zijn huidige gedaante niet thuis in het recht van intellectuele eigendom. Of deze conclusie ook voor de toekomst geldt, hangt er van af hoe het recht zich verder zal ontwikkelen. Indien het commercieel

⁴⁸ Pinckaers, supra noot 2, p. 280.

portretrecht in navolging van het preadvies van de Studiecommissie van de VMC, handen en voeten zou krijgen in een 'Portretwet', waarin het object en de inhoud van het recht geconcretiseerd en de overdraagbaarheid geregeld zouden worden, zou het recht het predikaat intellectuele eigendom wellicht verdienen. Indien het recht zich daarentegen zou evolveren in de richting van een van het privacyrecht afgeleid informatieel zelfbeschikkingsrecht, zoals door Dommering bepleit,⁴⁹ is kwalificatie als IE-recht niet op zijn plaats. Denkbaar is ook dat het commercieel portretrecht zich als hybride recht tussen beide paradigma's – intellectuele eigendom en privacy – verder ontwikkelt: niet langer als het zwarte schaap van de IE, maar als een vrij schaap op de camping van het recht.⁵⁰

49 Zie Dommering elders in deze bundel.

50 Sinds 2 januari 2009 zendt de KRO een nieuwe televisieserie uit: 't Vrije Schaep met de 5 Pooten', zie <http://hetvrijeschaep.kro.nl/>. Het café is verkocht en de voormalige café-eigenaar begint een camping aan de zee: Camping 't Vrije Schaep.